

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1022

(Ano XIII)

(16/06/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social, 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: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Mentira deslavada na CPI não constitui crime

Carlos Eduardo Rios do Amaral, 9.

ARTIGOS

O acordo de não persecução penal e a justiça penal negociada

Gabriely Maria Valiceli, 11.

A imputabilidade e culpabilidade penal do psicopata: prisão ou tratamento?

Lilian de Lima Maia, 21.

O reflexo do direito penal do inimigo no tráfico de drogas e a violação de princípios constitucionais

Karina Gabriela Santos e Emely Kettylin Oliveira de Paula, 29.

Perda do mandato nos casos de sentença transitada em julgado: divergências do STF

Leonardo Fonseca Ribeiro e Rafael Bruno Alves da Cruz, 55.

A convencionalidade do Pacto de São José da Costa Rica com o rito da prisão civil por dívida de alimentos

Isabela Carla Martins Jansen, 70.

Impacto da pandemia nos índices de furto e roubo no Tocantins: um comparativo entre 2019 e 2020

Larissa Azevedo Negreiro, 91.

A eutanásia como mecanismo garantidor e concretizador do direito de morrer dignamente

Bruno Vidal Gazolla e Guidson Marley Alves, 110.

O mínimo existencial e a reserva do possível na judicialização da saúde

Cássio José Constâncio de Araújo, 133.

O direito constitucional à saúde: ativismo judicial x reserva do possível

Fernanda de Goes Brito Diamantaras, 149.

O uso pessoal de drogas na Lei n.11.343/06: sua afronta a Constituição Federal e sua descriminalização

Thayná Eugênia Oliveira Lima, 175.

Mandado de segurança e a teoria da encampação

Kamila Miranda Sena, 190.

A vulnerabilidade dos agentes penitenciários do sistema prisional do Amazonas

Mateus Gomes de Lima, 207.

A nova lei de proteção de dados e sua interface cotidiana com a privacidade dos cidadãos

Renan Fernandes Nunes e Vitor Hugo Alves Januario, 229.

O processo político nos bastidores do processo legislativo: uma análise do projeto de lei anticrime

Camila dos Santos e Larissa Grazielle Passos do Nascimento, 260.

A dignidade da pessoa humana nos relacionamentos homoafetivos

Márcio Barsanulfo da Silva, 278.

(In)imputabilidade e incertezas: uma reflexão acerca da condição do psicopata no sistema penal brasileiro

Letícia Cristina Florêncio Carvalho Rosa e Lissa Aparecida Marques Staino 292.

Arbitragem: meio adequado à solução de conflitos no estado democrático de direito

Sonia Maria Valgas e Isabela Cristina da Silva, 315.

A legalidade dos dados obtidos de aparelhos celulares pelo delegado de polícia

Alexandre Junio de Paula Alves e Ludmila Stefane da Silva Fernandes, 345.

Leis penais ineficazes em relação a segurança e proteção da comunidade LGBTQIA+

Higor Gustavo Cararreto Zuin, 363.

Alienação parental: os desafios da proteção do melhor interesse do menor tendo a guarda compartilhada como a solução mais viável

Daline Marinho Rocha do Nascimento e Pedro De Sousa Meneses, 376.

Dos direitos assegurados aos profissionais da saúde em meio a pandemia do covid-19

Hevenin Joamy de Moraes Araujo, 388.

A responsabilidade pela publicidade enganosa ou abusiva

Karolayne Ketteryn Dias Agostinho, 404.

Homicídio e lesão corporal culposa nos crimes de trânsito

Juan Felipe Villar dos Santos, 425.

Estabilidade dos empregados públicos que ingressaram em empresas públicas e sociedades de economia mista antes da EC 19/98. Extensão do item II da Súmula 390 do TST. Entendimento do STF e do TST

Márcia dos Anjos Manoel, 444.

Aposentadoria especial: seu reconhecimento para o profissional de Disc Jockey (Dj)

Haroldo Artaxesxes Cabral Arruda Junior, 480.

O impacto social econômico dos portadores de hiv/aids nas relações de emprego no Amazonas

Rosilda Lima da Silva, 500.

Consequências jurídicas decorrentes da cirurgia de mudança de gênero no âmbito do direito constitucional e civil

Maria Beatriz gomes da Costa, 522.

Corpos marginais no cárcere: a mulher transexual sob vulnerabilizações cruzadas

Matheus Vinícius Campelo do Carmo, 545.

As consequências do reconhecimento jurídico da união estável e suas inovações constitucionais diante do século XXI

Fabiana da Silva Moraes e Ana Cristina Lira, 575.

Sistema Prisional Brasileiro: A Contribuição das Instituições Religiosas no Processo de Recuperação e Ressocialização dos Apenados

Blenda Katharine Sousa Ozório, 607.

O reflexo do isolamento social por decorrência do covid-19, e o drástico aumento nos casos de violência contra a mulher no Brasil

Luciana Perrone Segati, 623.

Crime de feminicídio e o combate à violência contra as mulheres

Caroliny dos Santos Albuquerque, 640.

A Lei 13.709/2018 sob o prisma de proteção ao consumidor em sites de e-commerce

Luciano Billig, 656.

Os direitos trabalhistas dos atletas de futebol: uma análise crítica sobre a efetividade da norma trabalhista ao contrato de trabalho do atleta

Diego Ferreira da Rocha Leite e Bruno Henrique da Cruz Oliveira, 672.

Responsabilidade Civil do Estado por Omissão

Anderson Scarin Perim, 684.

Poder Público como indutor de práticas promotoras de desenvolvimento ambientalmente sustentável e a função extrafiscal do IPVA

Maíra Joaquim Simonelli, 706.

Multiparentalidade e a possibilidade da exclusão da filiação em face do abandono socio afetivo

Ana Cristina Freire e Marcos Antônio de Oliveira, 722.

A relação entre a judicialização da política e o princípio da separação dos poderes

Karina Paula de Andrade, 738

Tutela jurídica dos animais à luz da Lei nº 14.064/2020

Sara Gabriella Alves Bezerra Coelho, 755.

Estelionato sentimental e o cabimento da reparação de danos

Bárbara Cristina Rodrigues da Silva Cavalcante, 771

Medidas cautelares: monitoramento eletrônico como meio de ressocialização de presos

Rhaylla Martins Parrião, 792.

O direito coletivo do trabalho pós-reforma: as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 na negociação coletiva

Salathiel Gonçalves Dias Filho, 807.

MENTIRA DESLAVADA NA CPI NÃO CONSTITUI CRIME

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL: Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Preconiza a Lei Federal nº 1.579/52, em seu Art. 4º, Inciso II, o seguinte:

“Art. 4º. Constitui crime:

(...)

II - fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito:

Pena - A do art. 342 do Código Penal”.

Como se vê, a testemunha convocada pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que fizer “afirmação falsa” cometerá crime, sujeito à pena do Art. 342 do Código Penal (Falso Testemunho ou Falsa Perícia), que prevê reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Entretanto, todos os crimes previstos na legislação brasileira, sejam no Código Penal, sejam em leis especiais, inclusive na lei que regulamenta a CPI, se sujeitam à regra geral daquele diploma insculpida em seu Art. 17:

“Crime impossível

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

Nas palavras de Nelson Hungria, “na tentativa com meio absolutamente inidôneo, falha uma das condições à existência de um crime (segundo a dita noção), isto é, a ocorrência, pelo menos, de real perigo de dano a um bem jurídico; na tentativa sobre objeto absolutamente impróprio, a atipicidade penal é ainda mais evidente: inexistente o bem jurídico que o agente supõe atacar. Dá-se a ineficácia absoluta do meio quando este, por sua própria essência ou natureza, é incapaz, por mais que se reitere o seu emprego, de produzir o evento a que está subordinada a consumação do crime” (Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo 2. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1955. p. 96).

A afirmação falsa empregada pelo depoente, para constituir crime, deverá ser aquela capaz de influenciar, mesmo que minimamente, os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito, obstaculizando, embaraçando ou de qualquer modo dificultando a apuração do fato determinado e suas conclusões.

Se afirmo numa CPI que a capital do Brasil é Buenos Aires ou que nasci na Antártida não se vislumbra qualquer possibilidade do cometimento do crime do Art. 4º, Inciso II, da Lei Federal nº 1.579/52. Nenhum integrante da Comissão, nem seu Presidente, nem seu Relator, receberão minhas declarações como elemento de análise ou formação de convicção ou juízo de valor na condução dos trabalhos.

Igualmente, se o Presidente, Relator ou qualquer outro Parlamentar integrante da Comissão, já dispondo em mãos de prova cristalina e indubitável a respeito de determinado fato, formula pergunta apenas para testar ou experimentar o grau de honestidade das declarações do depoente a respeito deste mesmo fato, este último não incorrerá no crime de falso testemunho, pois latente a ineficácia absoluta do meio (crime impossível).

Se a Comissão investigativa possui em seu poder prova cabal de que possuo uma linha telefônica de celular ou de que meu estado civil é o de viúvo, minha mentira deslavada se revelará um nada jurídico para efeitos penais, uma vez que sem qualquer repercussão ou efeito na apuração da verdade.

Por fim, a afirmação falsa do Art. 4º, Inciso II, da Lei Federal nº 1.579/52, para constituir crime deverá ser aquela que diga respeito à apuração do "fato determinado" que deu origem à instalação da Comissão Parlamentar de Inquérito. O Art. 58, §3º, da Constituição Federal proíbe expressamente que a Comissão se transforme em inquisidor universal das mazelas do universo. As perguntas formuladas deverão, assim, sempre guardar relação com o "fato determinado" em apuração, sob pena de seu indeferimento pelo Presidente.

Assim, em uma CPI, que investiga o contrabando e roubo de veículos de carga, a afirmação falsa a respeito do derretimento das calotas polares ou de meu peso em quilogramas dificilmente, senão jamais, constituirá infração penal, pois tanto a pergunta como a resposta encontram-se absolutamente dissociadas do comando do Art. 58, §3º, da Constituição Federal ("fato determinado"). Evidentemente, a pergunta que deveria ser indeferida em razão de sua impertinência temática estende sua palma ao crime impossível.

Em conclusão, pode-se afirmar que o Art. 4º, Inciso II, da Lei Federal nº 1.579/52 não se ocupa do mentiroso, do falacioso e do bravateador. Destes quem cuida é o voto popular nas urnas.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

GABRIELY MARIA VALICELI:

graduada em DIREITO pela Fundação Educacional do Município de Assis (2019). Pós Graduanda em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Centro Universitário de Ourinhos - UNIFIO

RESUMO: A Justiça penal consensual traz uma tendência de desjudicialização dos conflitos. Desta forma, no Brasil, foram criados, a priori, os Juizados Especiais Criminais (JECrim), a partir da Lei n 9.099/95, que foi o marco inicial para a expressão desse movimento, carregando o mérito de uma Justiça mais célere, informal e eficiente na prestação jurisdicional. O acordo de não persecução penal já existia no Brasil como forma de resolução 183 AMB, contudo era muito debatida sua constitucionalidade, sendo que somente foi legalizado após implementação do Pacote Anticrime (Lei. 13.964/19), que se utilizou de grande parte do texto da resolução, trazendo um novo modelo de justiça negociada, onde o membro do Ministério Público, celebra um acordo com o acusado que confessa formal e circunstanciadamente a prática delitiva e na presença do Advogado, firmada uma pena diversa da restritiva de liberdade em troca de não persecução penal, sendo após homologado pelo Magistrado.

Palavras chave: Acordo de não persecução penal; Consensual; Anticrime; Resolução.

INTRODUÇÃO

Os instrumentos consensuais, há tempos, estão presentes no processo cível, abreviando tempo para a solução do conflito, bem como atendem um prático cálculo de utilidade social. Assim cumprem as expectativas dos indivíduos e agentes político-econômicos.

O processo penal necessitava de um instrumento como o acordo de não persecução penal (ANPP), que foi tomado pelo espírito da justiça consensual, compreendendo-se como um ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o acusado, assistido por seu Advogado, onde aquele assume sua responsabilidade formal, aceitando cumprir condições menos severas do que a sanção penal aplicada ao fato criminoso. Após a aceitação, o acordo é homologado pelo juiz. Não há como

negar que o ANPP trará muitos benéficos ao processo penal, principalmente na economia e na celeridade processual.

O acordo de não persecução penal já existia, conforme resolução 181 de 07 de agosto de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual foi alterada pela Resolução 183 de 24 de janeiro de 2018, contudo foi muito debatida sua constitucionalidade pela Associação dos Magistrados Brasileiros, através da ADI 5790 e pela Ordem dos Advogados do Brasil, resultando assim na sua breve vigência.

Em 24 de dezembro de 2019 foi aprovada a Lei nº 13.964, proveniente de um projeto do Governo, denominado como **Pacote Anticrime**, em que foram discutidos diversos temas de mudança legislativa da seara penal, cominando na constitucionalidade da resolução 181/17, constituindo assim, o acordo de persecução penal, sendo o tema principal do debate deste trabalho.

A JUSTIÇA CONSENSUAL

A Justiça consensual traz uma tendência de desjudicialização dos conflitos. Desta forma, no Brasil, foram criados, a priori, os Juizados Especiais Criminais (JECrim), a partir da Lei n 9.099 de 26 de setembro de 1995, que foi o marco principal para a expressão desse movimento, carregando o mérito de uma Justiça mais célere, informal e eficiente na prestação jurisdicional.

O aperfeiçoamento do direito penal se apresenta nos modelos de acordo ou conciliação de conflitos, que visa à reparação dos bens à vítima e a satisfação das expectativas sociais por meio da justiça consensual. A doutrina traz dois modelos consensual¹ (1) pacificador ou restaurativo, voltado à solução de conflitos entre autor do crime e vítima (reparador de danos) e (2) modelo de justiça negociada (plea bargaining), em que o agente, admitindo culpa, negocia com o órgão de acusação.

A verificação de certa inadequação ou insuficiência do sistema penal justificou uma contemplação de outros modelos de controle social², tornando-se, assim, inegável a necessidade de meios alternativos de resolução de conflitos, frente à morosidade no julgamento dos processos, a ineficiência e a desordem na condução processual, fomentando assim no desprezo da administração da justiça, que gera ainda mais insatisfação e descrédito.

¹ SOUZA, Renee do Ó Souza – CUNHA, Rogerio Sanches Texto, a legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal.

² MOLINA, António García-Pablos de. Criminología – Uma introdução a luz dos fundamentos teóricos. 6ª edição, 2007, p. 187.

A Justiça negociada promove um consenso comum e reparador, desta forma, vem trazendo êxito no alcance da justiça, com menor custo econômico, social e psicológico da transação. As medidas que vêm se desenvolvendo visam facilitar o acesso à justiça e desenvolver procedimentos complementares ao processo jurisdicional, estando estes melhores adaptados à natureza do litígio.

Esse modelo consensual pressupõe realização de acordos entre os sujeitos processuais, trazendo uma maior comunicação entre autor, vítima, Ministério Público e Juiz. Estes entram em um consenso razoável, dentro dos limites legais, observando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, devido processo consensual, autonomia da vontade, princípio da eficiência, da lealdade e da boa-fé objetiva.

Tal forma negociada não está isenta de críticas e discussões no meio jurídico, tendo em vista um novo paradigma, empenhado em responder às debilidades do sistema judiciário e em encontrar formas de administrar a justiça, revolucionando, assim, o modelo político-criminal, caracterizado pela "paleorrepressiva", sendo está marcada pelo aumento das penas, cortes de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas, sanções desproporcionais e endurecimento da execução penal³.

O direito penal deve ser entendido como a "*ultima ratio*", isto é, somente deve ser empregado em casos mais graves e em situações mais severas e repulsivas, tendo em vista ser um instrumento de controle social mais drástico do sistema jurídico.

Desta forma, a Justiça Negociada veio para romper com o sistema clássico processual penal, com uma maior interação entre os sujeitos processuais, buscando soluções que evitem a prisão e até mesmo o próprio processo penal, com a devida utilização dos institutos consensuais previstos na legislação brasileira.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Em 24 de dezembro de 2019 foi aprovada a Lei nº 13.964, proveniente de um projeto do Governo, denominado como Pacote Anticrime, que trouxe o acordo de não persecução penal, que é uma espécie de Justiça Consensual, realizado entre o representante do Ministério Público e o acusado, sendo após, homologado pelo Juiz.

Quando implementado no pacote anticrime, foi utilizado um termo pelo Ex-Ministro da Justiça, Sergio Moro, chamado pleabargain, que em português, "plea" significa pedido e "bargain", barganha, ou seja, um acordo formalizado entre as partes

³ GOMES, Luiz Flávio. Suspensão condicional do processo penal (...) p. 93.

em troca de algo, uma barganha, criando assim, uma nova opção para o judiciário de solução penal consensual. Pode ser compreendido como ajustes obrigacionais celebrados entre o órgão de acusação e o acusado (assistido por advogado), em troca de extinção de punibilidade do fato criminoso (barganha).

Em países Commom Law é normal o uso da justiça negociada, pois agiliza o procedimento de determinados tipos de infrações, bem como evita colapso no sistema judiciário. Schunemann, embora crítico, afirma que o pleabargaining se expandiu para quase a totalidade dos ordenamentos jurídicos, devido a uma necessidade de abreviamento das respostas estatais em face da criminalidade moderna⁴, o que tem surgido um efeito favorável.

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, através da resolução 181/17, sendo posteriormente alterada pela Resolução 183/18. Verifica-se ainda que seu conteúdo, em parte foi repetido no art. 28-A do Código de Processo Penal.

A referida Resolução teve sua constitucionalidade questionada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, através da ADI 5793 com os seguintes argumentos:

Porque a despeito de agora haver uma submissão ao Poder Judiciário do acordo firmado, é inegável que diante da inexistência de lei dispendo sobre ela, resultará uma insegurança jurídica sem tamanho, diante da possibilidade de magistrados recusarem ou aceitarem esses acordos, com base exclusivamente no fato de a Resolução não poder dispor sem previa previsão legal. (SANCHES, 2020, p. 126)

No mesmo contexto a Ordem dos Advogados do Brasil também questionou a Resolução, alegando ferimento aos princípios da reserva legal e da segurança jurídica, bem como o poder regulamentar conferido ao CNMP.

O Princípio da obrigatoriedade refere-se à vinculação do Ministério Público em formar seu conhecimento acerca do fato criminoso. Neste sentido Eugenio Pacelli de Oliveira afirma que

Está obrigada à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da

⁴ SCHUNEMANN, Berd. Um olhar crítico ao modelo processual norme-americano

conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal. (OLIVEIRA, 2009, p.114-115)

No mesmo sentido a maioria dos manuais diz que, presentes as condições processuais, o Ministério Público é obrigado a agir, exceto nos casos previstos em lei, como por exemplo, nos crimes de ação penal privada ou pública condicionada, da mesma forma nas infrações de menor potencial ofensivo com possibilidade de transação penal (Art. 76 da Lei 9.099/1995).

CABRAL⁵ “alerta que a ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder”, ou seja, o princípio em tela não é uma imposição cega de fazer alguma coisa sempre e a todo custo, mas traz o dever de agir ao Promotor.

O significado de agir pode ser o de oferecer a transação penal cabível ao autor de uma infração de menor potencial ofensivo ou firmar o acordo de não persecução penal, ou seja, o Ministério Público não pode se omitir de fazer algo, não exclusivamente realizar a denúncia.

A doutrina mais recente, afirma que esse princípio deve ser revisado e aprimorado, de acordo com os objetivos que fundamentam o princípio da legalidade.

Em relação ao princípio da reserva legal questionada pela OAB, art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, não há mais críticas a respeito, tendo em vista que resolução 181/17 se tornou lei.

O acordo de não persecução penal trata-se de um negócio jurídico extrajudicial, necessariamente homologado pelo Juiz e inicialmente celebrado entre o Ministério Público e o investigado, assistido por Advogado, que confessa, formal e circunstancialmente a prática delituosa, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições, diversa de pena privativa de liberdade. Em troca do compromisso de o parquet não prosseguir com a ação penal, declara-se ao final, após ser cumprido integralmente as condições, extinta a sua punibilidade.

⁵ Promotor de Justiça Rodrigo Cabral. Acordo de não Persecução Penal – Um panorama sobre o acordo de não persecução penal. 1ª Ed. Juspodivm. 2018 p.40

O Artigo 28-A do Código de Processo Penal dispõe que

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Neste sentido, o acordo traz como requisitos processuais o fato não ser caso de arquivamento, ou seja, deve haver viabilidade da persecução penal: o investigado ter confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal, o delito não ter acontecido com violência ou grave ameaça, ter pena mínima inferior a quatro anos, poderá somente após ser proposto o acordo.

Os incisos desse artigo pontuam como condições do acordo, que poderão ser cumulativas ou alternativas, a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto quando impedido de fazê-lo (I); renúncia voluntária dos bens e direitos apontados pelo Ministério Público, como instrumento, produto ou proveito da prática delituosa - chamados confisco aquiescido (II); prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços... (III); pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social (IV); e, por fim, cumprimento por prazo determinado qualquer outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (V).

Nesse último inciso, onde trata de qualquer condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada, pode ser negociado, devendo observar os limites da liberdade de negociar, que implica na:

Prestação avençada não seja proibida; não atinja direitos de terceiros; não viole valores sociais e nem da dignidade da pessoa humana; seja resguardada a consciência e voluntariedade do investigado; seja amparada pela juridicidade que permite sejam levados em consideração os elementos materiais contidos no sistema jurídico em seu aspecto substancial e implique em recomposição social do bem jurídico tutelado pela norma penal aparentemente violada. (SANCHES, 2020, P. 134)

É vedado também a propositura do ANPP, se no caso for cabível transação penal, nos termos do Juizados Especiais Criminal (Art. 28, CPP §2º, I,); ser o agente

reincidente ou qualquer indício que indique conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas (§2º, II); ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal, ou suspensão condicional do processo (§2º, III); e por fim os crimes no âmbito da violência doméstica familiar, independente do sexo no polo passivo, bem como os crimes praticados contra a mulher por razões de condições do sexo feminino, mesmo sendo fora do ambiente familiar. O caput do artigo veda também crimes realizados com violência ou grave ameaça, contudo, alerta-se que a violência tem que estar presente na conduta, não no resultado obtido, ou seja, nos casos de homicídio culposo, pode ser realizado o acordo, por não consistir dolo na ação violenta.

O acordo deverá ser formalizado por escrito, firmado pelo órgão de acusação, pelo indigitado e seu defensor. Para a homologação será realizada uma audiência, na qual o juiz verifica a voluntariedade do investigado no acordo, possíveis inadequações, bem como sua legalidade. Se o Magistrado considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições do acordo, devolverá os autos ao Ministério Público, para que seja reformulada, com a devida concordância do acusado, podendo haver retratação, renegociação ou até mesmo oferecimento da denúncia. Nota-se que não necessita da presença da vítima na formalização do acordo, contudo esta deve ser intimada da homologação e do descumprimento, se houver.

Descrito no parágrafo 7º, cabe recurso em sentido estrito (Art. 581,XXV, CPP), quando o órgão de acusação não concordar do Juiz em refazer o acordo, contudo esse recurso seria inconstitucional de acordo com o Rogério Sanches Cunha, pois viola o sistema acusatório e a independência do Ministério Público, sendo necessária uma analogia aplicada ao Art. 28, conforme a sumula 696, STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas recusando o promotor da justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP”

Descumpridas quaisquer condições estipuladas no acordo, o órgão de acusação deverá comunicar o Juízo competente, para fins de rescisão e posteriormente oferecer a denúncia, podendo até mesmo ser utilizado como justificativa para eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo, de acordo com o Art. 28-A, §10, §11, CPP. Não cabe detração, pois o acordo não se pactua pena, sendo considerada uma medida despenalizadora, sendo descumprido perde-se o tempo, pois seria uma consequência natural, como um ônus de desistência e deslealdade por parte do investigado.

O devido cumprimento do ANPP implica a decretação de extinção de punibilidade, bem como em não constar em sua certidão de antecedentes criminais, pois implica uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica, pois, para a culpa ser admitida, deveria existir o devido processo legal. Apenas será computado para a regra do §2, III, onde não pode constituir novamente acordo, transação penal ou suspensão condicional do processo, nos cinco anos subsequentes da firmação desses benefícios.

Essa forma de Justiça negociada trará uma inegável economia de tempo e recursos processuais, com a devida atenção a tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento, bem como positivo, quando possível a reparação do dano à vítima, resultando numa maior satisfação da Justiça Criminal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acordo de não persecução penal, inicialmente criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução 181 no ano de 2017, teve uma vaga vigência, por ter sido questionada sua constitucionalidade. Atualmente foi ratificado esse instituto no Art. 28-A do Código de Processo Penal, através da Lei 13.964/19, popularmente conhecida como pacote anticrime, trazendo diversas modernidades ao ordenamento jurídico. O ANPP pode ser proposto em crimes sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos.

Essa promissor método de justiça consensual, formado entre o órgão de acusação, acusado e defesa, tem o atento de dar uma solução mais célere e econômica para determinados tipos penais. Dá ao acusado outra forma de punição, diversa da pena restritiva de liberdade, bem como não se vislumbra qualquer prejuízo ou ofendido, vez que um dos requisitos para tal instituto, quando possível, é a reparação do dano ou bem à vítima, trazendo assim uma moderna tendência criminológica de revalorização da vítima no processo penal.

Como se vê é muito mais vantajosa uma imediata negociação, que cumpra sua função do conflito, do que um longo julgamento, muitas vezes incapaz de cumprir com as funções da pena, muito menos de recompor o sentimento social de validade das normas ou o objeto perdido do ofendido.

De acordo com informações obtidas no site do Consultor Jurídico⁶, o Ministério Público Federal anunciou, em setembro do corrente ano, que foram fechados cerca de cinco mil acordos de não persecução penal, sendo três mil

⁶<https://www.conjur.com.br/2020-set-17/mpf-fechou-mil-acordos-nao-persecucao-penal#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20Federal%20anunciou,somente%20no%20ano%20de%202020>. Acessado em 14/12/2020

oitocentos e noventa e dois somente no ano de 2020. A referida notícia também informou que os crimes com mais incidência são: contrabando ou descaminho (1.165), estelionato majorado (802), uso de documento falso (469), moeda falsa (285) e crimes contra o meio ambiente e o patrimônio de uma forma genérica (200).

Diante o exposto, vislumbra-se uma efetiva utilização do instituto pelos operadores do direito, minimizando assim processos penais e recursos estatais, bem como a aceitação deste pelo Ministério Público, os acusados e vítimas. Mostra-se uma forma célere e efetiva do sistema de Justiça, evitando assim desnecessárias prisões, sendo suficientes como medida de reprovação e prevenção do crime praticado.

Evidente que o ANPP veio para revolucionar o combate à criminalidade, sendo uma eficaz prestação jurisdicional. O desafio agora é expandir essa prática, para que todos adotemos essa forma de justiça penal negociada como reponsabilidade da atitude criminosa.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

_____. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Acessado em Data de acesso em 11 de dezembro de 2020;

_____. Decreto lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019. *Lei Anticrime – Aperfeiçoa a legislação penal e processo penal*. Acessado em 05 de dezembro de 2020;

_____. Decreto lei 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Acessado em 09 de dezembro de 2020;

_____. Decreto lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Acessado em 10 dezembro de 2020;

_____.Decreto lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Acessado em 15 dezembro de 2020;

BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o Sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2011.

CABRAL, Rodrigo. Acordo de não Persecução Penal – *Um panorama sobre o acordo de não persecução penal*. 1ª Ed. Juspodivm. 2018 p.40;

CUNHA, Rogério Sanches – *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP/ Rogério Sanches Cunha – Salvado: Editora JusPodivm, 2020;*

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal* – 2ª- edição - p. 93;

MOLINA, António García-Pablos de. *A Criminologia* – Uma introdução a luz dos fundamentos teóricos. 6ª edição, 2007, p. 187;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: 2009;

SOUZA, Renee do Ó Souza – CUNHA, Rogério Sanches Texto, *a legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal*;

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 5ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2008;

A IMPUTABILIDADE E CULPABILIDADE PENAL DO PSICOPATA: PRISÃO OU TRATAMENTO?

LILIAN DE LIMA MAIA: Universitária do Curso de Bacharelado em Direito na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA.

Resumo: O presente artigo enfoca na análise penal acerca do perfil do psicopata e a existência de culpabilidade, sendo resultado a prisão ou tratamento. Justiça-se a necessidade de encontrar uma orientação de como lidar com os portadores desse transtorno de personalidade. A maioria das pessoas são alheias ao assunto por falta de informação e não saberiam precisar de se indivíduo responderia ou não por este crime e também, como se enquadrar na perspectiva penal, seja com uma pena restritiva de liberdade, uma medida de segurança ou um tratamento especializado para o seu quadro psíquico. O direito se utiliza da medicina para definição se o psicopata teria discernimento ou não de saber o que está fazendo como ato criminoso.

Palavras-chave: Psicopata. Culpabilidade. Tratamento.

Abstract: This article focuses on the penal analysis of the psychopath's profile and the existence of guilt, resulting in prison or treatment. Justice is needed to find an orientation on how to deal with the carriers of this personality disorder. Most people are oblivious to the subject for lack of information and would not know precisely if the individual would or would not respond for this crime and also, how to fit into the criminal perspective, either with a sentence restricting freedom, a security measure or a specialized treatment for his psychic condition. The law uses medicine to define whether or not the psychopath has the discernment to know what he is doing as a criminal act.

Key-words: Psychopath. Culpability. Treatment.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de Psicopata. 2. Culpabilidade. 3. A Imputabilidade e Culpabilidade Penal do Psicopata: Prisão Ou Tratamento. 4. Considerações Finais. Referências.

Introdução

Tendo em vista a regulamentação de convívio e comportamento na sociedade, para ter o controle das ações das pessoas à norma penal foi necessário a criação do Código Penal.

Nesse sentido verifica-se que a norma penal estabelece todas as condutas, espécies e pessoas que podem estar cometendo o crime e até mesmo aquelas, que embora tenha cometido não responderá por seus atos.

No presente trabalho irá ser abordado a respeito da inimputabilidade prevista nos termos do artigo 26 do Código Penal, levando em conta se o psicopata se encaixa no perfil de inimputável ou responde normalmente pelo crime cometido.

No decorrer do projeto será discorrido sobre o conceito de psicopata que, em suma, seria o indivíduo com um padrão comportamental e/ou traço de personalidade, caracterizada em parte por um comportamento antissocial, diminuição da capacidade de empatia/remorso e baixo controle comportamental ou, por outro, pela presença de uma atitude de dominância desmedida. Bem como, checaremos as características da imputabilidade e culpabilidade.

Em seguida, será verificado se o psicopata responde ou não pelo crime cometido, levando em conta o auxílio da medicina e sua classificação no que diz respeito a este distúrbio, pois o juiz levará em conta essa questão.

Por tais razões, este trabalho pretende proporcionar informações sobre o tema, embasando-se na legislação e na doutrina.

1 CONCEITO DE PSICOPATA

Definir uma pessoa psicopata é uma tarefa complexa, no entanto, é possível ter uma compreensão do que seja e o que representa. O psicopata pode ser compreendido como sendo o indivíduo que sofre distúrbio mental, no qual há uma interferência direta no seu comportamento, dentre os principais, verifica-se, por ser um indivíduo antissocial, fingido, mentiroso, artificioso, sem empatia, sem sentimento e gosta do sofrimento alheio.

De acordo com o dicionário online Dicio, define o psicopata como sendo:

Pessoa que sofre de um distúrbio mental, definido por comportamentos antissociais, pela falta de moral, arrependimento ou remorso, sendo incapaz de criar laços afetivos ou de sentir amor pelo próximo. Indivíduo acometido por psicopatia, por esse distúrbio mental. Designação genérica para quem expressa qualquer tipo de patologia mental. (DÍCIO, 2020, p.1).

Segundo (Souza, 2018 *apud* Costa 2014), avalia que o comportamento desta pessoa é percebido por ser totalmente insensível a dor do próximo, comporta-se de

maneira impulsiva, é manipuladora gostando de usar outros como se fosse marionete no intuito de alcançar seus objetivos. Não é uma pessoa que se possa confiar. Não tem capacidade de desenvolver sentimentos comuns as pessoas normais como amor, carinho. O psicopata geralmente é altamente inteligente e frio.

Ante o exposto, conforme visto acima esses são alguns traços do indivíduo psicopata, que adquirido ao longo de sua infância, tendo em vista o seu ambiente de convívio e o que o mesmo presencia, contribui para esse transtorno psicológico.

2 IMPUTABILIDADE E CULPABILIDADE

Pode-se definir a imputabilidade como a possibilidade de atribuir a autoria ou responsabilidade de um ato criminoso a alguém. Já a culpabilidade, refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal.

A imputabilidade é a capacidade de culpabilidade. De acordo com Sanzo Brodt (1996) "A imputabilidade é constituída por dois elementos: o primeiro intelectual, que é a capacidade de entender o ato ilícito do fato; e o volitivo que é a capacidade de determinar-se sobre esse entendimento".

O artigo 26 do Código Penal (1940) dispõe as causas excludentes de imputabilidade "ao 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".

Pode-se então, extrair do caput do referido artigo dois critérios para atestar a inimputabilidade do agente, quais sejam: biológico, configurado pela existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; e psicológico, configurado com absoluta capacidade, ao tempo da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Assim, na lei penal, vigora o critério biopsicológico normativo.

Masson (2000) afirma "a imputabilidade deve ser analisada ao tempo da ação ou omissão. Considerar-se, portanto a prática da conduta. Qualquer alteração posterior nela não interfere [...]".

Ou seja, não basta o agente possuir alguma enfermidade mental, faz-se necessário, prova que tal transtorno, de fato, afetou a capacidade de compreensão

do caráter ilícito do fato ou determinante de seu conhecimento, à época do fato, no momento do delito.

Caso o agente, à época do fato, não fosse inteiramente incapaz de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com o entendimento, o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, garante a redução de pena, de um a dois terços. Se assim proceder, podemos considerar que o agente praticou fato típico, ilícito e culpável.

3 A IMPUTABILIDADE E CULPABILIDADE PENAL DO PSICOPATA: PRISÃO OU TRATAMENTO?

Tendo em vista o psicopata e seu cometimento criminal é importante verificar na lei penal, o que ela diz, onde o mesmo pode ser enquadrado, bem como se responderá pelo seu ato ou será beneficiado.

O artigo. 26 do código penal brasileiro, versa sobre a inimputabilidade, ou seja, sobre aquela pessoa que não poderá responder pelos seus atos, sendo que pode ser por diversas situações que enquadrado na lei penal.

Nesse sentido de acordo com o código penal dispõe que:

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.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Sobre a inimputabilidade revela Bitencourt (2010) que é a incapacidade de culpabilidade e inaptidão para ser culpado. É a falta de sanidade mental ou falta de maturidade mental, não pode responder por se ato em várias hipóteses.

Quando a insanidade mental ou falta de discernimento, não seria aqui o caso do psicopata, é interessante o posicionamento de Bitencourt. Veja-se:

Além de mentalmente não possuir desenvolvimento mental completo, por doença ou perturbação mental é necessário a consequência desse distúrbio: a incapacidade de discernimento [...] reuni dos aspectos um biológico que é a doença em si e um aspecto psicológico que seria capacidade de entender ou autodeterminar. (BITENCOURT,2010, p.175).

De maneira específica sobre a doença mental, ainda Bitencourt. Ressalta que:

Deve compreender as psicoses que incluem o estado e alienação mental por desintegração da personalidade ou evolução deformada de seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva na paranoia e outras identificadas pela ciência. (BITENCOURT,2010, p.175).

Em caso de o agente se encaixar e um dos dispositivos da inimputabilidade, seria submetido nos termos do artigo 41 da Código Penal. Veja-se:

Superveniência de doença mental

Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

Já em sede de fixação da pena, analisa um dos aspectos essenciais, que é a culpabilidade. Observa-se:

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à **culpabilidade**, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ainda se ressalta que no caso de inimputáveis, deverá ser aplicado e verificado as medidas de segurança a este agente, nesse sentido o código penal aduz que:

Espécies de medidas de segurança

Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Portanto, conforme fora verificado até aqui, se o psicopata fosse considerado o inimputável, teria que ser levado em conta o que fora exposto e previsto no código penal e na doutrina, que não é o caso.

Porém, o direito só poderia entender pela inimputabilidade, caso psicopata e a psicopatia fosse considerado uma doença, que não é o caso, uma vez que o mesmo tem total discernimento de entender o caráter ilícito da coisa.

Para o direito chegar tal conclusão é necessário o auxílio da medicina levando em conta estudo e parâmetros internacionais. No quais são a CID (Classificação Internacional de Doença), bem como a DSM-V (Manual Diagnostico Estatístico de Transtorno Mental). A respeito desse entendimento, a autora (SOUZA, 2018, p.4) revela que:

A psicopatia é classificada como CID-10 (Classificação Internacional de Doença), doença denominada como um Transtorno Dissocial, conforme apresentado pelo código F60.2 A abaixo.

F60.2 Personalidade dissocial

Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a

culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade.

Outra classificação muito usada é a sigla DSM-V (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtorno Mentais da Associação Psiquiátrica Americana, conhecida com APA) e a Associação Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association) conhecida como um transtorno de personalidade na qual o indivíduo apresenta ausência de emoção e culpa ou remorso nas suas atitudes, podendo até se encaixar no meio da sociedade, simulando comportamentos normais e agradáveis, para controlar as outras pessoas. Geralmente os primeiros sintomas desse transtorno, como já dito, surge na adolescência do indivíduo ou no início da sua fase adulta, se prolongando.

Desse modo, conforme classificação dos estudos científicos exposto, pode-se concluir que a psicopatia é um distúrbio mental, por aversão social, que não se enquadra como as outras doenças que faz com o que o agente não saiba o que esteja fazendo, por consequente, o psicopata, tem sim discernimento, uma vez que isso não tira a percepção de entender, compreender o que esteja fazendo de ilegal.

Nesse sentido, deve responder pelo seu crime, já que não é inimputável, daí conclui-se pela prisão deste.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, o trabalho apresentado cuidou de fazer a análise acerca da imputabilidade do indivíduo considerado psicopata.

Diante de todo o exposto, ficou comprovado que a psicopatia é um transtorno mental, e não uma doença, que tem por consequência indivíduos incapazes de conviver em uma sociedade sem causar uma degeneração, devido não obedecerem a leis ou normas sociais.

Portanto, de acordo com a doutrina e medicina concluiu-se que por este indivíduo ter discernimento quanto a suas ações, faltando o critério psicológico, responderá pelo crime, observados os requisitos da legislação.

Fundamental, por conseguinte, que haja por parte do julgador uma rigorosa análise do conjunto probatório, da qual descenda o entendimento das certezas

processuais, sempre com a finalidade obter, fundamentadamente, a justa responsabilização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Código Penal**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/legislacao/Decreto-Lei/Del2848.htm> > Acesso em: 06 abril. 2021.

DICIONÁRIO PORTUGUES. Significado: psicopata.2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/psicopata/>. Acesso em 9 maio 2021.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1*. 4ª ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Da Consciência da Ilicitude no Direito Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

SOUZA, Bianca Smith *apud* COSTA 2014. **Culpabilidade dos Psicopatas: Prisão ou Tratamento**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68505/culpabilidade-dos-psicopatas-prisao-ou> > Acesso em: 12 maio 2021.

O REFLEXO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO TRÁFICO DE DROGAS E A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

KARINA GABRIELA SANTOS: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Una

EMELY KETTYLIN OLIVEIRA DE PAULA⁷

(coautora)

MARCELO HENRIQUES DE ANDRADE⁸

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho objetiva conceituar a teoria do Direito Penal do Inimigo, destacando suas principais características, bem como a razão do questionamento quanto a sua legitimidade quando presente na Lei de Drogas Brasileira. Nessa linha, analisaremos a base ideológica do proibicionismo nacional, bem como o contexto de edição da Lei 11.343/2006, a fim de demonstrar se há ou não características da teoria refletidas no texto final da Lei, primordialmente no crime de tráfico de drogas, verificando, por fim, sua legitimidade frente aos princípios e garantias constitucionais. Para tanto, utilizaremos o método dedutivo de pesquisa instrumentada na bibliografia existente com doutrinas, artigos periódicos e materiais de estudiosos da área encontrados em sites especializados, bem como documental, com o uso da Constituição Federal de 1988, legislações pertinentes, mormente a Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas, Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos, Código Penal e Jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo. Estado Democrático de Direito. Lei de Drogas. Supressão de Direitos e Garantias Fundamentais.

ABSTRACT: The present work aims to conceptualize the theory of the Criminal Law of the Enemy, highlighting its main characteristics, as well as the reason for questioning as to its legitimacy when present in the Brazilian Drug Law. Along this line, we will analyze the ideological basis of national prohibitionism, as well as the context in which Law 11.343 / 2006 was published, in order to demonstrate whether or not there are characteristics of the theory reflected in the final text of the Law, primarily in the crime of drug trafficking, verifying, finally, its legitimacy in the face of constitutional principles and guarantees. Therefore, we will use the deductive method of research instrumented in the existing bibliography with doctrines, periodical articles and materials from scholars in the area found in specialized websites, as well as documentary, using the

⁷ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Una.

⁸ Professor no Centro Universitário Una. Mestre em Direito Privado pela FUMEC.

Federal Constitution of 1988, relevant legislation, especially Law 11.343/ 2006 - Drug Law, Law 8.072 / 90 - Heinous Crimes Law, Penal Code and Jurisprudence.

KEYWORDS: Criminal Law of the Enemy. Democratic state. Drug Law. Suppression of Fundamental Rights and Guarantees.

SUMÁRIO: Introdução 1. O Direito Penal Do Inimigo: conceito e características 2. A Influência do Direito Penal do Inimigo na Lei de Drogas – Lei 11.343/2006 2.1 Base Ideológica e Contexto de Elaboração da Lei de Drogas 2.2 A Supressão de Direitos e Garantias Penais no Tráfico 3. O Estado Democrático de Direito Frente ao Inimigo e a Lei de Drogas 3.1. Garantismo Constitucional 3.1.1 Princípio da Presunção de Inocência 3.1.2 Princípio da Intervenção Mínima 3.1.3 Princípio da Proporcionalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Brasil por meio de sua Constituição Federal aderiu o sistema penal garantista o qual prevê uma serie de direitos aos cidadãos e que limita a atuação do Estado frente à sociedade. No entanto, ainda que a Carta Magna tenha previsto uma gama de garantias consideradas fundamentais, como acesso a saúde, a educação e a cultura, tais direitos não têm sido exercidos por grande parte da população, o que resulta no aumento crescente da violência.

A vista da sua incompetência em criar mecanismos que assegurem os direitos fundamentais do cidadão com fito de transformar estruturalmente a violência no país, o Estado, achou por bem controlar o problema da criminalidade relacionado às drogas por meio de uma política penal proibicionista repressiva, eis que no país o maior índice de violência ocorre pelo crime de tráfico de drogas, previsto na Lei 11.343/2006.

Para legitimar esse sistema repressivo, verificaremos que o Estado lançou mão da mídia para imiscuir no cidadão à sensação de insegurança levando-o a crer que somente com punições severas poderia se reduzir o índice de violência, bem como utilizou de características da Teoria do Direito Penal do Inimigo como referência idônea para edição da Lei de Drogas.

A questão dos traços dessa Teoria numa normativa brasileira urge no fato de que segundo penalistas e estudiosos da área, as características do Direito Penal do Inimigo seriam incompatíveis com o ordenamento jurídico de um Estado Declarado de Direito fundado na Dignidade da Pessoa Humana, visto que a teoria retira a condição de pessoa do inimigo, despindo-o de direitos assegurados aos cidadãos que não romperam com o contrato social.

Diante disso, por meio do método dedutivo de pesquisa, objetivamos apontar, a priori, as principais características da Teoria do Direito Penal do Inimigo, depois demonstraremos a forma como ela foi implementada na Lei de Drogas por meio das ideologias da Defesa Social, da Lei e Ordem, da Segurança Nacional, dos discursos legitimadores e do contexto de edição, atingindo seu ápice na figura do traficante, e, por fim, verificaremos a legitimidade dessa intervenção frente ao Estado Democrático de Direito e aos princípios fundamentais.

1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO: conceito e características

A Teoria do Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida pelo professor e filósofo alemão Günther Jakobs, segundo a qual há dois polos do Direito Penal que se divide em Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. No primeiro caso, o indivíduo que infringe a norma penal mantém seu status de cidadão, permanecendo com seus direitos e garantias fundamentais asseguradas pelo Estado. Já no segundo caso, o indivíduo perde seu status de cidadão, tendo seus direitos e garantias fundamentais suprimidos ou relativizados, pois considerado um verdadeiro inimigo do Estado (JAKOBS, 2020).

Para Jakobs (2020) as relações sociais decorrem de um contrato, segundo o qual são previstos direitos e deveres para os cidadãos de uma sociedade adimplirem. Aquele que naturalmente não se adequa as normas do contrato social, não merece ser tratado como cidadão perante a sociedade e sim como inimigo do Estado. O autor busca legitimar sua Teoria, baseando-se no modelo contratualista dos filósofos Rousseau, Fichte, Kant e Hobbes, a fim de justificar a exclusão daqueles que transgridem as normas contratuais.

Segundo Jakobs (2020), Rosseau e Fichte consideram todos os criminosos inimigos do Estado, porque romperam com a norma, entretanto, o autor não considera todos os criminosos inimigos, pelo que prefere as ideias contratualistas de Kant e Hobbes:

[...] Na posição de Kant não se trata como pessoa quem <<me ameaça... constantemente>>, quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão. De maneira similar Hobbes despersonaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito Penal do cidadão - contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio - e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio.

Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 28).

Nessa esteira, o cidadão é um ser racional que comete delitos comuns e esporádicos, suas ações seriam calculáveis e, portanto, não ofereceria um risco para a vigência da norma. Já o inimigo, seria aquele indivíduo perigoso, que não oferece segurança cognitiva, que não aderiu às cláusulas do contrato social, sendo, desse modo uma ameaça constante ao Estado e à vigência da norma (JAKOBS, 2020).

Na teoria, mais importante que proteger o bem jurídico que possa sofrer algum tipo de lesão, é garantir a vigência e a rigidez da norma, ainda, que o bem jurídico seja tocado, a norma deve permanecer incólume, podendo ser utilizada para penalizar a conduta. Jakobs entende que no direito do inimigo “a pena passa de um meio para a manutenção da vigência da norma para ser um meio de criação da vigência da norma” (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p.43-44).

Como o inimigo é indecifrável incapaz de se comportar de modo previsível, a pena para ele seria forma de segurança contra fatos futuros, um meio de assegurar a validade da norma:

[...] não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 34).

Já para o cidadão, a pena seria uma resposta, uma contradição em relação a fatos passados, um modo de reafirmar a validade da norma:

[...] o fato como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 22).

Desse modo, constata-se que na visão de Jakobs (2020), o inimigo é aquele ser naturalmente desviante, inapto ao convívio social, que comete crimes de alta traição em desfavor do Estado, contra o qual deve ser impelido um estado de guerra. “Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito a segurança, mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído” (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 47).

Ressalta-se, por fim, que segundo Manuel Cancio Meliá, as principais características do Direito Penal do Inimigo são:

[...] em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p. 90).

Pelo narrado, verifica-se que a Teoria do Direito Penal do Inimigo, segrega cidadãos de um mesmo Estado, proporcionando tratamento diferenciado entre indivíduos que compõe o mesmo corpo social. Para os cidadãos temos um direito pautado na teoria do fato e da culpabilidade, opostamente ao inimigo é dispensado um direito tratado na teoria do autor e da periculosidade.

Diante disso, passaremos a analisar as bases ideológicas, bem como o contexto de criação da Lei 11.343/06, a fim de constatar a existência de traços da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, chegando-se a asserção de que o traficante foi intitulado como verdadeiro inimigo do Estado.

2 A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI DE DROGAS – LEI 11.343/2006

Conforme visto, o Direito Penal do Inimigo possui características típicas de um direito penal do autor, segundo o qual se busca punir o indivíduo por quem ele é e não pelo fato definido como crime que cometeu. Diante disso, analisaremos como essas características foram refletidas no texto final da Lei 11.343/06, iniciando-se com a revogada Lei 6.368/76, tomando por base as ideologias dos Movimentos de Lei e Ordem, da Defesa Social e da Segurança Nacional, utilizando-se o discurso midiático legitimador, e seu contexto de elaboração, o que resultou numa política beligerante contra o traficante despindo-lhe dos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente.

2.1 Base Ideológica e Contexto de Elaboração da Lei de Drogas

Com a promulgação da Lei 6.368/76, foi instaurado no Brasil um modelo de controle integrado ao plano mundial de combate as drogas o qual firmava o ideal moralista de que havia um traficante-delinquente e um usuário-dependente. Assim,

sob a perspectiva teórica da lei revogada, era dispensado um tratamento médico-psiquiátrico ao usuário e um tratamento repressivo ao traficante, eis que esse passou a ser estereotipado como o causador do problema social relacionado às drogas, que deveria ser neutralizado (CARVALHO, 2016).

O que ocorreu com a junção na Lei desses discursos preventivos médico-jurídico e político-criminal foi o desembocar de um sistema proibitivo repressivo o qual intentava na realidade punir de modo diferenciado o traficante e o usuário. Assim, a Lei previa condução coercitiva do usuário a centros especializados ou adaptados ao atendimento dos dependentes e em contrapartida ao tráfico de drogas, autonomizou o delito de associação para o tráfico, possibilitando o concurso de delitos, tendo, ainda ampliado o rol nuclear do tipo previsto para o crime de tráfico.

Verifica-se, desse modo, que a Lei 6.368/76 criou um microssistema criminal gestado por fundamentos e princípios autônomos, que guardaram pouca harmonia com a Lei Codificada e com os direitos e garantias constitucionais, se solidificando assim, como base emergencial fundamental para o advento da Lei 11.343/06 pautada na seletividade penal entre usuário-doente e traficante-delinquente, bem como na política beligerante contra o tráfico consolidada na ruptura de direitos e garantias fundamentais do cidadão (CARVALHO, 2016).

Ademais dos aspectos da Lei anterior, segundo Salo de Carvalho (2016), o sistema proibicionista brasileiro, sustenta-se no tripé ideológico dos Movimentos de Lei e Ordem (Mlos), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN) dos quais resulta um modelo superpositivista de combate à criminalidade, que divide a sociedade entre criminosos e não criminosos. Para o autor esse tripé representa os germens do Direito Penal do Inimigo na Lei de Drogas.

Os Movimentos de Lei e Ordem “compreendem o crime como lado patológico do convívio social, a criminalidade uma doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho” (CARVALHO, 2016, p.86). Segundo Salo de Carvalho (2016) a Ideologia de Segurança Nacional pauta-se numa política de guerra, a qual separa o povo de uma Nação em dois polos, de um lado ficam os cidadãos de bem de outro o criminoso que precisa ser neutralizado. “Ao estar sustentado no fundamento da segurança (nacional ou pública), a violência estatal é banalizada, sendo sua programação potencializada e tendendo naturalmente ao abuso” (CARVALHO, 2016, p.84)

Já a Ideologia de Defesa Social, consoante preleciona Salo de Carvalho (2016), postula à universalização das instituições e leis penais, o fenômeno criminal seria antes de tudo um fenômeno humano devendo ser estudado pelas ciências humanas que não conhecem fronteiras. Tal ideologia nega o caráter retributivo da pena, adotando

categorias como periculosidade, reeducação, personalidade desviante e prevenção da reincidência que acaba por desmentir o caráter humanitário da ressocialização inicialmente defendida.

Além das Ideologias constitutivas do tripé descrito por Salo de Carvalho (2016), o autor acrescenta que a política beligerante nacional, também sofre influência do movimento de Tolerância Zero que se originou nos Estados Unidos, o qual pregava, em suma, a necessidade de repressão à criminalidade de rua e bagatela, por processos de higienização social a partir de normas penais sancionadoras de comportamentos individuais. Segundo Carvalho:

“De Nova York, a doutrina da ‘tolerância zero’, instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência –, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica da guerra ao crime e da ‘reconquista’ do espaço público, que assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais a invasores estrangeiros [...]” (WACQUANT, 2001, p.30 *apud* CARVALHO, 2016, p. 142).

Com os movimentos ideológicos do sistema proibicionista nacional, buscou-se legitimar uma política institucionalizada de exceção contra as drogas, segundo a qual o Direito e Processo Penal não mais serviriam como a função primordial de controle de intervenção estatal, mas sim como meio, instrumento dessa intervenção (CARVALHO, 2016).

Pode-se atribuir a disseminação da aceitação e até mesmo o clamor social por políticas públicas mais severas aos meios de comunicação em massa, que imiscuiu a sensação de perigo constante relacionados à criminalização na sociedade. De modo que o legislador emite para o público a impressão de que o único meio de resolução dos problemas relacionados à violência é a expansão da criminalização de condutas e a edição de leis autoritárias¹⁰.

9 WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

10 De acordo com Salo de Carvalho (2016) se os mitos legitimantes do sistema penal são facilmente digeridos pelo sistema social, criando o que se denomina na literatura criminológica como *every day theory*, é porque existe forte relação de interatividade entre estes atores. Na formação destes vasos

Em relação à criminalidade e os meios de comunicação em massa como propagador do discurso legitimador do Estado beligerante temos Bem e Botelho (2014, p.28):

Esse poder exercido pela mídia não é diferente na esfera do Direito Penal. A superexposição de eventos propagadores do medo como ondas de terror ligadas ao crescente aumento da criminalidade faz com que a população alvo deste discurso midiático, clame cada vez mais por leis e medidas mais severas de contenção deste aumento. No entanto, é necessário aqui se destacar que atrás desta indução do clamor público por leis mais severas está obviamente o Estado, que neste sentido demonstra-se totalmente incapaz de conter a criminalidade por outros meios que não a aplicação de sanções penais cada vez mais gravosas, o que obviamente resta, mais do que claro, não ser a solução ideal para tais problemas.

Trilhada a narrativa acerca das bases ideológicas da política proibicionista bem como seus discursos legitimadores, caberá agora por oportuno, contextualizar o período de tramitação até a promulgação da Lei de Drogas, tendo em vista que o cenário emergencial instaurado na época foi essencial para elaboração de seu texto final que acabou por consolidar a política beligerante contra o tráfico de entorpecentes no país.

Havia então, naquele cenário, dois movimentos diametralmente opostos. De um lado tínhamos o modelo antiproibicionista pautado numa política nacional de redução de danos¹¹ que intentava a descriminalização do uso de entorpecentes para o incremento de um tratamento adequado voltado ao tóxico-dependente. De outra monta, se apresentava o modelo proibicionista intensificado com a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), da Lei de Organização Criminosa (Lei 9.034/95) e posteriormente com a federalização do Regime Disciplinar Diferenciado (Lei 10.792/03).

comunicantes, o objeto de consumo ofertado pelo legislador são incriminações severas, alimentando em seu público, através de forte apelo aos meios de comunicação, a sensação de que se está efetivamente buscando soluções ao problema da violência e da criminalidade.

¹¹ Conforme Marcelo da Silveira Campos (2015) redução de danos é uma política de saúde que se propõe a reduzir os prejuízos de natureza biológica, social e econômica do uso de drogas, pautada no respeito ao indivíduo e no seu direito de consumir drogas (Xavier et.al, 2006, p. 813 - grifos nossos).

Sobre o contexto de elaboração da vigente Lei de Drogas aduz Marcelo da Silveira Campos (2015, p. 167):

A atual lei de drogas no Brasil emerge assim num contexto em que ela é atravessada por este duplo regime de saberes e tecnologias de poder: num plano repressivo (em relação ao tipo penal do tráfico) ela é influenciada pelo contexto de formulação de políticas repressivas de “combate” às drogas (Convenções da ONU, Guerra as Drogas, Guerra ao Terror), resquícios do final dos anos 90 e do war on terror em 2001. Num segundo plano – preventivo (quanto ao consumo de drogas) - ela é aprovada em meio ao contexto de expansão das chamadas “políticas de redução de danos” que objetivam uma abordagem do usuário de drogas com foco na prevenção, “autonomia individual” e redução dos danos do uso de drogas ilícitas.

Em apertada síntese podemos afirmar que a revogada Lei de Organizações Criminosas e o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD retiraram ou mitigaram direitos e garantias individuais dos cidadãos na época, tendo em vista que a primeira recriou a figura do juiz inquisitor, que atuava não só na gestão da prova, como também na sua produção em diligência pessoal e sigilosa, e, a segunda prevê o tratamento de execução da pena diferenciado ao preso membro de organizações criminosas, envolvidas principalmente com tráfico de drogas e armas, ou ainda, quando apresentar perigo para a segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade.

Para reforçar a estrutura emergencial da Lei 11.343/06, no ano de 2004 foi promulgado o Decreto 5.144/04, o qual autoriza a destruição de aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Tal medida reforça o modelo beligerante deflagrado no país, tendo em vista que ultrapassa as modalidades de pena previstas no art. 5º, XLVI da Constituição, estabelecendo pena de morte que somente é autorizada pela Carta Magna em caso de guerra declarada nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, alínea “a”).

Assim, diante do pêndulo estrutural do proibicionismo e do antiproibicionismo e da incapacidade Estatal em elaborar uma política de drogas garantista e humanitária, foi promulgada a Lei 11.343/03 de caráter deslegitimamente simbólico, permanecendo com o viés moralista típico do positivismo, que apenas despenalizou o uso de drogas, tendo em contrapartida, intensificado a repressão em relação ao crime de tráfico, consagrando o traficante como verdadeiro inimigo do Estado conforme se demonstrará adiante.

2.2 A Supressão de Direitos e Garantias Penais no Tráfico

Conforme visto, a Lei de Drogas foi promulgada num ambiente hostil de política beligerante declarada ao tráfico de drogas e em consequência ao traficante. Diante disso, passaremos a tecer considerações específicas sobre o crime em comento, destacando os principais pontos da Lei de Drogas e da Lei dos Crimes Hediondos que demonstram os reflexos da teoria do direito penal do inimigo no delito, pois, como veremos há supressão ou retirada de alguns direitos e garantias fundamentais dos indivíduos considerados traficantes.

Preleciona Salo de Carvalho (2016), que há grande dificuldade legislativa em formular preceitos que protejam os bens jurídicos nas diversas formas de lesões que podem ocorrer devido ao processo de evolução social. Sob tal argumento, legitima-se a criação de normas penais em branco, tipo penal vago e de qualificações genéricas de condutas.

O caput do art. 33 da Lei 11.343/06 prevê em seu núcleo dezoito tipos de condutas distintas que por si só configuram o delito de tráfico de drogas e ainda comina pena de reclusão que varia entre 5 a 15 anos de reclusão, veja:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Uma das mazelas decorrentes da extensa margem entre o mínimo e o máximo de pena *in abstracto* no crime de tráfico é que segundo o art. 42 da Lei de Drogas, fica a critério do juiz, fixar a pena *in concreto* de acordo com a quantidade e natureza da substância apreendida, a personalidade e a conduta social do agente, preponderantemente às circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Desse modo, compreendemos que o legislador não cuidou em demonstrar a graduação das penas conforme a quantidade e qualidade de drogas apreendidas, o que é temeroso segundo a convicção de Cesare Beccaria (2001, "n.p"):

Cada homem tem sua maneira própria de ver; e o mesmo homem, em diferentes épocas, vê diversamente os mesmos objetos. O espírito de uma lei seria, pois, o resultado da boa ou

má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou penosa, da fraqueza do acusado, da violência das paixões do magistrado, de suas relações com o ofendido, enfim, de todas as pequenas causas que mudam as aparências e desnaturam os objetos no espírito inconstante do homem. Veríamos, assim, a sorte de um cidadão mudar de face ao passar para outro tribunal, e a vida dos infelizes estaria à mercê de um falso raciocínio, ou do mau humor do juiz.

Além disso, outro problema vinculado à ampliação dos verbos nucleares do tipo é que cada conduta descrita, atinge o bem jurídico saúde pública de modo distinto, contudo, a sanção cominada é a mesma. Segundo Beccaria (2001), a pena deve guardar proporção ao delito, portanto, se a conduta de exportar for considerada mais lesiva do que a de ter o entorpecente em depósito, tendo em vista o maior cômputo de pessoas que a exportação pode atingir, a pena cominada ao primeiro deveria ser mais gravosa que a do segundo.

O art. 288 do Código Penal, prevê como crime a associação de 3 (três) ou mais pessoas com o fim específico de cometer crimes, cominando pena de reclusão que varia entre 1 (um) a 3 (três) anos. Já a Lei de Organizações Criminosas – Lei 12.850/13 prevê em seu bojo que para configuração do crime de Organização Criminosa é necessária a união de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente organizadas caracterizada pela distribuição de tarefas.

No entanto, para configuração do crime de associação para o tráfico previsto no art. 35 da Lei de Drogas, basta a associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar reiteradamente ou não qualquer dos crimes previstos no art. 33, caput e § 1º, e no art. 34 do referido diploma. Além disso, o dispositivo comina pena de reclusão que varia de 3 (três) a 10 (anos) de reclusão e multa.

Salo de Carvalho (2016) assevera que a incriminação é, evidentemente desproporcional, não apenas pela quantidade de pena que estabelece, mas, sobretudo, pelo requisito do número de pessoas para a configuração do delito. Diante disso, verifica-se que ao traficante é dispensado tratamento diferenciado até mesmo em relação à lei codificada que regula o crime de associação criminosa no país.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLIII considerou o crime de tráfico de drogas e os crimes hediondos como inafiançáveis, sendo insuscetíveis de graça ou anistia. Já a Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/1990 equiparou o crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos, tornando-o insuscetível de indulto, tendo

previsto, ainda, outros mecanismos que suprimem ou relativizam os direitos dos cidadãos.

Uma dessas relativizações está prevista no art. 2º, §4º da Lei dos Crimes Hediondos que majorou o prazo da prisão temporária de que trata a Lei 7.960/89 de 5 (cinco) para 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Consoante leciona Aury Lopes Jr. (2019, "n.p"), o prazo de 30 (trinta) dias é mais que suficiente para se findar uma diligência:

Em se tratando de crime hediondo, o melhor seria que os juízes fixassem um prazo de no máximo 15 dias (ou até menos). A prorrogação deveria vir através de pedido fundamentado, permitindo ao juiz fazer um novo controle da necessidade da prisão e coibindo eventuais excessos. Se estiver convencido da imprescindibilidade da prorrogação, que o faça por mais 15 dias. Convenhamos que 30 dias de prisão temporária é tempo mais do que suficiente para a medida cumprir o seu fim.

Ademais, o art. 51 da Lei de Drogas dispõe que o prazo para a conclusão do inquérito policial deve ser de 30 (trinta) dias se o réu estiver preso e de 90 (noventa) dias se o réu estiver solto. Em contrapartida, o art. 10 do Código de Processo Penal dispõe que o prazo para o termo do inquérito deve ser de até 10 (dez) dias se o réu estiver recluso e de até 30 (trinta) dias, caso se encontre em liberdade.

O art. 2º, II da Lei 8.072/06 vedava a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, contudo, a vista da evidente inconstitucionalidade do dispositivo, a Lei 11.464/07 deu nova redação ao dispositivo retirando a vedação.

No entanto, o art. 44, caput, da Lei 11.343/06, prevê em seu bojo a vedação da liberdade provisória. Diante disso, em 2012 o STF na decisão do Habeas Corpus 104.339, declarou a inconstitucionalidade da vedação prevista no dispositivo, considerando-a incompatível com os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência.

Posto isso, verifica-se que a vedação da liberdade provisória prevista na lei, bem como a expansão dos prazos para prisão temporária e para conclusão do inquérito no tráfico de drogas em relação a outros crimes mostra-se desarrazoado, desproporcional, foge do limite do necessário, retira a garantia constitucional da presunção de inocência do acusado, e acaba por consagrar a premissa de antecipação da pena descrita na teoria de Jakobs.

Para mais, o art. 5º da Lei 8.072/90 que acresceu a redação do art. 83 do Código Penal o inciso V, para, semelhante ao previsto no art. 44, parágrafo único da Lei de Drogas, engendrar a concessão do livramento condicional ao traficante que já tenha cumprido mais de 2/3 (dois terços) da pena e que não seja reincidente específico. Enquanto que para os cidadãos que cometeram outros crimes há a possibilidade da concessão do benefício em caso de reincidência se o condenado tiver cumprido mais da metade da pena, atendidos os demais requisitos legais.

O art. 44 do Código Penal prevê hipóteses em que a pena privativa de liberdade pode ser substituída pelas restritivas de direito. Até o ano de 2010, era proibida a conversão das penas privativas de liberdade dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 em restritivas de direitos por força do disposto no caput do art. 44 da Lei de Drogas. Assim, naquele ano, o STF por entender que a vedação viola o princípio da individualização da pena, decidiu pela sua inconstitucionalidade no HC 97.256.

Temos ainda, os artigos 33, §1º e 34 da Lei de Drogas que reprimem atos meramente preparatórios, criam tipo penal vago e violam o princípio da lesividade ao bem jurídico.

Os atos preparatórios são os que antecedem a execução do delito, estando localizados entre as fases de cognição e execução do *iter criminis*, não sendo, portanto, puníveis. Da leitura do art. 34 da Lei, por exemplo, percebe-se a descrição de tipo penal vago eis que muitos podem ser os instrumentos utilizados para fabricar ou preparar drogas, mas não são exclusivamente criados para esse fim.

Acerca da lesividade ao bem jurídico preleciona Cezar Roberto Bitencourt:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado (BITENCOURT, 2020, p.70).

Segundo Fernanda Souto Perfeito (2019, p.21):

O fenômeno de criminalização de condutas que não chegam a lesionar o bem jurídico, tampouco expô-lo a perigo concreto de dano, é denominado de antecipação da tutela penal, a qual vai

de encontro com o princípio da ofensividade, constitucionalmente recepcionado no artigo 5º, XXXV.

Como os verbos descritos nos artigos 33, §1º e 34 da Lei de Drogas não iniciam a execução do crime de tráfico de drogas, não poderiam ser tipificados como crime, pois sequer causam perigo de lesão ao bem jurídico, saúde pública.

Face ao exposto, restou demonstrado que o delito de tráfico de drogas na Lei 11.343/06 e conseqüentemente o traficante, sofre com as influências teóricas do direito penal do inimigo. Desde o que concerne ao recrudescimento das penas, as desproporcionalidades dos prazos tanto da prisão temporária como para conclusão do inquérito, a retirada ou supressão de direitos pela equiparação do tráfico aos crimes hediondos, até a antecipação da tutela penal.

Diante disso, passaremos a analisar a legitimidade desse tratamento dispensado ao traficante frente ao garantismo constitucional do Estado Democrático de Direito.

3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FRENTE AO INIMIGO E A LEI DE DROGAS

O Estado Democrático de Direito Brasileiro tem como fundamento basilar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, disposto no art. 1º, III, da sua Constituição. Por meio desse princípio é possível assegurar aos cidadãos uma série de direitos e garantias individuais pautadas na igualdade, na proteção da liberdade e nos direitos humanos, de modo que a violação de qualquer desses postulados, atinge diretamente a dignidade humana. Diante disso, passaremos a elucidar como o tratamento de inimigo dispensado ao traficante na Lei de Drogas Brasileira, tem violado determinadas garantias e princípios intrínsecos do Direito Penal, ocasionando a quebra do Estado de Direito pela violação da dignidade do traficante.

3.1 Garantismo Constitucional

A Constituição Federal de 1988 rege o Estado de Direito Brasileiro por meio do sistema garantista, eis que a vista da disparidade da relação entre indivíduo e Estado, assegurou em seu bojo uma série de direitos e garantias fundamentais destinadas aos cidadãos, a fim de resguardá-lo das arbitrariedades estatais, bem como para delimitar o poder de intervenção do Estado frente ao indivíduo.

Todavia, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, esses direitos e garantias têm sido assegurados a uma quantidade ínfima de cidadãos, isso porque, a divisão de recursos é desigual à vista do modelo capitalista aderido, bem como porque o Poder Público é incapaz de efetivar políticas que diminuam a desigualdade social.

Essa não consolidação das garantias individuais resultou numa crise de legitimidade do Estado de Direito, eis que com o aumento da violência, o legislativo passou a editar normas de caráter extremamente simbólicas e punitivas, como a Lei de Drogas – Lei 11.343/06, pautada no discurso da defesa social em detrimento dos princípios e garantias fundamentais previstas constitucionalmente.

Os fenômenos do simbolismo e punitivismo, segundo Manuel Cancio Meliá (p. 75-77) denominam-se expansão do Direito Penal, segundo a qual:

[...] a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas últimas décadas nos países do nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais, que vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipóteses de <<criminalização no estado previ>> a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas. (JAKOBS;MELIÁ, 2020, p. 76).

O delito de tráfico na Lei de Drogas Brasileira – Lei 11.34/06 é o retrato desse intervencionismo, visto que em seu bojo carrega traços do direito penal do inimigo, que é uma das fontes do expansionismo do direito penal.

Luigi Ferrajoli (2002) obtempera que o legislador no Estado de Direito ao elaborar normas deve observar o ser e o dever ser do direito, ou seja, a norma para ser considerada válida deve guardar consonância com o ordenamento jurídico, não basta o mero ser, a vigência da norma. O ser em desprezo ao dever ser é característica de Estados Autoritários que se preocupam somente com a vigência da norma, não com sua validade.

O legislador ao elaborar os artigos que tratam do crime de tráfico na Lei de Drogas, não observou o dever ser da norma, visto que ao conferir o status de inimigo do Estado ao traficante, o excluiu da condição de pessoa.

Preleciona Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, p. 152-153) que a aceitação do inimigo num ordenamento jurídico resulta na quebra do Estado de Direito:

Por isso, a admissão jurídica do conceito de inimigo no direito (que não seja estritamente de guerra) sempre foi, lógica e historicamente, o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito, posto que se trata apenas de uma questão de quantidade – não de

qualidade – de poder. O poder do soberano fica aberto e incentivado a um crescente incremento a partir da aceitação da existência de um inimigo que não é pessoa.

Na medida em que o legislador dispensou um tratamento diferenciado ao traficante visto que o considerou inimigo do Estado, criou um sistema de imputação diferenciado seguindo a linha da teoria Jakobsiana.

Segundo Juarez Cirino dos Santos a teoria de Jakobs propõe esse duplo sistema de imputação:

Ao introduzir no Sistema de Justiça Criminal a categoria do inimigo como um diferenciado tipo de autor de fatos puníveis, a proposta do direito penal do inimigo introduz também um duplo sistema de imputação penal e processual penal, assim concebido por JAKOBS: a) o sistema penal seria constituído por um Direito Penal da culpabilidade pelo fato passado de autores definidos como cidadãos, por um lado, e por um Direito Penal preventivo da medida de segurança pelo perigo de fato futuro de autores definidos como inimigos, por outro lado; b) o sistema processual penal seria dividido entre a imputação fundada no princípio acusatório para o cidadão, acusado com as garantias constitucionais do processo legal devido (ampla defesa, presunção de inocência etc.), por um lado, e a imputação fundada no princípio inquisitório para o inimigo, punido sem as garantias constitucionais do processo legal devido (defesa restrita, presunção de culpa etc.), com investigações ou inquéritos secretos, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica, escuta ambiental, prisões temporárias, proibição de contato com advogado etc., por outro lado (SANTOS, [2012?] p.10 - 11).

Essa dualidade de sistemas suprime garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito como o devido processo legal, a igualdade entre indivíduos, o princípio da presunção de inocência, o princípio acusatório e o princípio do direito penal do fato.

O Princípio do Direito Penal do Fato é a transcrição do Princípio da Retribuição Penal, que para Ferrajoli (2002, p. 297) é a primeira garantia do Direito Penal, tendo em vista que graças a tal princípio 'a pena não é um *prius*, senão um *posterius* não é uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*'. Nessa linha, o autor ainda afirma:

A garantia do caráter retributivo da pena - em virtude da qual só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é) - serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente, ainda quando seja considerado *de per se* mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito etc. (FERRAJOLI, 2002, p. 297).

Acerca do princípio do direito penal do fato Meliá (2020, p. 107-108) concluiu pela sua incompatibilidade com o Direito Penal do Inimigo defendido por Jakobs, eis que esse se assemelha mais com um direito penal do autor:

[...] não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do direito penal do fato – o que ocorre em muitos outros âmbitos de ‘antecipação’ das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os ‘inimigos’ – mais que na definição de um ‘fato’. O direito penal do inimigo não é compatível, portanto, com o direito penal do fato (JAKOBS; MELIÁ, 2020, p.109).

Como vimos, a Lei 11.343/06 considerou vários atos preparatórios como conduta necessária a se configurar o delito de tráfico de substâncias entorpecentes o que segundo o princípio garantista do fato ou da retribuição penal, não se coaduna com um Estado declarado de Direito.

Nesse momento, por oportuno, passaremos a analisar três princípios corolários do garantismo penal, quais sejam o princípio da Presunção de Inocência, o princípio da Intervenção Mínima e o princípio da Proporcionalidade, por meio dos quais se chegará à inferência de que a utilização do direito penal do inimigo na Lei de Drogas, não se legitima no Ordenamento Jurídico brasileiro.

3.1.1 Princípio da Presunção de Inocência

O Princípio da Presunção de Inocência está previsto expressamente no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Acerca do Postulado da Presunção de Inocência, elucida Aury Lopes Júnior:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (*in dubio pro reo*); ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Enfim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regras de tratamento e regras de julgamento para o juiz. (LOPES JR., 2019, “n.p”).

Todavia, da leitura dos artigos 44 e 59 da Lei de Drogas vislumbra-se que no trato ao acusado de tráfico, seria incabível o postulado garantidor, tendo em vista que o primeiro dispositivo veda a concessão de liberdade provisória e o segundo retira o direito do acusado de recorrer em liberdade quando em qualquer dos casos incorrer nos tipos previstos nos arts. 33, “caput” e § 1º, e 34 a 37, do diploma legal em comento.

Tais vedações remontam a características legislativas do direito penal máximo, que segundo Luigi Ferrajoli:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune (FERRAJOLI, 2002, p. 84-85).

O dolo a ser considerado para a tipificação da conduta do art. 33 da Lei de Drogas, é genérico, ou seja, não é preciso que se demonstre o especial fim de mercancia da substância entorpecente para a configuração do delito. Verificamos que o art. 28 do mesmo diploma legal, prevê em seu bojo algumas condutas equivalentes às descritas no primeiro tipo, de modo que a única forma de diferenciação entre os delitos seria a comprovação do objetivo para consumo pessoal, o dolo específico descrito nesse segundo dispositivo.

A falta de parâmetro diferenciador entre uma e outra conduta acarreta na inversão do ônus da prova, ou seja, passa a ser incumbido ao réu o dever de provar que a droga porventura com ele apreendida se destinava ao consumo e não ao comércio. Contudo, à vista da falácia da segurança social por meio da repressão às drogas, quando há dúvida na sua destinação, a balança penderá para o lado que proteja a sociedade, não o réu.

Sobre a legitimidade do movimento pendular da dúvida em prol da sociedade, obtempera Salo de Carvalho:

O chamado princípio *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réu, ou seja, segundo o autor, o Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal (RANGEL¹², 2005, p.87 *apud* CARVALHO, 2016, p. 279).

Além de violar o princípio da presunção de inocência, esse movimento de defesa social fere também o princípio do devido processo legal, bem como gera uma vasta seletividade penal que estigmatiza a pessoa do acusado, eis que segundo estudos realizados em algumas capitais brasileiras 74% dos processos até o ano de 2017¹³ nos quais se apurava o crime de tráfico contavam apenas com policiais que participaram da prisão como testemunhas e conforme o Relatório de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do mesmo ano, o índice de encarceramento por tráfico de indivíduos do sexo masculino era de 29,26% e de indivíduos do sexo feminino era de 64,48%, sendo os encarcerados na sua maioria, cerca de 55,4%¹⁴ pardos e pretos.

3.1.2 Princípio da Intervenção Mínima

O Princípio da Intervenção Mínima tem o condão de controlar a atividade legiferante, pois informa que somente poderão ser objeto de legislação penal os bens mais preciosos para o indivíduo cuja tutela não possa ser assegurada por outros meios de controle social.

Nesse sentido leciona Rogério Greco:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais

¹² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2005.

¹³ <https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoos-trafico- apenas-policiais-testemunhas>

¹⁴ <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen>

leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito (CONDE15, 1988, p.59-60 *apud* GRECO, 2015, p. 97).

De modo equânime ilustra Cezar Roberto Bitencourt (2020, p.61):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. [...] Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais.

Obtempera Guilherme de Souza Nucci (2021) que o direito penal não deve imiscuir-se na vida do cidadão, de modo tal que retire sua autonomia e liberdade, pois afinal a norma penal não deve ser vista como a primeira opção do legislador para compor os conflitos existentes na sociedade visto existirem outros ramos do direito idôneos a solucionar lides surgidas na comunidade.

O autor prossegue dizendo que o Direito Penal deve ser visto como *ultima ratio* e que caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, a fim de que a punição não seja banalizada. Acrescenta ainda, que se não restar comprovada a lesão ao bem jurídico protegido pela norma, essa não tem razão de ser, pois o princípio da lesividade é corolário da intervenção mínima, aquele existe por conta desse (NUCCI, 2021), veja:

No entanto, não se consegue ver o nomeado princípio da lesividade como algo autônomo, com vida própria, distinto, pois, do princípio da intervenção mínima. Afinal, em homenagem à *ultima ratio*, deixa-se ao direito penal o âmbito da tipificação das condutas mais sérias, efetivamente lesivas a interesses relevantes. Punir pensamentos, por exemplo, seria o ápice da invasão de privacidade do indivíduo. Ofenderia o denominado princípio da lesividade? Na realidade, atacaria a *intervenção mínima*. O Estado deve respeitar a esfera íntima do cidadão. (NUCCI, 2021, p.77).

15 CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción ai derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975. ____ . Teoria geral do delito. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

No mesmo entendimento acerca da necessária lesão ao bem jurídico para que haja intervenção Estatal, temos Luigi Ferrajoli:

A terceira restrição tem caráter estrutural e é consequência da modificação, também estrutural, que o requisito de lesividade impõe à maior parte dos delitos. Refiro-me, principalmente, aos delitos de atentado, definidos no Código Rocco como "atos dirigidos a" determinado resultado - incluindo-se, aqui, também, os atos preparatórios e a cogitação, independentemente do perigo a que os bens afetados estiveram sujeitos - e que viriam a reformular-se como "atos idôneos para" produzir tais resultados, com o que ficariam transformados em mera "tentativa" e, com isso, suprimidos, ao estar prevista a tentativa, de forma geral, para todos os delitos. O mesmo pode-se dizer dos denominados "delitos de perigo abstrato" ou "presumido", nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como "perigo" que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. [...] - é impossível uma transformação em figuras de perigo concreto sem adentrar em esquemas normativos informados pelo tipo de autor (FERRAJOLI, 2002, p.383).

Diante disso, verificamos a frontal violação do Princípio da Intervenção Mínima pela aplicação do Direito Penal do Inimigo na Lei de Drogas, eis que em alguns verbos previstos como nucleares do tipo para configuração do delito de tráfico, o requisito da lesividade não foi observado, pois as condutas ali descritas remetem a um perigo presumido ou abstrato que necessariamente não causam lesão ao bem jurídico saúde pública.

3.1.3 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade garante que o *quantum* de pena a ser aplicada ao crime seja proporcional à lesão que o bem jurídico tenha sofrido. À vista disso, leciona Cesare Beccaria:

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o

delito em mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas (BECCARIA, 2001, "n.p").

No mesmo sentido, pondera Guilherme de Souza Nucci:

[...] as penas devem ser harmônicas em face da gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, tampouco a extrema liberalidade na cominação das sanções nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio com pena de multa (NUCCI, 2021, p.97).

Diante disso, podemos observar que para cada delito, segundo o Princípio da Proporcionalidade haveria uma justa medida penal, de modo que para cada tipo de lesão ao bem jurídico protegido haveria uma cominação penal. Diante disso, não haveria a deficiência na tutela penal em relação à resposta que a vítima pretenda ter do Estado, bem como não haveria excesso dessa resposta do Estado em relação ao réu.

Esse é o entendimento apresentado por Luigi Ferrajoli:

Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. Vem ameaçada e infligida não apenas *ne peccetur*, mas também *ne punietur*. Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinqüente contra reações informais, públicas ou privadas (FERRAJOLI, 2002, p.268).

O problema para uma resposta penal adequada urge quando o legislador, ao devaneio do referido princípio elenca no mesmo tipo penal várias condutas que lesionam o bem de maneira distinta, ou ainda quando o julgador no ápice das suas emoções ignora postulados da individualização da pena e da culpabilidade e sentenciam os réus nas penas mais vultuosas beirando a máxima previsão para o delito. Essa supressão da proporcionalidade ocorre de modo desvigiado no tratamento do inimigo, o traficante da lei de drogas, eis que pelo nível de periculosidade que esse ser traduz no Estado e na sociedade, segundo o modelo repressivo integrado, não seria digno a ter uma pena razoada a de um cidadão.

CONCLUSÃO

Diante do exposto pudemos constatar que a teoria do direito penal do inimigo reforça os direitos dos cidadãos de uma camada da sociedade e suprime ou relativiza os direitos de outra camada, estigmatizando pessoas e ampliando as desigualdades existentes por meio da seletividade penal.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro inferimos que o traficante é o inimigo combatido por meio da Lei de Drogas, a qual cria tipos penais vagos, normas penais em branco, suprime garantias individuais como a liberdade provisória, a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, bem como relativiza direitos como o livramento condicional, o prazo da prisão temporária e para conclusão do inquérito policial.

As supressões e relativizações de direitos previstos na Lei de Drogas e também na Lei dos Crimes Hediondos são fundadas no ideal de que para garantir os direitos dos cidadãos que não romperam com o contrato social, seria necessário criar um microsistema de imputação em relação ao traficante, de modo que sua despersonalização seria aceitável em prol da segurança nacional que não conhece barreiras nem limites.

Aferimos que, do mesmo modo descrito no direito penal do inimigo, o legislador da Lei de Drogas entendeu que existem determinados indivíduos que são criminosos naturais, devendo ser combatidos e neutralizados no estado prévio ao cometimento do delito, e ainda que uma parcela desses sujeitos consiga, porventura, cometê-lo deverão receber tratamento de inimigo de guerra, pois colocam em cheque as bases da Soberania Estatal.

Entretanto, deduzimos que o problema social da criminalidade no Brasil está relacionado com a desigualdade de divisão de capital, a escassez de recursos como o ensino de qualidade, a saúde, a cultura e ao lazer das camadas mais pobres da sociedade, assim, onde o Estado não entra, o crime, e principalmente o tráfico de drogas entra e de certa forma supre o abandono estatal, e depois de instalado o Estado age para combatê-lo, não para preveni-lo.

Finalmente, verificamos que o caminho para a redução da criminalidade relacionada às drogas, não é a relativização ou supressão de direitos e garantias fundamentais dos traficantes, visto que esse microsistema de controle social é incompatível com o Estado Democrático de Direito e não tem reduzido o nível de encarceramento no país. O meio idôneo para essa redução, seria a implantação de políticas públicas saudáveis de prevenção ao uso de drogas e a efetivação do direito a uma vida digna, previsto constitucionalmente para população pobre e esquecida pelo Estado.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição eletrônica. Brasil: Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BEM, Lília Machado de; BOTELHO, Luiz Alexandre Velloso. **Direito Penal do Inimigo: o "Traficante" e o Estado Democrático de Direito**. *Jornal Eletrônico das FIV* vol. 6, n. Especial (2014), mar. 2014, p. 14-40. Disponível em: <<https://jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/483/461>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, vol. 1.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990**. Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 97256RS**. Paciente: Alexandre Mariano Da Silva. Coator: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 01 setembro de 2012. **Acórdão Eletrônico**. Brasília, 16 dez. 2010. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em 19 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 104339SP**. Paciente: Marcio Da Silva Prado. Coator: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10 de maio de 2012. **Acórdão Eletrônico**. Brasília, 06 dez. 2012. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=114367777&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2021.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Entre Doentes e Bandidos**: A tramitação da lei de drogas (nº 11.343/2006) no Congresso Nacional. Revista de Estudos Empíricos. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies vol. 2, n. 2, jul 2015, p. 156-173. Disponível em: <<https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/74/78>>. Acesso em: 10 out. 2020.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, vol. 1.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização – Junho de 2017**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: < <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. org. e trad. de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, vol. 1.

PERFEITO, Fernanda Souto. **A influência do Direito Penal do Inimigo no combate ao tráfico de drogas sob perspectiva da Lei nº 11.343/06**. 2019. 18 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Instituição Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia. 2019. Disponível em:< <http://repositorio.ufu.br/handle/123456789/28015>>. Acesso em: 11 out. 2020.

RODAS, Sérgio. **74% das prisões por tráfico têm apenas policiais como testemunhas do caso** – Coluna Palavra Mágica. Jornal Eletrônico Consultor Jurídico, 17 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoas-trafico- apenas-policiais-testemunhas>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos, **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** [2012?] Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/57576750/o-direito-penal-do-inimigo-ou-o-discurso-do-direito-penal-desigual-juarez-cirino>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

PERDA DO MANDATO NOS CASOS DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO: DIVERGÊNCIAS DO STF

LEONARDO FONSECA RIBEIRO:
Bacharelado em Direito pela Centro
Universitário Una Betim - MG.

RAFAEL BRUNO ALVES DA CRUZ¹⁶

(coautor)

RESUMO: Neste estudo pretende-se analisar, por meio do método interpretativo e sistemático, acerca da cassação do mandato na hipótese de sentença transitada em julgado e, se a perda é ou não efeito próprio da condenação criminal. O objetivo é verificar as divergências do Supremo Tribunal Federal, na interpretação dos artigos 15, inc. III e a regra do artigo 55, ambos da CF/88. A partir da análise e observância da independência dos poderes. O artigo pretende responder se as interpretações dos artigos 15, inc. III e o 55 da CF/88 encontram-se dentro do que o legislador quis transcrever, apontando suas consequências práticas. Para responder ao embaraço que se tenciona, o desenvolvimento da pesquisa será dividido em três seções: inicialmente, será feita uma análise e apresentação sobre a cassação do mandato e suas hipóteses no texto constitucional; na seção seguinte serão apresentadas decisões da Corte Maior, bem como às motivação das decisões da Suprema Corte; e por fim, será objeto de discussão os efeitos dessas decisões.

Palavras-chave: Cassação do Mandato. Divergência. Condenação Criminal.

ABSTRACTS: In this study we intend to analyze, through the interpretative and systematic method, about the revocation of the mandate in the event of a final sentence and, if the loss is an effect of criminal conviction or not. The objective is to verify the divergences of the Supreme Federal Court, in the interpretation of articles 15, inc. III and the rule of article 55, both of CF / 88. From the analysis and observance of the independence of the powers. The article intends to answer whether the interpretations of articles 15, inc. III and 55 of CF / 88 are within what the legislator wanted to transcribe, pointing out their practical consequences. To respond to the problem proposed, the development of the research will be divided into three sections: initially, an analysis and presentation will be made on the termination of the mandate and its hypotheses in the constitutional text; in the next section, decisions of the

¹⁶ Acadêmico de Direito do Centro Universitário UNA

Supreme Court will be presented, as well as the reasons for the decisions of the Supreme Court; and finally, the effects of these decisions will be discussed.

Keywords: Cassation of the Mandate. Divergence. Criminal conviction.

Sumário: 1. Introdução. 2. Cassação do mandato; 3. Interpretação do Supremo Tribunal Federal; 4. As três correntes adotadas pelo STF; 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A cassação do mandato, está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 55, incisos I, II, III, IV, V e VI; no entanto, o §2º do mesmo artigo, demonstra a forma que se dará a cassação nas hipóteses dos incisos I, II e VI, devendo ser provocada a respectiva mesa ou de partido político que represente o Congresso Nacional, isto é, se o STF condenar o parlamentar deverá informar a respectiva casa para decisão de maioria absoluta no prazo determinado.

Todavia, na ação penal 470¹⁷, o STF, decidiu de forma diversa, utilizando o meio de interpretação lógica-sistemática, aplicando o artigo 15, III, c/c artigo 55, IV e §3º, devendo a perda ser declarada pela Casa Legislativa, perdendo então o mandato de forma automática. Entretanto, na ação penal 565¹⁸, o STF decidiu conforme o artigo 55, §2º, enviando a decisão para o Congresso, onde caberia a ele decidir se o parlamentar perderia ou não o mandato.

O tema deste presente artigo é de grande relevância para a sociedade, pois trata-se de um tema bastante atual e de grande importância, sendo bastante discutido nos casos do mensalão e lava-jato, onde podemos observar que os casos tiveram grande repercussão nacional e internacional.

Tratará das decisões da 1ª e da 2ª turma do STF, onde a primeira entende de duas maneiras sobre a cassação do mandato, já a outra entende apenas de uma forma, demonstrando contradição em seus entendimentos sobre um mesmo tema. Mesmo os dois entendimentos sendo positivados na CF/88. É possível ver ao analisar o artigo 92, inc. I, do Código Penal, que também é um efeito da condenação a anulação do

¹⁷ Disponível em

<https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=214544>, acesso em 14 de abril de 2021.

¹⁸ Disponível em

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25136911/acao-penal-ap-565-ro-stf>, acesso em 14 de abril de 2021.

mandato eletivo, quando a pena for superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder, ou violação de dever para com a administração pública.

Contudo temos três teorias distintas no STF sobre o assunto, sendo que a primeira corrente defende que mesmo com a condenação criminal e independente da pena sofrida pelo parlamentar, quem decide se deve ocorrer a perda do mandato é a respectiva casa do parlamentar. A segunda corrente defende que se o STF condenar o parlamentar, determinando a cassação do mandato, a respectiva casa não irá decidir nada e deverá apenas formalizar a perda que já foi decretada. Na terceira corrente depende do regime e do tempo da condenação. Sendo o parlamentar condenado a mais de 120 dias em regime fechado: a cassação do mandato é uma consequência lógica da condenação, não cabendo a casa do parlamentar decidir, e sim concordar com a decisão do STF, nos termos do art. 55, III e § 3º da CF/88. Sendo ele condenado a uma pena em regime aberto ou semiaberto: Fica deliberada a casa do parlamentar, nos termos do art. 55, § 2º, se o condenado deverá ou não perder o mandato.

2 Cassação do mandato de deputados e senadores de acordo com a Constituição de 1988

No dicionário brasileiro, cassar é definido como: “tornar nulo, sem efeito” (ANULAÇÃO, 2021¹⁹). Passando a palavra cassação para o contexto jurídico, temos dois significados, sendo um deles a perda do mandato para qual foi eleito o parlamentar; e a segunda trata da suspensão dos direitos políticos, por oito anos. Devemos ficar atento, pois a cassação é do mandato do parlamentar, e não dos seus direitos políticos, que são apenas suspensos, não cassados, como previsto no artigo 15, da CF/88:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

A cassação de mandato é a pior condenação que os parlamentares podem sofrer. Sabendo disso, o legislador descreve no artigo 54 da carta magna o que os Deputados e Senadores não podem fazer após a expedição do diploma. Logo depois no artigo 55 o legislador os casos em que os deputados e senadores podem perder os seus mandatos.

Contudo a cassação desses parlamentares depende da decisão das suas respectivas casas. Ocorrendo um processo de oito etapas, sendo elas: Um ou mais

¹⁹ Disponível em

<https://www.dicio.com.br/anulacao/#:~:text=Significado%20de%20Anula%C3%A7%C3%A3o,de%3A%20anula%C3%A7%C3%A3o%20dos%20direitos%20civis>, acesso em 28 fevereiro de 2021.

partidos devem apresentar uma denúncia ao conselho de ética; que envia um requerimento à Mesa diretora; o conselho escolhe um relator; a maioria dos membros do conselho devem manifestar a favor da abertura do processo; o relator deve elaborar um parecer; os membros do conselho devem decidir a favor do parecer; o acusado pode abrir um recurso à Comissão de Constituição e Justiça; e por último a votação do plenário na respectiva casa.

Dentre os casos previstos pelo artigo 55 do Constituição, temos os condenados criminalmente em sentença transitada em julgado perderá o seu mandato:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Ademais, para que uma pessoa possa exercer o seu mandato eletivo, ele deve estar em pleno gozo de seus direitos políticos, e uma pessoa condenada criminalmente fica com seus direitos políticos suspensos enquanto durarem os efeitos da condenação, como prevista no art. 14, § 3º, II e art. 15, III c/c da CF/88:

Art. 14 A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

II – o pleno exercício dos direitos políticos;

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

Além da previsão expressa na Constituição Federal, a outra justificativa da perda do mandato no Código Penal, no qual prevê que uma pessoa condenada criminalmente perderá o mandato eletivo que ocupe nos seguintes casos:

Art. 92. São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

- a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
- b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

A grande controvérsia no caso da condenação criminal é quando se trata de Deputados Federais e Senadores. Uma vez que a perda do mandato desses parlamentares é decidida por uma votação pela qual a maioria absoluta das respectivas casas deve votar em favor da cassação, como previsto no artigo 55, parágrafos 2º e 3º, da Constituição Federal:

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Até o ano de 2013 os votos dos parlamentares nas sessões cassação de mandato era secreto. Porém, a ideia de abrir o voto ganhou força depois da sessão para cassação do mandato do deputado Natan Donadon, preso por corrupção.

Naquela sessão ficaram faltando 24 votos, e após o episódio começaram protestos por todo o país, com o presidente da Câmara na época, Henrique Eduardo Alves²⁰, defendendo a proposta, vejamos:

"Eu tomei a iniciativa, depois do episódio desastroso liberando o deputado Natan Donadon da cassação do mandato, eu percebi que era necessário dar uma resposta a essa questão. Tinha uma PEC já votada há sete anos atrás, do primeiro turno, era mais radical, estabelecia o voto aberto pra tudo, mas estava para um

²⁰ Disponível em

<https://www.camara.leg.br/radio/programas/424154-retrospectiva-2013-o-fim-do-voto-secreto-para-cassacao-de-mandatos-parlamentares/>, acesso em 14 de abril de 2021.

segundo turno. Então uma decisão política, eu decidi pautar essa que não dependia mais de comissão especial, de prazo regimental. Convenci os líderes a aceitar essa proposta, todos concordaram, tanto que foi votação unânime. Toda a casa votando a PEC que muda o procedimento do parlamentar, o voto aberto em todas as questões."

E então foi publicada a Emenda Constitucional nº 76/2013, que retirou as expressões "voto secreto" e "em escrutínio secreto", dos artigos 55 e 66 da CF, levando em consideração que a regra constitucional é a publicidade. A votação secreta somente é permitida se for expressamente prevista, em caso de silêncio prevalece a publicidade. Diante do exposto, colocou um fim no voto secreto no Congresso Nacional para as votações envolvendo perda de mandato de parlamentares.

Diante dos fatos, os requerimentos para a cassação devem ser apresentados pelos partidos políticos à comissão de ética, que analisa o pedido e envia parecer ao presidente da casa. Caso a comissão de ética apresente um relatório que recomenda a cassação de mandato, compete ao presidente marcar a sessão plenária que, por meio do voto dos parlamentares, aprovará, ou não, a perda do mandato do parlamentar.

Trazendo a seguinte discussão jurídica: caso o STF venha condenar criminalmente um Deputado Federal ou Senador, haverá sua perda automática ou ainda dependerá de uma deliberação das respectivas casas?

3 Interpretação do Supremo Tribunal Federal

Inicialmente, faz-se necessário a explanação da existência de dois procedimentos, sendo decisório e declaratório, no primeiro trata-se de uma decisão constitutiva, sendo a hipótese em que, a respectiva casa decidirá se haverá ou não a perda do mandato, o que corresponde ao artigo 55, incisos I, II e VI, §2º da CF/88. Já o procedimento declaratório, onde apenas a casa legislativa irá declarar a perda do mandato, ou seja, a perda do mandato já ocorreu, conforme previsto no artigo 55, incisos. III a V §3º da CF/88. Logo, correspondendo ao entendimento do Ministro Gilmar Mendes (2017. p. 1013²¹),

"A perda do mandato deve ser votada pela Casa parlamentar nos casos compreendidos nos incisos I, II (falta de decoro) e VI (sentença criminal transitada em julgado) do art. 55 da CF. Nos casos de extinção do mandato (III — ausência, IV — perda ou

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. Ed. Saraiva; 13ª edição, 2018.

suspensão dos direitos políticos, e V — por decreto da Justiça eleitoral) há apenas a declaração do acontecimento pela Mesa”.

Além do mais, podemos observar que o Ministro Alexandre de Moraes²², tem a mesma interpretação, senão vejamos:

“Note-se que, no caso de tratar-se de parlamentares federais, a própria Constituição Federal regulamenta o mecanismo da perda do mandato, afirmando em seu art. 55, § 3º, que perderá o mandato o Deputado ou Senador que perder ou tiver suspensos os direitos políticos, por declaração da Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa”.

Conforme exposto acima, a doutrina entende que a cassação do mandato, na hipótese de sentença transitada em julgado, deve o Congresso deliberar sobre o caso. Entretanto, a dúvida surgiu em razão do artigo 15, *caput* e inc. III da Carta Maior, que estabelece a perda ou suspensão dos direitos políticos no caso de sentença transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Frisa-se ainda que, a jurisprudência, também, tinha um entendimento pacificado, no tocante a perda do mandato na hipótese de sentença transitada em julgado, conforme se pode extrair do voto do Ministro Moreira Alves, no julgamento do Rextr. nº 179.502-6:

“Assim sendo, tem-se que, por esse critério da especialidade - sem retirar a eficácia de qualquer das normas em choque, o que só se faz em último caso, pelo princípio dominante no direito moderno, de que se deve dar a máxima eficácia possível às normas constitucionais -, o problema se resolve excepcionando-se da abrangência da generalidade do artigo 15, III, os parlamentares referidos no artigo 55, para os quais, enquanto no exercício do mandato, a condenação criminal por si só, e ainda quando transitada em julgado, não implica a suspensão dos direitos

²² MORAES, Alexandre de. **Condenação Criminal e Suspensão dos Direitos Políticos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional n. 39, Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002. Disponível em https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO_CONSTITUCIONAL-1.pdf, acesso em 14 de abril de 2021.

políticos, só ocorrendo tal se a perda do mandato vier a ser decretada pela Casa a que ele pertencer.”

Por outro lado, o Ministro Joaquim Barbosa, na ação penal 470, demonstra um entendimento diverso do Ministro Moreira Alves, ao expor que ao ser condenado, caberá ao Poder Judiciário definir de forma definitiva sobre a perda do Mandato:

“Assim, uma vez condenado criminalmente um réu detentor de mandato eletivo, caberá ao Poder Judiciário decidir, em definitivo, sobre a perda do mandato. Não cabe ao Poder Legislativo deliberar sobre aspectos de decisão condenatória criminal, emanada do Poder Judiciário, proferida em detrimento de membro do Congresso Nacional.”

Nesta ação ficou definida a perda do mandato de forma automática, após o trânsito em julgado da sentença. Desta forma, não cabendo ao poder legislativo deliberar sobre o tema, devendo apenas declarar a perda, corroborando o entendimento no RE 225.019, Rel. Min. Nelson Jobim, interpretando os artigos 55, IV, §3º e 15, III ambos da Constituição Federal.

Todavia, na ação penal 565²³, a Suprema Corte decidiu mudar seu entendimento que ora, anteriormente parecia ter se pacificado, alterando seu posicionamento e ficou definido que em relação ao Senador Ivo Cassol, deverá aplicar a regra do artigo 55, inciso VI, e §2º da Constituição Federal. Sendo assim, cabe ao Senado definir se o Senador perderá ou não o seu mandato.

Ressalta-se, porém, que a Instância Maior, alterou mais uma vez o seu posicionamento, criando uma terceira interpretação, esse posicionamento veio com a ação penal 694, onde os Ministros seguiram o eminente revisor Ministro Roberto Barroso²⁴:

Quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa

²³ Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5931475>, acesso em 06 de abril de 2021.

²⁴ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194>, acesso em 15 de abril de 2021.

Legislativa da qual faça parte. Hipótese de perda automática do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara dos Deputados declará-la, em conformidade com o artigo 55, III, § 3º, da CF.

Nota-se que, nesta situação vai depender da pena aplicada ao condenado, visto que se eventualmente o parlamentar for condenado a uma pena em regime semi-aberto ou aberto, tal decisão deverá ser enviada à respectiva casa, para que se possa deliberar sobre a perda, aplicando o artigo 55, IV, §2º CF/88. Lado outro, se for condenado a uma pena em regime fechado que impossibilite a participação do mínimo exigido das sessões ordinárias que é um terço, a decisão deverá ser encaminhada à respectiva casa e de forma lógica, apenas, declarar a perda automática do mandato.

4. As três correntes adotadas pelo STF

Nos últimos anos existiu uma grande controvérsia nos casos de condenação dos Deputados Federais e dos Senadores. Ocasionalmente uma discussão jurídica, na qual se os Ministros da Suprema Corte condenarem os parlamentares, haverá uma perda imediata do mandato ou se dependerá de um veredito por votos da respectiva casa legislativa dos políticos.

Acarretando o seguinte questionário. A condenação criminal transitada em julgado por si só é o suficiente para a perda automática do mandato dos parlamentares? Existem três correntes principais a respeito do tema:

A primeira corrente discorda com o questionário, para eles quem deve decidir se haverá a perda do mandato é a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal. Essa corrente foi aplicada no caso do senador Ivo Cassol, que foi condenado criminalmente pelo STF, no entanto, a decisão final sobre a perda do mandato foi decidida pela Casa Legislativa. Como descrito no site oficial do Supremo Tribunal Federal:

No julgamento da ação penal, o Plenário decidiu pela aplicação do parágrafo 2º do artigo 55 da Constituição Federal. O dispositivo prevê que, nos casos de condenação criminal com trânsito em julgado, a perda do mandato parlamentar será decidida pela respectiva Casa legislativa, por maioria absoluta.

Nesses termos, a ministra determina que o Senado Federal seja oficiado “para que declare a perda do mandato eletivo do condenado”. Na decisão, determina-se ainda a perda do cargo ou da função pública dos demais condenados.

Eles defendem uma norma específica dos parlamentares existe uma norma específica que é o artigo 55, VI § 2º da CF/88, no qual é bem expresso que a cassação de mandato é decidida pela respectiva casa legislativa, contudo não se deve aplicar a regra geral que está prevista no art. 15, III da CF/88.

Sendo essa posição adotada pela 2ª Turma do STF: Ação Penal 996, como descrito na decisão publicada pelo rel. Min. Edson Fachin, (2018. p. 486)

“...Quanto à perda do mandato parlamentar, a Turma, por maioria, deliberou que a perda do mandato não é automática e nos termos da divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli determinou, após o trânsito em julgado, oficial-se à Câmara dos Deputados, vencidos os Ministros Relator e Revisor. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 29.5.2018.”

Contudo, para a primeira corrente, mesmo para os parlamentares condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, só perderão o mandato se a maioria absoluta da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal decidir.

A segunda corrente tem um pensamento contrário ao da primeira, eles defendem que o STF determina se terá a perda do mandato. Com isso as casas dos parlamentares devem apenas formalizar a decisão, não cabendo a eles decidirem, uma vez que já foi decretada.

Para esta corrente, o § 2º do art. 55 da CF/88 não precisa necessariamente ser aplicado em todos os casos em que os parlamentares tenham sido condenados criminalmente, sendo aplicada somente naquelas em que a decisão condenatória não tenha decretado a perda do mandato parlamentar por não estarem presentes os requisitos legais do art. 92, I, do Código Penal:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

Assim dizendo, em uma decisão condenatória na qual os Ministros não determinam a perda do mandato através do artigo acima, deverá ocorrer a votação e se a maioria absoluta da respectiva casa legislativa assim decidir, será aplicado o artigo 55, § 2º da Constituição. Contudo, se a decisão estiver nos termos do artigo 92, I do

CP, a anulação de mandato será automática, não tendo necessidade de votação pelas casas, deixando assim de aplicar o artigo constitucional citado acima.

O artigo 55 da carta magna estabelece as hipóteses no qual a perda do mandato eletivo parlamentar pode ser decretada com base no juízo político. Entretanto, esse mecanismo não é aplicável quando a perda é decretada em uma decisão do Poder Judiciário com efeito irreversível de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Isto posto, para esta corrente, sendo o parlamentar condenado criminalmente, com sentença transitada em julgado, o STF poderá determinar a cassação do mandato eletivo, com base no artigo 92, I do Código Penal. Não sendo necessária votação pela Câmara ou Senado, a própria condenação já acarreta a anulação do mandato.

Essa corrente foi aplicada no caso "Mensalão", como descrito na ação penal 470²⁵, a decisão da perda ficou por conta dos Ministros. Como publicado no site oficial do Supremo Corte:

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que os três deputados condenados na Ação Penal (AP) 470 que ainda detêm mandato – Valdemar Costa Neto (PR-SP), Pedro Henry (PP-MT) e João Paulo Cunha (PT-SP) – perderão seus mandatos com o trânsito em julgado do acórdão (decisão colegiada) condenatório. Para isso, caberá à Mesa da Câmara apenas declarar a perda do mandato.

A decisão foi tomada com o voto do ministro Celso de Mello, proferido na tarde desta segunda-feira (17). Com ele, formou-se a maioria de cinco votos a quatro pela aplicação do parágrafo 3º do artigo 55 da CF/88. Ficaram vencidos o revisor do processo, ministro Ricardo Lewandowski, e os ministros Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármen Lúcia, que votaram pela aplicação do parágrafo 2º do artigo 55, dando à Câmara o direito de deliberar sobre a perda ou não dos mandatos.

Houve unanimidade, no entanto, no sentido da suspensão dos direitos políticos de todos os réus condenados na AP 470, nos termos do artigo 15, inciso III, da CF.

²⁵ Disponível em

<https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>, acesso 06 de abril de 2021.

Contudo vale ressaltar, que essa corrente não representa mais o entendimento da Corte, visto que a composição dos Ministros da época foi bastante modificada.

A terceira corrente, veio com a ação penal 694, trazida pelo Ministro Roberto Barroso, não tem como certo quem tomará a decisão final. Para essa vertente o que define se a decisão será do STF ou da casa legislativa é a condenação do parlamentar, sendo ela mais de 120 dias em regime fechado. Desta forma, o parlamentar fica impossibilitado de comparecer ao mínimo de sessões exigidos, logo, ocorrendo a perda do mandato de forma lógica, cabendo às mesas parlamentares apenas declarar a perda, uma vez que sendo o parlamentar deverá cumprir em penitenciária e não poderá sair para o trabalho externo, não frequentando assim o Congresso Nacional, consequentemente perderá o mandato, conforme o art. 55, III, da CF/88.

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

(...)

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

Contudo, se a condenação for de uma pena em regime aberto ou semiaberto, ela não gera a perda automática do cargo. Sendo assim, o Plenário da Câmara ou do Senado irá votar, nos termos do art. 55, VI § 2º da CF/88, de acordo com a posição adotada pela 1ª corrente.

Diante das três interpretações, o que podemos perceber é uma mutação constitucional, ou seja, a Constituição muda, sem que haja uma alteração de seu texto. Conforme leciona, Gilmar Mendes, (2017. pág. 133²⁶)

“Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma”.

Todavia, esta mutação vem ocorrendo de forma constante no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo sendo um conteúdo bastante delicado. Outro lado, o mais adequado segundo a teoria da separação dos poderes, seria uma alteração do texto constitucional, através de uma emenda, modificando o artigo 55, VI, §2º, da

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. Ed. Saraiva; 13ª edição, 2018.

Constituição, passando a hipótese VI para o §3º, desta forma, sendo apenas declarada pela respectiva casa. Positivando o entendimento da segunda corrente do STF.

Porém, exigir dos parlamentares esta atitude, seria como exigir que eles legislassem contra si mesmos, retirando imunidades que a própria constituição garantiu a eles, ou seja, uma utopia, os parlamentares aprovarem uma alteração na constituição, no tocante a este aspecto.

5. Conclusão

Ao observarmos os entendimentos que foram se alterando durante o percurso da história, vemos que o constituinte, definiu de forma clara e objetiva o que se pretendia dizer com o artigo 55 da Constituição de 1988, tendo visto que o texto define as hipóteses de cassação do mandato.

Além disso, a doutrina majoritária entende que a cassação do mandato na sentença transitada em julgado, deve ser pela respectiva casa, a fim de garantir função do parlamentar, respeitando a independência dos poderes e ao princípio da continuidade do mandato.

Entretanto, a corte maior, ao decidir sobre a perda de um mandato, verifica-se a inconstância em suas decisões e posicionamento. Conforme já explanado, existem três correntes, talvez, isso se dê ao fato de que não seja moral um parlamentar mesmo sendo condenado a um crime, e aquela sentença que o condenou transitar em julgado, ainda existir a chance de exercer a função de um representante público, mas também pelas mudanças de Ministros, alterando assim, a visão jurídica do contexto histórico da sociedade daquele determinado momento, ocorrendo então, uma mutação constitucional.

Por outro lado, o Estado Democrático de Direito, define que os poderes são independentes e nenhum poder está sobre o outro hierarquicamente. Além disso, as imunidades e prerrogativas concedidas na constituição para os parlamentares é para que eles possam exercer as funções atribuídas sem empecilhos e visando o interesse coletivo. Conforme leciona Michel Temer, visto que, deve ser garantida a atividade parlamentar, a fim de que seja garantida a instituição.

Sendo assim, sugerimos que o melhor a ser feito, é uma alteração no texto constitucional, através de uma emenda, para que se possa alterar o artigo 55, §2º e §3º da Constituição Federal, passando a hipótese de sentença transitada em julgado (atual inciso VI) para o §3º. Desta forma, a sentença terá efeito automático na perda do mandato, onde a respectiva casa vai apenas declarar a perda do mandato. Salienta-se

ainda que, o direito deve estar em constante evolução e acompanhando a sociedade em seus preceitos e valores, conforme já demonstrado, o texto constitucional não parece moral e ético de acordo com os valores atuais da sociedade, tendo em vista que a norma atual existe a possibilidade do parlamentar continuar exercendo o mandato.

REFERÊNCIAS

ANULAÇÃO. Dicionário online do Dicio, 28 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/anulacao/#:~:text=Significado%20de%20Anula%C3%A7%C3%A3o,de%3A%20anula%C3%A7%C3%A3o%20dos%20direitos%20civis.>>

BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2020.

DIREITO, Dizer o. **Se o STF condenar um parlamentar federal e decidir que ele deverá perder o cargo, isso ainda dependerá de uma deliberação da Câmara dos Deputados ou do Senado?.** 2018. Disponível em <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/05/se-o-stf-condenar-um-parlamentar.html>> 16 de set. de 2020.

GOMES, Luiz Flávio, **Quais são as imunidades dos parlamentares? Podem ser presos?.** 2014. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/154729331/quais-sao-as-imunidades-dos-parlamentares-podem-ser-presos>>. Acesso em: 16 set. 2020.

JÚNIOR, Francisco C. M. Lopes. FILHO, Vanilho Cunha de Carvalho. **A Condenação Criminal Transitada em Julgado como Hipótese de Perda de Mandato Parlamentar: Ato Discricionário do Legislativo ou Efeitos da Sentença?**

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo. Ed. Saraiva; 13ª edição, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Condenação Criminal e Suspensão dos Direitos Políticos.** Revista de Direito Constitucional e Internacional n. 39, Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002. Disponível em <https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO_CONSTITUCIONAL-1.pdf>, acesso em 14 de abril de 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470**. 2012. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>> Acesso em: 06 abr. 202

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 565 RO**. 2014. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=59314759>>
Acesso em: 06 abr. 2021

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 996**. 2018. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749110646>>
Acesso em: 15 abr. 2021

WESTPHALEN, Marcelo. **Retrospectiva 2013: o fim do voto secreto para cassação de mandatos parlamentares**. 2013. Disponível em:
<<https://www.camara.leg.br/radio/programas/424154-retrospectiva-2013-o-fim-do-voto-secreto-para-cassacao-de-mandatos-parlamentares/>>. Acesso em 15 de abril de 2021.

A CONVENCIONALIDADE DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA COM O RITO DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA DE ALIMENTOS.

ISABELA CARLA MARTINS JANSEN:

Bacharelada em Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho
(Teresina-PI).

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL ²⁷

(orientador)

RESUMO: O presente estudo aborda a discussão envolvendo a inconstitucionalidade das prisões alimentares sob a ótica da ausência da audiência de custódia. A pesquisa aprofunda as noções gerais da audiência de custódia fazendo uma breve contextualização da audiência de custódia no Brasil, além da análise dos objetivos e os sujeitos da audiência de custódia, sendo necessária uma abordagem dos efeitos da prisão civil em decorrência de débito alimentar e sua ilegitimidade decorrendo sob ausência da realização da audiência de custódia nas prisões do alimentante. Diante desse contexto, o problema que norteou nossa pesquisa, é saber por qual motivo não é realizada audiência de custódia nos casos de prisão civil decorrente de alimentos? A escolha do tema iniciou por ser um problema social e jurídico, intimamente ligado ao comportamento social. Ao longo do desenvolvimento de sua metodologia utilizou-se o tipo de pesquisa qualitativa, a metodologia aplicada através de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos, documentos referentes ao tema, legislação constitucional e infraconstitucional, além de doutrinas jurídicas de direito penal e processual penal, direitos humanos. Concluindo-se por analisar a respeito das garantias da pessoa presa, desde a obrigatoriedade de realização da audiência em âmbito administrativo até o reconhecimento na Lei nº 13.964/19.

Palavras-Chave: Inconstitucionalidade, Prisões Alimentares, Audiência de Custódia,

Sumário: 1. Introdução – 2. 2 Noções gerais da audiência de custódia: legislação: 2.1 Objetivos gerais da audiência de custódia; 2.2 sujeitos da audiência de custódia. 3. da prisão civil em decorrência de débito alimentar e sua ilegitimidade. 3.1 ausência da realização da audiência de custódia nas prisões do alimentante. 4. O controle de

²⁷ Professor Mestre em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI.

convencionalidade no Brasil à luz tratados internacionais de direitos humanos. 5. considerações finais. 6. Referências

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil admite o instituto dos alimentos, tendo como objetivo central, a garantia de estrutura mínima da respectiva dignidade para a sobrevivência do alimentando que por diversas situações emendas na legislação civilista obrigando-se aos responsáveis legais o seu sustento, conforme as diversas situações fáticas.

A responsabilidade de a obrigação alimentar não se encontra conceituada na legislação atual. Para o magistrado e professor civilista Pablo Stolze, sobre a prisão civil, salienta-se o seguinte trecho entendendo que a “prisão civil decorrente de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar, face à importância do interesse em tela (subsistência do alimentando), é medida das mais salutares, senão necessária, por se considerar que boa parte dos réus só cumpre a sua obrigação quando ameaçados pela ordem de prisão.

É importante mencionar, no que tange a prisão alimentar, traz uma análise conceitual do instituto e uma consideração importantíssima, acerca da coercibilidade das medidas, advindas da ausência do pagamento alimentício devido, permitindo-se assim, analisar e compreender o conceito da prisão em decorrência de débito alimentar, fazendo uma gradual menção entre coercibilidade do direito penal, através da prisão aplicável ao instituto dos alimentos, no âmbito do direito de família.

Importante salientar, que com o Código Civil uma nova roupagem ao instituto da prisão civil em decorrência de débitos alimentares.

A polemica central que envolve o tema relaciona-se com o desrespeito, as garantias fundamentais do indivíduo preso em decorrência da prisão civil do alimentante.

A prisão civil é reconhecida como um dos instrumentos mais importantes no Direito de família, sendo o único instrumento coercitivo no ordenamento civilista brasileiro e utilizado como a única espécie de prisão aplicada para os devedores inadimplentes.

Neste sentido, é muito importante que se discuta a motivação, através do qual, não ocorre a realização da audiência de custódia, conforme as determinações do pacto de São José da Costa Rica, nos casos de prisões civis por inadimplemento alimentar.

A atual realidade da contemporaneidade do Direito de Família remete a utilização do instituto jurídico de forma corriqueira nas práticas familiarizadas, dentro dos pedidos de diversas ações de execuções alimentares.

Diante desse contexto, tem objetivo de entender o problema que norteou o estudo é saber por qual motivo não se realiza audiência de custódia nos casos das prisões decorrentes de débitos alimentares? sendo aparentemente ilegal, de modo que transmita essa ilegalidade por inteiro, haja vista que o Pacto São José de Costa Rica, trouxe essa obrigatoriedade legal de realização em todas as modalidades de prisão.

Ademais, importante salientar o reconhecimento da importância do tema, visto que envolve discussões no alcance de direitos fundamentais pertencentes a todos os seres humanos. O interesse inicial pelo tema partiu por vivenciar uma intensa publicidade na mídia local, acúmulo de informações que fizeram cogitar sobre a sociedade atual e suas contradições.

O motivo pelo qual nos levou a pesquisar o tema refere-se ao fato deste ser uma questão social e jurídica, intimamente ligado ao comportamento social, individual e coletivo. Diante desses aspectos o trabalho justifica-se com o objetivo de entender dentro do ponto de vista social, humanitário e garantista, pois a sociedade configura-se como detentora dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, a ausência de realização da audiência de custódia nas prisões alimentares, provocam séries de ilegalidades no próprio rito da prisão por dívida alimentar, descumprindo e desrespeitando diversas normas internacionais, tais como convenções, pactos, tratados e decretos que a nação brasileira faz parte, pois o devedor de alimentos, não é submetido ao rito da apresentação judicial no prazo de 24 horas, após a decretação e motivação de sua prisão.

Sendo assim, o objetivo geral analisar a inconstitucionalidade das prisões alimentares sob a ótica da ausência da audiência de custódia.

O desenvolvimento deste trabalho se sustenta em uma pesquisa bibliográfica onde mostra subsídios para uma compreensão mais profunda que envolve estudos e leitura sobre a respeito da temática em questão da forma de pesquisa em livros, artigos científicos e jurídicos publicados na internet, documentos referentes ao tema,

legislação constitucional e infraconstitucional, além de doutrinas jurídicas de direito penal e processual penal, direitos humanos.

No primeiro momento foi necessário aprofundar as noções gerais da audiência de custódia fazendo uma breve contextualização da audiência de custódia no Brasil, além da análise dos objetivos e os sujeitos da audiência de custódia. Em segundo momento, sendo necessária uma abordagem dos efeitos da prisão civil em decorrência de débito alimentar e sua ilegitimidade discorrendo sobre a ausência da realização da audiência de custódia nas prisões do alimentante.

Na sequência o estudo aborda uma análise mais profunda no enfoque jurídico são apontados aspectos onde destacamos os principais fatores que contribuem para a inconstitucionalidade das prisões alimentares sob a ótica da ausência da audiência de custódia. Na conclusão realizaremos uma análise dos pontos mais importantes da literatura pesquisada

2 NOÇÕES GERAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

No tocante ao conceito da audiência de custódia, temos um significado restrito no âmbito de processo penal, pois a etimologia da palavra custódia significa proteção guarda efeito de guardar alguém. Além do mais, conforme, existem outros objetivos norteadores que fundamentam a previsão legal da audiência de custódia, conforme podemos colacionar.

A audiência de custódia pode ser conceituada enquanto o ato em que o preso é conduzido, em um curto lapso, à presença de uma autoridade que detenha poderes judicatórios, a fim de que esta possibilite que o preso exerça o seu direito de contraditório estabelecido entre os seguintes sujeitos, a saber: Ministério Público e defesa (PAIVA, 2015, p. 31).

A audiência custodial, com sua missão garantista de cumprimento dos direitos da pessoa presa, advindas de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, além da Carta Constitucional e da legislação infraconstitucional, irradia comandos importantíssimos da humanização prevista como objetivo central do Código Processual Brasileiro, apresentando-se como um porto de cumprimento dos direitos fundamentais elencados na constituição federal, daquela pessoa que se encontra presa.

Ao Estado foi reconhecido o direito de punir, através do Jus Puniendi, ou seja, as punições penais, os julgamentos de condutas criminosas, aplicação de penalidades foi atribuído a figura do Estado, nesse sentido amplificado surgiu a CF-88, código de processo penal e o instituto da audiência de custódia.

Quando associamos a estruturação normativa da audiência de custódia no ordenamento jurídico, no que tange a previsão no ordenamento, está prevista na legislação constitucional e no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, Constituição Federal de 1988.

Na legislação infraconstitucional, encontramos elencado e reconhecido o instituto processual penal na Lei somente no ano de 2019, quando houve o reconhecimento na legislação infraconstitucional, através da Lei do Pacote Anticrime, dando maior ênfase e importância a um instituto tão importante, como podemos compreender a audiência de custódia.

A doutrina pátria conceitua o instituto da audiência de custódia definindo como, conforme ilustríssimo doutrinador Fernando Capez em sua obra de Processo Penal, trata sobre a definição da audiência previa custodial (CAPEZ, 2016).

O direito de o preso em flagrante ser levado, pessoalmente, e sem demora, à presença da autoridade judicial competente para avaliar a legalidade ou necessidade de sua prisão, tem previsão legal em Tratados Internacionais já ratificados pelo Brasil (Pacto de San José da Costa Rica e Pacto de Direitos Civis e Políticos), (CAPEZ, 2016).

Nessa esteira, percebe-se que toda prisão deverá ser analisada pela autoridade judicial respectiva que possui o condão avaliativo, sobre adequação, necessidade da circunstância da prisão e que deverá tomar decisões judiciais, fundamentadas e baseadas em pactos internacionais que efetiva e preveem a existência da audiência e reconhecem a ratificação legislativa do Estado Brasileiro com os mesmos, já mencionados.

No âmbito da previsão normativa internacional, conforme dispõe sobre a audiência de custódia, no artigo 7.5, pacto são Jose da costa rica (MAZZUOLLI, 2002) nesse mesmo sentido, destaque-se:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (MAZZUOLLI, 2002).

Dessa maneira, corroborando com ilustríssimo autor, o direito de ser apresentado ao magistrado responsável e respectivo, deve obediência restrita a lei e as garantias fundamentais da Carta Constitucional de 1988, pois com isto, podemos vislumbrar o quanto e a real importância e estudo da audiência de custódia, cuja assentada esta firmada em tratados internacionais, sob ser o Brasil integrante do respectivo Tratado Internacional, constitui-se, sem dúvidas, um grande problema a ser enfrentado, pois em alguns casos, tais como, a prisão civil admitida no ordenamento jurídico, não está condicionada algumas garantias, como a mesma se estende as prisões cautelares.

O respeito ao Constitucional e o alavanque central para possibilitar o cumprimento dos deveres internacionais diferentemente do que se observam atualmente nos atos judiciais.

Os dispositivos dos Pactos Internacionais eram poucos mencionados e aplicados no sistema judicial brasileiro. Existem interfaces grandiosas e ritos processuais legais que autorizam a prisão de flagrantes, devendo ser obedecidas de forma legal. O reconhecimento do objetivo central e a necessidade de obediência as normas constitucionais por autoridades judiciais na realização da audiência de custódia, veio através de normas penais infraconstitucionais, na Lei 13.964 de 2014.

A inserção da audiência de custódia, veio após torturas e maus-tratos sofridos por diversas pessoas detidas nas situações de flagrante. A legitimidade da condução da pessoa presa à presença do magistrado busca em primeiro momento, garantir os requisitos de análise da legalidade da decretação da prisão, seja em qual modalidade for, haja vista, que atualmente a audiência de custódia, e considerada obrigatória em

todas as modalidades de prisão, conforme decisão do Ministro Edson Fachin, prolatada no ano de 2020, através da mencionada (AgRg Rcl 29.303/RJ).

A referida decisão mencionada do caso em análise, conforme Agravo Regimental na Reclamação:

Essa realidade da audiência de custódia, como se vê, não se cinge à ambiência das pessoas presas em razão de flagrância, alcançando, como agora disposto no Código de Processo Penal, também os presos em decorrência de mandados de prisão temporária e preventiva. Aliás, as próprias normas internacionais que asseguram a realização de audiência de apresentação, a propósito, não fazem distinção a partir da modalidade prisional, considerando o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 7.5) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 9.3).

Desta forma, a audiência garantista, é um procedimento jurídico obrigatório, através do qual, aquele indivíduo que se encontre preso em situação de flagrante ou mandado judicial, através das espécies de prisão temporária ou preventiva, terá que ser apresentado a autoridade judicial respectiva, em um prazo de 24 horas e posteriormente, seja colhido sua oitiva e analisado o contexto das circunstâncias em que foi executada sua prisão, cabendo meramente a verificação da prisão, cabe ressaltar que audiência de custódia, não possui o condão de impunidade ou soltura de presos.

A República Federativa do Brasil, na sua ordem interna e conforme o mencionado possui previsão normativa em seu artigo Art. 5º, § 3º CF-88. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Como podemos perceber a Constituição de 1998 deve obediência restrita interna aos tratados internacionais e a audiência de custódia, é prevista na Corte Internacional de Direitos Humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, muito utilizados em diversas nações.

Desta forma, a audiência de custódia é instituto judicial apto a cumprir com as garantias constitucionais da pessoa presa, com a humanização do processo penal justo

e com a garantia de cumprimento de direitos individuais extrínsecos do acusado previstos na carta magna.

Considera-se plenamente cabível e tem-se a proteção do princípio majestoso e corolário do devido processo legal e plenamente cabível no ato custodial, pois o acusado deverá ser assistido por defensor público ou defesa previamente constituída, conforme preceitos advindos da carta constitucional, isto significa, que todo aquele que preso, deverá ser submetido a autoridade judicial para avaliação de sua prisão em um prazo determinado e acompanhado de defesa para, análise e avaliação de uma prisão justa e conforme os moldes constitucionais.

Além de visar, o papel central do processo penal, humanização do sistema judicial e por consequência das decisões no mesmo âmbito. Todos devem corroborar para que a audiência de custódia ocorra de forma organizada na sua essência e aplicação prática. Assim sendo, temos três papéis centrais da audiência custodial, tais quais, podemos mencionar I. Objetivo da humanização social da figura do acusado no sistema processual penal. II. Concretização central do código de processo penal pátrio, III. Obediência aos tratados internacionais de Direitos Humanos, os quais, Brasil é signatário e cumprimento de preceitos determinados na Carta Constitucional da República Federativa do Brasil.

Ademais, atualmente existe previsão normativa interna no Direito Processual e Brasileiro, que regulamenta o instituto. Assim sendo, audiência de custódia, conhecida por outras nomenclaturas em âmbito internacional, audiência garantista, audiência de humanização, audiência de análise de direitos fundamentais, grandiosa sua importância no meio jurídico e na postura garantista do Estado Democrático de Direito.

2.1 Objetivos Gerais da Audiência de Custódia

As audiências de custódias, no ordenamento jurídico Brasileiro, possuem o condão de diminuir as violências institucionais na seara judicial, permitindo-se com sua consolidação, mecanismos de diminuir as violações dos direitos humanos e por consequência, sua centralidade está desenvolvida em reflexos de humanização e de um processo judicial justo.

Ao permitir, um diagnóstico prévio de avaliação da condução das prisões, preservando assim, momentaneamente, o direito a segurança pessoal e a própria

liberdade em si. Evitando-se, assim a generalização no uso da prisão preventiva e o cárcere, como um segregador, escolhido em última opção.

2.2 Sujeitos na Audiência de Custódia

A concretização das audiências de custodias no Brasil envolve a participação de atores principais, constituídos como representantes do Estado, zeladores da aplicação da lei penal, além do representante jurisdicional que representa atividade jurisdicional estatal e a defesa, representante legal do devido processo legal e daquele que se encontra custodiado, podendo ser advogado constituído ou Defensor Público.

Conforme acima mencionado, existe uma relação triangular, devendo todos observar a legalidade, a imparcialidade, as prerrogativas humanas e as garantias fundamentais constitucionais.

Ademais, o papel da defesa técnica constituída, consiste no zelo do objeto central da audiência custodial, o direito de ser conduzida sem demora a autoridade judicial.

Diferentemente, o papel do magistrado no ato custodial, visto como o juiz garantista, aquele que momentaneamente, conduzira e fiscalizara os atos processuais da prisão de determinado acusado. Não será momento de análise de mérito, como e cabível, na audiência de instrução e julgamento, o papel primordial do julgado e de portar-se como um Estado-Juiz garantista da efetivação dos direitos do preso.

Assim, o seu papel moderno deve cingir-se ao julgamento da causa com imparcialidade e à tutela dos direitos fundamentais dos agentes envolvidos no processo penal, notadamente do acusado. Em suma, na análise superficial, tão somente da legalidade ou eventual ilegalidade, daqueles que conduziram a prisão do acusado (MALAN, 2006).

Conforme o ilustre doutrinador Malan, (2006) a defesa técnica é considerada como sendo.

A defesa técnica é indisponível, devendo ser assegurada pelo Estado mesmo contra a vontade expressa do acusado. Nesse caso, o defensor nomeado de ofício pelo juiz caracteriza o que Victor Moreno Catena chama de "mecanismo de autoproteção do sistema processual penal", pelo cumprimento das regras da dialética e da igualdade entre as partes (MALAN, 2006).

A defesa compõe o cenário o ato da audiência de custódia, através de Defensores constituídos, advogados particulares ou da Defensoria Pública, devendo manifestar-se, conforme o citado disposto acima e pugnar por ilegalidades, inadmitindo-se torturas, maus tratos e pleiteando mecanismos possíveis para que sejam analisados eventuais arbitrariedades, tais quais, guia de encaminhamento para exames de corpo de delito, caso não haja se efetivado, havendo marcas visíveis de agressões físicas ou eventuais torturas elencadas pelo preso.

O direito de defesa está embutido na Constituição Federal, precisamente e o Estado, no caso fornecerá assistência judiciária gratuita, advinda dos membros da Defensoria Pública, instituição democrática de defesa dos hipossuficientes, apta a orientações jurídicas e ancorada no princípio da dignidade da pessoa humana. Mesmo que o preso negue ou não aceite o acompanhamento de defesa, obrigatório se sua presença na audiência, considerada nula, caso seja realizada sem a presença da defesa judicial.

Cabendo analisar as perguntas feitas pela autoridade judicial ao acusado, sobre circunstâncias da prisão. Não poderão ser realizadas perguntas que adentrem ao mérito dos fatos advindos do auto de prisão em flagrante.

A defesa deverá estar atenta para indeferir, atos judiciais, tais quais, de perguntas e análises que adentrem aos fatos do Auto de prisão em flagrante. Devendo ter ciência de todos os atos ali realizados.

A atuação da Defensoria Pública junto ao rito da audiência de custódia, visa garantir o acesso à justiça como um direito humano fundamental e essencial, possuindo papel importante de questionamentos ao preso, pertinentes, as condições da prisão, se o mesmo foi torturado, obrigado a confessar determinado fato criminoso aos executores da prisão ou em sua oitiva em sede do auto de prisão em flagrante. Visando garantir sempre a integridade psicológica e física do acusado, efetivando-se, um direito processual democrática criminal.

3 DA PRISÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DE DEBITO ALIMENTAR E SUA ILEGALIDADE

A prisão, assim como a intolerância, a miséria e a discriminação de qualquer natureza, além das guerras, constituem as grandes vergonhas da humanidade. Alguns preconizam que a prisão é um mal necessário. Outros, que ela deveria ser abolida.

A prisão civil na visão de Mazzuoli (2002, p. 79) que “a prisão civil atua como meio coercitivo com o objetivo de fazer com que o devedor cumpra sua obrigação, funcionando como verdadeira pressão psicológica”, tudo porque tem o escopo de ameaçar o devedor a cumprir, por ato próprio, a prestação alimentícia que é devida.

Cahali (2013, p. 735), contribui no entendimento afirmando que a prisão civil é um modo de execução com fins econômicos, em que “[se] prende o executado não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão”.

Nesse sentido o rito da prisão civil vem delineado através da Lei de Alimentos nº 5.478/68, denominada lei de alimentos. O reconhecimento dos alimentos no ordenamento jurídico contemporâneo teve como marco a Constituição Cidadã de 1988. Trata-se de uma constituição cidadã, promulgada, democrática e protecionista, com o importante reconhecimento de garantias e direitos fundamentais do homem.

A respeito do rito processual da prisão da obrigação alimentar rege-se por um procedimento jurídico e tratamento diferenciado. Isso se considera desigualdade, em face dos ritos processuais das prisões cautelares e prisão-pena. Na alimentícia, inicialmente deve verificar a ausência de adimplemento, descumprimento de depósito, pagamento firmado através de acordos judiciais ou extrajudiciais entre as partes.

O fato de tratar-se dos alimentos em um rol importantíssimo da estrutura constituinte denota-se como os alimentos são importantes e reconhecidos e o descumprimento desse direito fundamental ocasiona severos prejuízos.

Conforme o artigo 5º, no seu inciso LXVII da Constituição Federativa, discorre que “responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. O direito aos alimentos abrange um direito a ter o alimentante, a uma vida digna, plena e com garantia do mínimo existencial para sua sobrevivência, além, de ser um direito humano inviolável, intrínseco do indivíduo.

O magistrado responsável, preliminarmente utilizara da intimação determinado que em um prazo legal decadencial de três dias, seja justificado ou pago o referido débito alimentício e nesse momento, o mesmo poderá provar por qual motivo não concorreu para o seu devido pagamento determinado, através de sentença que fixou os alimentos ou decisões firmadas por via de decisões interlocutórias, ou através de acordos extrajudiciais, neste caso será citado.

Devendo-se posteriormente ser protestado e decretado sua prisão. Sendo assim, o alimentando não será submetido ao rito da audiência de custódia, colacionada no Pacto São Jose da Costa Rica, Constituição Federal e Código de Processo penal.

A coercibilidade imposta, através do poder punitivo estatal, através da utilização da forma e cerceamento da liberdade do devedor exercida até o momento de pagamento do débito vencido, demonstra a real necessidade de submissão do indivíduo aos ditames custodias, para que seja analisada, avaliada sua prisão, além de garantir o direito a ser ouvido previamente pela autoridade judicial competente.

Ressalte-se que no Brasil a tortura pode ser cometida pelos executores da prisão que podem ser os agentes públicos do Estado, tais quais, Policiais civis, oficial de justiça ou policiais militares, contra o devedor que muitas vezes, tem-se sua liberdade cerceada através da utilização de condutas de maus-tratos, torturas, desvio de poder.

Havendo o interesse e resguardo de bem jurídico patrimonial, e cediço que essa prisão deveria ocorrer em obediência aos ditames e moldes das determinações dos tratados internacionais de direitos humanos e da própria, ordem interna jurídica da República Federativa do Brasil.

3.1 Ausência da realização da audiência de custódia nas prisões do alimentante

A dificuldade de cumprimento e satisfação das obrigações de alimentos no Brasil é histórica, e está fundamentada em aspectos socioeconômicos e em questões jurídicas. A vulnerabilidade econômica de parte significativa da população brasileira, por si só, já é indicador robusto das barreiras enfrentadas para a execução de decisões ou acordos que fixam alimentos. Do ponto de vista eminentemente jurídico, uma evolução histórica confusa e a criação de diversos institutos jurídicos que foram se sobrepondo ao longo do tempo, em distintos conjuntos normativos, também resultou em complexa e intrincada aplicação da matéria e execução das medidas

A ausência da realização da audiência de custódia nas prisões do alimentante é um enfoque jurídico que precisa ser contextualizado com mais veemência. Apesar dos entraves, a prisão civil do devedor de alimentos vem se mantendo como um dos mais sólidos instrumentos de justiça para atender aos anseios dos credores, medida que se caracteriza pela rapidez na sua aplicação e objetividade no acompanhamento do seu conteúdo.

Na concepção do Min. Celso de Melo, ao conceder Habeas Corpus, a prisão em flagrante não pode ser convertida em preventiva de ofício e o preso deve obrigatoriamente ser submetido a audiência de custódia em até 24 horas.

Ao analisar o HC, em decisão monocrática, o Min. Celso de Melo considerou ilegal a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva sem a realização da audiência de custódia, segundo a ementa do STF (2020).

“A realização da audiência de custódia (ou de apresentação) como direito subjetivo da pessoa submetida a prisão cautelar. A ausência da realização da audiência de custódia (ou de apresentação), tendo em vista a sua essencialidade e considerando os fins a que se destina, qualifica-se como causa geradora da ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o conseqüente relaxamento da privação cautelar da liberdade individual da pessoa sob poder do Estado”. (EMENTA STF MC em HC 186421 - SC, MIN. CELSO DE MELO. 17/07/2020)

Portanto, a audiência de custódia é procedimento obrigatório, pela qual toda pessoa presa em flagrante deverá ser apresentada em até 24 horas da prisão à autoridade judicial competente e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Trata-se de um meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais. Dessa forma, a ausência da realização da audiência de custódia, qualifica-se como nítida ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o conseqüente relaxamento da privação cautelar.

Cumprir lembrar que a prisão do devedor de alimentos está lastreada, dentre outras normas, na Lei de Alimentos, que remonta ao já distante ano de 1968. Sinal dos tempos, as comuns alterações procedimentais para matéria de tamanha importância são não apenas bem-vindas, mas necessárias. É exatamente nesse contexto que se insere a realização de audiência de custódia para réus presos por dívida de alimentos: forçosa uma atualização para efetivar garantias de cunho humanitário, critérios legalistas para prisão de qualquer cidadão no país, e averiguar a pertinência e a oportunidade da prisão fundada em execução de dívidas alimentares (LIRA; CARVALHO, 2021).

Oportunizar a atualização dos procedimentos para prisão de devedores de alimentos é, de certa forma, compatibilizar a atuação das Varas de Família com um

conjunto de críticas legítimas contra excessos nas prisões civis por débitos alimentares e justifica, vivamente, a necessidade de utilização da audiência de custódia em tais procedimentos.

Sem discutir o mérito ou acerto dessas decisões, o fato é que tais soluções judiciais inevitavelmente produzem e produziram linhas argumentativas de efeitos imprevisíveis. Mais recentemente, precisamente em 10 de dezembro de 2020, em sede de Agravo Regimental na Reclamação nº 29.3030/RJ, interposto pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, o STF voltou a enfrentar o tema da extensão das audiências de custódia.

Recorrente que a Resolução 29/2015 editada pelo TJRJ limitava as audiências de custódia às prisões decorrentes de flagrante. Sustentou-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que prevê a apresentação de um preso a uma autoridade judiciária constitui direito subjetivo de toda pessoa custodiada, independentemente da modalidade de ordem prisional. (STF, 2015).

Mesmo assim, pontuou o Eminentíssimo Ministro Edson Fachin no julgamento da Rcl 29303 AGR / RJ, em 10/12/2020:

[...] Essa realidade da audiência de custódia, como se vê, não se cinge à ambiência das pessoas presas em razão de flagrância, alcançando, como agora disposto no Código de Processo Penal, também os presos em decorrência de mandados de prisão temporária e preventiva. Aliás, *as próprias normas internacionais que asseguram a realização de audiência de apresentação, a propósito, não fazem distinção a partir da modalidade prisional, considerando o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 7.5) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 9.3)*. Tais normas se agasalham na cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Federal. (FACHIN, 2020).

Nessa linha, de acordo com o Art. 318, (CPP), mesmo sem fazer menção expressa à prisão civil, aduziu o Min. Fachin em sua decisão no exercício da relatoria que:

[...] a audiência de apresentação ou de custódia, seja qual for a modalidade de prisão, configura instrumento relevante para a pronta aferição de circunstâncias pessoais do preso, as quais

podem desbordar do fato tido como ilícito e produzir repercussão na imposição ou no modo de implementação da medida menos gravosa. Enfatize-se, nesse contexto, que diversas condições pessoais, como gravidez, doenças graves, idade avançada, imprescindibilidade aos cuidados de terceiros, entre outros, constituem aspectos que devem ser prontamente examinados, na medida em que podem interferir, ou não, na manutenção da medida prisional (art. 318, CPP)“

Como se percebe conforme o art. 318, a expressão “todas as modalidades prisionais” se repete ao longo da decisão. Porém, inegável que há um tipo de prisão, decorrente de mandado que, embora explicitamente não tenha sido mencionada na decisão em testilha, inegavelmente se enquadra na descrição genérica: “em todas as modalidades prisionais”.

Entretanto, se a audiência de custódia é compulsória para a perfectibilização de qualquer modalidade prisional, para fins de verificação de possível ocorrência de tratamento desumano ou degradante, inclusive, em relação aos possíveis excessos do *perp walk*, durante o cumprimento da ordem prisional, por qual razão deixaria de ser aplicada nas questões envolvendo dívidas de alimentos? Parece, ainda nesse contexto, que para aferir as diversas condições pessoais, como doenças graves, idade avançada, imprescindibilidade aos cuidados de terceiros, dentre outros, a audiência de custódia deve ser aplicada à prisão civil (LIRA; CARVALHO, 2021).

Mas, como nas prisões decorrentes de mandado no âmbito criminal, eventual abuso de poder pela “autoridade executante” não deve necessariamente macular a “decisão judicial cível autorizativa”, mas permitir responsabilização do agente que durante a execução dolosamente empreendera na ilegalidade, sem prejuízo de que, excepcionalmente, possa sim até resultar em relaxamento da prisão, em caso de flagrante ilegalidade no cumprimento, a exemplo da não observância das regras de inviolabilidade de domicílio asseguradas constitucionalmente. (STF, 2015).

Deve, portanto, o Juízo de Família que decretou a prisão realizar a custódia, ou estando o preso civil em comarca diversa ser apresentado a autoridade judicial competente.

4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL À LUZ TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

No âmbito do direito interno brasileiro, o controle de convencionalidade é um ato jurídico que reconhece a validade de normas internacionais no ordenamento jurídico do Brasil, para que posteriormente possa ter estatuído status de materialmente

constitucionais validas, sendo assim, posteriormente incorporado pelo ordenamento brasileiro.

Segundo o ilustríssimo Luiz Flavio Gomes, é definido como:

é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

O autor mencionado faz uma análise do conceito de convencionalidade, devendo o referido instituto constitucional ser observado e incorporados nas normas internas de direitos humanos na orbita do Brasil. Tais normas internacionais para produzirem seus efeitos constitucionais devem obedecer a requisitos constitucionais do artigo 5, parágrafo 3, do capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos da CF.

O Estado Brasileiro, através dos valores e objetivos da Constituição Federal encorpou um rol de proteção dos sistemas de garantias humanas, denominado e conhecidos popularmente pela nomenclatura “ direitos humanos” e trouxe nos seus princípios fundamentais, no artigo Art. 4º da República Federativa do Brasil, o principio da Dignidade da pessoa humana, base e compatibilidade dos direitos humanos.

O Brasil, preocupado com as matérias que tratavam de direitos humanos no direito internacional, aplicando-se aos diversos valores constitucionais, tais como- direito proteção da vida, a integridade e a dignidade das pessoas, pensionou-se e encorpou o Sistema Internacional e Interamericano de Direitos Humanos. Incorporando-se oficialmente, no ano de 1992 e em 1998, com isto, o Brasil passou a ter um valor significativo, em casos de inobservância de preceitos de direitos humanos pode ser responsabilizado em casos e omissões ou violações das normas de direitos humanos.

A conduta de praticar qualquer ação dolosa (ato atentatório) constitui uma gravíssima ofensa na orbita dos Direitos Humanos, considerado uma ilegalidade no mundo, incluindo o Brasil.

O diploma internacional denominado de Pacto São José da Costa Rica, e reconhecido como a base do fruto da implementação das garantias fundamentais da pessoa humana. E o epicentro na ordem jurídica brasileira. Sendo o fundamento do controle de convencionalidade.

O artigo 2º do Pacto Internacional, apregoa o dever irrenunciável da adoção de proteção dos direitos do homem, conforme o disposto " Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades."

Os entes federativos, incluindo a União possui a obrigação constitucional, sendo dever da nação garantir o exercício de sua aplicação na ordem pública interna e na própria, integridade das pessoas, através da dignidade da pessoa humana, em consonância com o direito a vida e os demais direitos e garantias validadas, reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, o reconhecimento e a compatibilidade do Tratado de São Jose de Costa Rica, influenciou nos valores constitucionais da Constituição atual, suas garantias e valores estão alicerçados na competência das garantias e direitos fundamentais humanos.

Importante destacar que o controle de constitucionalidade, ganhou novas nuances no Brasil, ao mostrar-se proporcional e adequado as normas da CF, podendo aferir a incompatibilidade da criação de determinada norma com preceitos de tratados internacionais e de direitos do homem.

Dessa **forma**, Tribunal Pleno do STF, através do julgamento da ADI 5240 / SP - SÃO PAULO, reconheceu o exercício da convencionalidade da audiência de custódia:

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE **SÃO** PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz", posto ostentar o status jurídico suprallegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada "audiência de custódia", cuja denominação sugere-se "audiência de apresentação". 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consuetudinariamente, deflagra o procedimento legal de

habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição

Passando a inaugurar o procedimento da audiência de custódia no ordenamento jurídico, através da característica de supralegalidade, advindos da Convenção de direitos humanos. Tornando-se explicativo, um conteúdo previsto, existente no CPP e bem como, na Pacto de São José da Costa Rica, conhecido como uma modalidade de garantia judicial.

Nesse mesmo sentido, tornou-se as relações internacionais de direitos humanos com o Brasil, uma espécie de relação garantista de comprometimento das regras específicas de direitos humanos a ser cumpridos pela nação brasileira e pelos Entes federativos, através do CADH.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como enfoque principal analisar a prisão civil por dívida alimentar na República Federativa do Brasil, através da convencionalidade de Pactos internacionais de Direitos humanos, nos quais, o Brasil aderiu. Além de objetivando a compressão e aplicabilidade da audiência de custódia, nos eventuais casos de prisões civis nas comarcas brasileiras, verificando sua compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente e com os ditames constitucionais.

A aderência do Brasil, aos Pactos internacionais de Direitos humanos, desencadeou na esfera administrativa e posteriormente legislativa, através do reconhecimento do instituto da audiência de custódia, torna-a obrigatória em todas as modalidades de prisão. Contudo, em razão do rito diferenciado da prisão civil e da sua própria natureza jurídica, a audiência de custódia impactou diretamente nos direitos do devedor, pois a mesma não é realizada no âmbito da prisão reconhecida e admitida no Código Civil de 2002.

Assim sendo, neste contexto do reconhecimento da audiência de custódia, como sendo um direito subjetivo garantista, previsto no ordenamento jurídico interno e internacional, encampando-se ao instituto, uma garantia fundamental, no que tange a sua realização.

Inicialmente, a justificativa de sua não realização, configurava uma mera situação de inobservância ou irregularidade. Porém, posteriormente, o reconhecimento da convencionalidade do pacto de direitos humanos, no próprio status da norma constitucional jamais poderá ser desrespeitada, sob pena de nulidade da prisão do devedor de alimentos, podendo invocar, esse importante garantia fundamental.

Em vista disso, observa-se que atualmente, a grande dificuldade do ordenamento jurídico de aplicar a audiência de custódia nos casos de prisões civis. Ocasionalmente em pleno desrespeito ao Tratado Internacional de Direitos Humanos (Pacto São Jose da Costa Rica)

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de et al. **Segurança Pública e Justiça Penal no Brasil**. Cadernos Adenauer. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer no Brasil, 2008.

ÁVILA, T. A. P. de (2016). **Audiência de custódia: avanços e desafios**. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 301-333. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 março de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016. 1. Processo penal 2. Processo penal - Jurisprudência - Brasil I. Título. CDU-343.1

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional**. Tese de Doutorado, UERJ, 2015.

CAHALI, Y. S. **Dos alimentos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 830 p.

O controle jurisdicional da convencionalidade das leis / Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: Acesso em: 15 fev. 2021.

FILHO P, SAMPAIO N. **Manual esquemático de criminologia**. Nestor Sampaio, Penteado Filho. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018. Bibliografia. 1. Criminologia I. Título. CDU-343.9

LIRA D,F . CARVALHO D, B, S. **Por que não estamos fazendo audiência de custódia para os presos por dívida de alimentos?** 2021. <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1633//Por+que+n%C3>.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. 1. Processo penal – Brasil I. Título. 18-1084

LOPES JR, Aury; PAIVA Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Adriana de Oliveira

Schefer do Nascimento Aline Langner Dal Ri Ângela Almeida Antônio Marcelo Pacheco Arion Escorsin de Godoy, p. 154, 2014.

MALAN, Diogo Rudge. **Defesa penal efetiva**. Ciências Penais, p. 253-277, 2006.

MAZZUOLLI, V. O. **Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 276 p.

MELO Raphael. **Audiência de custódia no Processo Penal** - Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2018.

PAIVA Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

Disponível em [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11256/2/Audiencia de custodia e a imediata apresentacao do preso ao juiz Rumo a evoluciono civilizatoria do Processo Penal.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11256/2/Audiencia%20de%20custodia%20e%20a%20imediate%20apresentacao%20do%20preso%20ao%20juiz%20Rumo%20a%20evoluc%20ao%20civilizatoria%20do%20Processo%20Penal.pdf) Acesso em: 11 mar. 2021.

Disponível em: [https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos /pp%204 .pdf?d=636685514639607632](https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/pp%204.pdf?d=636685514639607632) Acesso em: 10 mar. de 2021.

Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Manual_juridico_aud.custodia-1-web.pdf. Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia.

Disponível em www.modeloinicial.com.br/artigos/327/stf-obrigatoriedade-audiencia-custodia-ilegalidade-prisao-oficio

IMPACTO DA PANDEMIA NOS ÍNDICES DE FURTO E ROUBO NO TOCANTINS: UM COMPARATIVO ENTRE 2019 E 2020

LARISSA AZEVEDO NEGREIRO:

Graduada em Tecnologia em Gestão Ambiental pela Faculdade Católica do Tocantins e formanda em Direito pela faculdade Serra do Carmo

ISRAEL ANDRADE ALVES²⁸

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo fazer comparações de como a pandemia impactou nos índices de furto e roubo no Tocantins no período de 2019 a 2020 e, algumas reflexões sobre a criminologia e como esta ciência analisa a ação do delinquente baseado no comportamento da sociedade. A finalidade deste estudo é analisar o contexto de como um fator social provocado pela pandemia do Corona vírus, que tem o poder de refletir no comportamento dos ofensores, e a partir desta análise mostrar a importância do estudo da criminologia em favor do meio social, tencionando a identificação das atividades criminosas no cotidiano social. Neste comparativo anual, o Balanço das Estatísticas Criminais apresentou uma considerável diminuição envolvendo os crimes contra o patrimônio, sendo uma queda de 35,1% dos crimes de furto e roubo. No ano de 2019 foram registrados 22.195 crimes, contra 14.413 no ano de 2020. A abordagem sobre os crimes de furto e roubo abrangidos pelo Código Penal possuem diferenças inerentes e apresentam características e penalidades distintas. Em virtude de os crimes em estudo serem considerados complexos, ambos protegem a posse e a propriedade, a integridade física e a liberdade individual. O levantamento de dados ressalta as diferenças entre o período estudado e o impacto provocado pelo distanciamento social, bem como as modificações no estilo de vida e atividades rotineiras.

Palavras-chave: Criminologia, comportamento da sociedade, fator social.

²⁸ Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Ciência Política e Teoria Geral do Estado no curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo – FASEC

ABSTRACT: This article aims to make comparisons of how the pandemic impacted the theft and robbery rates in Tocantins in the period from 2019 to 2020 and some reflections on criminology and how this science analyzes the action of the offender based on the behavior of society. The purpose of this study is to analyze the context of how a social factor caused by the pandemic of the Corona virus, which has the power to reflect on the behavior of the offenders, and from this analysis to show the importance of the study of criminology in favor of the social environment, intending to the identification of criminal activities in social daily life. In this annual comparison, the Balance of Criminal Statistics showed a considerable decrease involving crimes against property, with a decrease of 35.1% in crimes of theft and robbery. In 2019, 22,195 crimes were recorded, compared to 14,413 in 2020. The approach to theft and robbery crimes covered by the Penal Code has inherent differences and has different characteristics and penalties. Because the crimes under study are considered complex, both protect possession and property, physical integrity and individual freedom. The data survey highlights the differences between the period studied and the impact caused by social distance, as well as changes in lifestyle and routine activities. Keywords: Criminology, society behavior, social factor.

1. INTRODUÇÃO

A epidemia de COVID-19 iniciou-se em Wuhan na China entre os meses de novembro e dezembro de 2019 espalhando-se rapidamente por transmissão de humano para humano. Em fevereiro 2020, foi confirmado o primeiro caso da doença no Brasil e com isso, um marco muito forte trazido pela pandemia da COVID-19 (Coronavírus Disease 2019) de agente etiológico SARS-CoV-2, que impactou profundamente todos os setores da sociedade e economia a nível mundial. O SARS-CoV-2 desafiou e ainda desafia pesquisadores na busca de alternativas para contenção do vírus.

Para Shereen *et al.* (2020) a doença Coronavírus 19 (COVID-19) é uma infecção viral altamente transmissível e patogênica causada pela síndrome respiratória aguda grave Coronavírus 2 (SARS-CoV-2), que causou uma pandemia global que levou a uma dramática perda de vidas humanas em todo o mundo.

No Brasil, a doença se propagou de forma desfavorável com elevadas taxas de contaminação e mortalidade, ficando o país como um dos mais atingidos. Com isso, a população sentiu grandes impactos no setor econômico e isso repercutiu na vida social das pessoas, causando também impactos políticos e sanitários.

De acordo com Pires (2020) dada a elevada incerteza no que concerne às respostas e medidas viáveis para o devido enfrentamento da pandemia, tanto em termos sanitários, quanto em termos econômico, as autoridades sanitárias internacionais bem como um conjunto de governos nacionais têm suas estratégias convergidas, em síntese, na aplicação de três ações tomadas conjuntamente, sendo elas:

- I) a recomendação ou determinação do isolamento e do distanciamento social;
- II) a ampliação da capacidade de atendimento dos serviços de saúde;
- III) e formas de apoio econômico a cidadãos, famílias e empresas.

No Estado do Tocantins, a primeira pessoa confirmada com o Corona vírus foi em 18/03/2020, divulgado pela Secretaria de Saúde do estado, e desde essa confirmação, as autoridades locais implementaram algumas medidas de forma a prevenir o contágio e o avanço da doença. Neste contexto, o objetivo central do trabalho é de analisar e comparar os impactos que as medidas de distanciamento social envolvendo a criminalidade no Estado do Tocantins diminuíram.

Estudos sobre a criminologia apontam que o comportamento delinquente é influenciado pelo cotidiano, e com isso, o foco da pesquisa será abordar temas relacionados a criminalidade, mais especificamente os índices de furto e roubo. Com a pandemia, a orientação do Ministério da Saúde é de que as pessoas evitassem aglomerações, locais fechados, e que saíssem de casa somente se fosse extremamente necessário, houve também o fechamento de instituições de ensino, e com isso, as pessoas estão com a tendência de ficar mais em casa.

Analisando esse contexto e os dados da Secretaria de Segurança Pública do Tocantins, foi notado uma diminuição significativa dos índices de crimes contra o patrimônio entre os anos de 2019 e 2020, onde no primeiro ano considerado típico e no segundo, como um ano atípico devido a incidência do Corona vírus.

A comparação destes índices de furto de roubo no Estado do Tocantins tem a finalidade de identificar esta diminuição nos dados de um ano para o outro, bem como

analisar a distribuição temporal dos eventos de furto e roubo de veículos, aos estabelecimentos comerciais, residências, transeunte e à roubo de carga no estado neste lapso temporal. Vale ressaltar que se houve reflexos da pandemia de Corona vírus com os índices de crime contra o patrimônio.

Estudos apontam que o comportamento delinquente é influenciado sobremaneira pelos locais percorridos no cotidiano dos ofensores. Nesse contexto, os equipamentos urbanos possuem relevância, pois a distribuição do uso e ocupação do solo no espaço urbano determina espaços com concentração de público, exercício de atividades com circulação de dinheiro, etc., o que potencializa as oportunidades para o cometimento de delitos (FARIA, 2020; ALVES, 2020 e DINIZ, 2020).

Não obstante, busca-se investigar quais os impactos em termos da distribuição espaço-temporal dos eventos criminais no período em que as medidas de proteção da saúde definem alterações no padrão social da vida urbana. Para tanto, delimitou-se uma análise comparativa dos índices de furto e roubo no Estado do Tocantins no ano-período de 2019 para o ano de 2020, período de distanciamento social.

Na pesquisa quantitativa, analisamos os fenômenos a partir de dados oficiais das ocorrências policiais presentes no Balanço da Segurança Pública do Estado do Tocantins, notadamente, as ocorrências de furto e roubo de residências, de veículos automotores, à transeunte e em estabelecimentos comerciais. Para relacionar os fatos com a mudança de cotidiano da sociedade, relacionamos teorias da criminologia que abordam a temática das atividades cotidianas. O período temporal da pesquisa alcança se dá entre 01/01/2019 a 31/12/2019 (ano típico) e 01/01/2020 a 31/12/2020 (período de pandemia).

Teorias como a do Estilo de Vida e das Atividades Rotineiras embasam através da ciência da criminologia que a implementação das medidas de distanciamento social estão relacionadas com o cenário modificado pela pandemia. A situação anormal vivida alterou os delitos e o modus operandi, conforme a modificação que a situação da pandemia impôs na vida social.

2. CONCEITUAÇÃO LEGAL DE FURTO E ROUBO: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

A seguir, faremos uma abordagem sobre estes dois crimes abrangidos no Código Penal Brasileiro. O esclarecimento entre as diferenças inerentes aos tipos penais é de valiosa importância, pois ambos apresentam características bem distintas e penalidades diferentes a quem atenta contra ao patrimônio alheio.

O Código Penal reforça a tutela do patrimônio realizada pelo instituto do Direito Civil, desta forma, não sendo esta suficiente para prevenir e advertir os ilícitos cíveis patrimoniais. O Direito Penal tem as suas considerações acerca das condutas com o fim de oferecer uma certa proteção. Segundo Capez, dessa forma, o Direito Penal selecionou as condutas mais reprováveis e passou a considerá-las ilícito penal. Antes de objetivas a proteção individual da propriedade, almeja a lei penal impedir, com a ameaça da sanção penal, os atentados contra a propriedade, de modo a proteger o interesse social.

Patrimônio pode ser entendido como o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa que tenha valor econômico. Inclui não só a propriedade, como também os direitos obrigacionais, por exemplo. Os crimes contra o patrimônio de furto e roubo estão normatizados nos artigos 155 e 157, do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, no Código Penal Brasileiro. Os crimes de furto e roubo são distintos e até mesmo as mídias sociais acaba empregando o uso do termo de forma errônea.

O crime de furto, segundo o Código Penal, é a subtração, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel. Veja o que se diz no ordenamento jurídico:

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

- II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;
- III - com emprego de chave falsa;
- IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

O verbo nucleo 'subtrair' faz menção a uma ação de retirar algo de alguém sem o emprego de violência ou grave ameaça. Sendo a sua forma elementar o termo 'coisa', que é tudo que pode ser subtraído com valor patrimonial relevante. O termo 'alheia' faz menção que a coisa deve pertencer a terceira pessoa, e o termo 'móvel' é caracterizado como tudo que pode ser transportado sem a deterioração do mesmo.

Para Greco o delito de furto é definido como:

(...) A subtração patrimonial não violenta, com a seguinte redação: Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Percebe-se, portanto, que o mencionado tipo penal é composto por vários elementos, a saber: o núcleo subtrair; o especial fim de agir caracterizado pela expressão para si ou para outrem; bem como pelo objeto da subtração, ou seja, a coisa alheia móvel. (GRECO, 2017)

Segundo Sanches, a conduta punida no crime de furto trata-se em apoderar-se o agente, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel, tirando-a de quem a detém. O apoderamento pode ser direto (apreensão manual) ou indireto (valendo-se de interposta pessoa ou até animais).

Simplificando Flores e Lopes (2015) diz que, objeto jurídico da ação é o patrimônio, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que praticar a conduta. Como elemento subjetivo temos o dolo, pois o agente terá plena consciência de subtrair a coisa móvel alheia. O furto se consuma com a detenção da coisa. Ocorrendo uma tentativa no crime de furto quando o agente não consegue consumir a ação. O fundamento da atipicidade material ocorre quando a res furtiva é de valor insignificante a ponto de não haver ofensa juridicamente relevante ao bem jurídico 'patrimônio'. Dese modo, o reconhecimento do Princípio da Insignificância depende de uma análise do valor do bem em relação à situação econômica da vítima. Assim, o furto de R\$200,00 pode ou não ser insignificante.

Interpretando a lei, o repuso noturno é considerado costumeiramente, um momento que as pessoas se recolhem em suas residências para dormir, aproveitando assim da baixa vigilância, tendo o fato cicurstando no § 1º desde artigo. Contudo,

vale ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça vem apresentando disposição no sentido de que o furto se consuma com a simples posse da res furtiva (FLORES E LOPES 2015). A consumação se dá com a inversão da posse, ou seja, no momento em que o bem passa da esfera da disponibilidade da vítima para a do autor. Não se exige que o agente tenha a posse mansa e pacífica do bem (CAPEZ 2021).

De acordo com Capez, o roubo constitui crime complexo, pois é composto por fatos que individualmente constituem crimes. São eles: furto + constrangimento ilegal + lesão corporal leve, quando houver (as vias de fato ficam absorvidas pelo constrangimento ilegal). Em que pesem tais crimes contra a pessoa integrarem o crime de roubo, este foi inserido no capítulo relativo aos crimes patrimoniais, tendo em vista que o escopo final do agente é a subtração patrimonial. Ou seja, em virtude de o crime em estudo ser considerado complexo, tutela-se, além da posse e propriedade, a integridade física e a liberdade individual, conforme legislação que prevê:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade:

I - (revogado);

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo

sua liberdade.

VI - se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

VII - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca;

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

§ 2º-B. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no **caput** deste artigo.

§ 3º Se da violência resulta:

I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa;

II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.

Capez em consonância com o Código Penal, prevê o chamado roubo próprio e impróprio. "*Roubo próprio*, segundo disposto no *caput* do art. 157, o constrangimento é empregado no início ou concomitantemente à subtração da coisa, ou seja, antes ou depois a retirada do bem. Finda essa ação qualquer grave ameaça ou violência posterior caracterizará o roubo impróprio (CAPEZ, 2021). Ao contrário do próprio, no *Roubo impróprio* o agente primeiro subtrai a coisa, sem empregar qualquer constrangimento contra a vítima, e somente após efetuar a empreza violência ou grave ameaça, com o fim de garantir a sua posse ou assegurar a impunidade do crime, isto é, evitar prisão em flagrante ou a sua identificação. A diferença está no momento e na finalidade em que ocorre o constrangimento (NORONHA, 1986).

Uma distinção importante entre o crime de furto e o crime de roubo é o modo de execução do autor, mesmo tendo o mesmo conceito que é a subtração de coisa alheia de natureza móvel, que no caso em questão a diferença é que na modalidade roubo está presente a violência ou outro meio que reduza ou impossibilite uma certa defesa da vítima. Cada tipo penal gera um resultado danoso distinto, e estes danos podem ser tanto materiais envolvendo bens de certo valor econômico, quanto danos físicos.

3. COMPARAÇÃO DOS ÍNDICES CRIMINAIS DE OCORRÊNCIA DE FURTO E ROUBO ENTRE 2019 E 2020

O ano de 2020 foi nitidamente impactado pela pandemia do Corona vírus. O distanciamento social, a modificação de horários e de fluxos nos locais de trabalho, os grupos vulneráveis considerados de risco pela Organização Mundial de Saúde serem dispensados de suas funções nas empresas para a modalidade home office e a

interrupção de eventos que geram aglomerações de pessoas foram fatores determinantes que alteraram o comportamento social.

Recentemente foram retratados por diversos autores sobre os reflexos da pandemia nos índices da Segurança Pública envolvendo os crimes de patrimônio e o comportamento das vítimas e dos ofensores. As pessoas têm aumentado o tempo permanecendo nas suas residências.

Explorando as circunstâncias e os índices estatísticos disponibilizados no sítio da Secretaria de Segurança Pública, foi apercebido uma diminuição significativa dos índices em todas as categorias, e em especial, nas categorias estudadas neste artigo que são os crimes de furto e roubo, que são crimes praticados contra o patrimônio. Evidenciando o lapso temporal do estudo, deve-se levar em consideração que o ano de 2019 é considerado como um ano típico, sem a interferência da pandemia do Corona vírus e com atividades rotineiras normais, e no ano de 2020 sendo considerado um ano atípico no cenário mundial devido a pandemia.

Estudos apontam que o comportamento delinquente é influenciado sobremaneira pelos locais percorridos no cotidiano dos ofensores. Com a circulação de pessoas diminuindo drasticamente neste período, os ofensores contaram com o cenário habitual modificado. Há diversos fatores a serem analisados para chegar a um consenso e, teorias criminais poderão fundamentar esta diminuição dos índices.

A comparação destes índices de furto de roubo no Estado do Tocantins mostra uma grande diminuição nos dados estatísticos de um ano para o outro. E, também, o impacto que a pandemia gerou na sociedade, refletindo no comportamento tanto do autor quanto das possíveis vítimas. Este reflexo transcorre na criminologia, onde o comportamento social está diretamente ligado à potencial vulnerabilidade.

CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

	ANUAL		
	2019	2020	(%)
ROUBO	5.488	3.925	-28,5%
FURTO	16.707	10.488	-37,2%
TOTAL	22.195	14.413	-35,1%

Fonte: DIE/SSP

Tabela 01: Crimes contra o patrimônio (Fonte: DIE/SSP-TO)

Neste comparativo anual, o Balanço das Estatísticas Criminais apresentou uma considerável diminuição envolvendo os crimes contra o patrimônio, sendo uma queda de 35,1% dos crimes de furto e roubo. No ano de 2019 foram registrados 22.195 crimes, contra 14.413 no ano de 2020.

Levando em consideração as ações ostensivas e preventivas que a Polícia Militar pratica em sua rotina de trabalho, no ano de 2020 foram realizadas em torno de 80 operações em todo o estado. Estas operações sofreram algumas modificações pela ação de combate à disseminação do Corona vírus, alguns policiais que se enquadram na categoria de grupo de risco do vírus estão realizando um trabalho na modalidade *home office* para não correrem o risco de contaminação nas operações policiais.

Vale ressaltar que as diferenças entre os anos de 2019 e 2020 foi de grande consideração se analisarmos, por exemplo, um comparativo entre os anos de 2018 e 2019, onde o percentual de um ano para o outro se encontrou praticamente estável, apresentando a variação de -0,8%. Saliendo que neste período de tempo não havia a interferência da pandemia de Corona vírus na sociedade e foi abordado apenas para efeitos de entendimento.

A frequência de atendimentos à ocorrências diminuíram consideravelmente em todas as áreas, mas em destacável para a categoria dos furtos e roubos. Comparando o ano de 2019 e 2020, este balanço realizado pela Polícia Militar indica também redução na categoria de furtos de veículos automotores, onde houve uma diminuição

de 932 ocorrências no ano de 2019, contra 688 no ano de 2020, estabelecendo assim uma redução de 26,2% nos índices da categoria.

	ANUAL		
	2019	2020	(%)
FURTO DE VEÍCULO AUTOMOTOR	932	688	-26,2%
ESTABELECIMENTO COMERCIAL	1.020	948	-7,1%
FURTO EM RESIDÊNCIA	2.027	1.455	-28,2%
TOTAL	3.979	3.091	-22,3%

Fonte: Polícia Militar

Tabela 02: Comparativo furto ano 2019-2020 (Fonte: Polícia Militar)

Sabendo deste contexto, podemos claramente reforçar que o distanciamento social foi um fato que ocorreu neste período e modificou drasticamente o comportamento social e o estilo de vida das pessoas, apresentando assim esta modificação tão considerável nos índices criminológicos entre 2019 e 2020. Partindo do pressuposto que os crimes acontecem em razão de comportamentos envolvendo situações e oportunidades pelo ponto de vista do autor, a ciência da criminologia aborda esta temática de analisar os crimes de acordo com a situação que a sociedade se encontra.

Como podemos observar, de maneira geral os números de furtos de veículos automotores caíram 26,2%, os estabelecimentos comerciais tiveram uma discreta diferença de 7,1% e os furtos em residências obteve o menor percentual em relação às demais categorias, chegando a 28,2%.

Conforme exposto detalhadamente nos índices do Balanço Anual da Segurança Pública, os estabelecimentos comerciais obtiveram um resultado baixo em relação de um ano para o outro, registrando no ano de 2019, 1.020 ocorrências de furto e em 2020, 948 ocorrências, finalizando com um percentual de -7,1%. Destacamos que as modificações nos horários de funcionamento de estabelecimentos comerciais ocorreram de maneira equilibrada, haja vista que mesmo o comércio impedido de receber público no seu interior em determinados momentos do ano, os mesmos

estavam funcionando na modalidade *delivery*, portanto, com atividades de abertura dentro dos horários da normalidade.

A orientação do governo em promover o distanciamento social beneficiou a população de ambas as formas, além de ficar mais protegidos da contaminação pelo vírus, também estão ficando bem menos vulneráveis aos crimes. O policiamento preventivo tem favorecido na prevenção dos crimes relacionados ao patrimônio. No ano de 2019 o Estado do Tocantins registrou 2.027 ocorrências de furto em residências contra 1.455 no ano de 2020. É uma diminuição bastante significativa.

O Balanço Anual apontou uma restritiva do número de ocorrências envolvendo o crime de roubo no Estado do Tocantins. Estes índices foram registrados pela Secretaria de Segurança Pública e nos mostram que houve uma queda geral de 21,3% entre o período de 2019 e 2020.



	ANUAL		
	2019	2020	(%)
ROUBO À TRANSEUNTE	1.868	1.557	-16,7%
ROUBO DE VEÍCULO AUTOMOTOR	627	546	-12,9%
ESTABELECIMENTO COMERCIAL	560	332	-40,7%
ROUBO EM RESIDÊNCIA	381	268	-29,7%
TOTAL	3.436	2.703	-21,3%

Fonte: Polícia Militar

Tabela 03: Comparativo roubo ano 2019-2020 (Fonte: Polícia Militar)

Podemos perceber uma diminuição considerável no percentual de roubo à transeunte, sendo um crime comum que envolve um assalto a cidadãos, onde são surpreendidos de forma violenta enquanto transitam em vias públicas, sendo algum pertence de valor subtraído pelo ofensor. Em 2019 houve 1.868 ocorrências e em 2020 este número reduziu para 1.557 ocorrências. Tanto na teoria, quanto na prática, o comportamento humano reflete diretamente nas ações de criminosos. Quanto menos pessoas nas ruas, menores são as chances de estarem vulneráveis a esse tipo de crime, especificamente.

Quanto ao roubo de veículos automotores, houve a diminuição de 12,9%. No ano de 2019 foram registradas 627 ocorrências, e em 2020 foram registradas 546. Esta redução se dá pela diminuição de carros trafegando nas ruas e rodovias.

Nos estabelecimentos comerciais, os roubos reduziram em 40,7%. Em 2019 foram registradas 560 ocorrências e em 2020, foram registradas apenas 332 ocorrências. Totalizando uma média geral de roubos em -21,3% de diferença entre o ano de 2019 com atividades rotineiras normais e o ano de 2020 afetado pela pandemia do novo Corona vírus.

Foram grandes modificações sociais que fizeram com que a pandemia interferisse direta e indiretamente nos índices de ocorrências em todo o Estado do Tocantins. Esta magnitude redução causou impactos em todas as áreas da sociedade, e na criminalidade não foi diferente.

4. A DIMINUIÇÃO DOS CRIMES DE FURTOS E ROUBOS DURANTE A PANDEMIA: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA

Inicialmente, alguns conceitos doutrinários de criminologia. Para Afrânio Peixoto criminologia “é a ciência que estuda os crimes e os criminosos, isto é, a criminalidade”.

João Faria Junior conceitua criminologia:

Criminologia é a ciência humano-social que estuda:

- a) O homem criminoso, a natureza de sua personalidade, e os fatores criminógenos;
- b) A criminalidade, suas geratrizes, o grau de sua nocividade social, a insegurança e a intranquilidade que ela traz a sociedade e aos seus membros;
- c) A solução do problema da criminalidade e da violência através do emprego dos meios capazes de prevenir as incidências e a reincidência do crime, evitando ou eliminando suas causas. (FARIAS, 2001, P.11)

O conceito, atualmente, mais famoso de Criminologia foi evidenciado por Edwin H. Sutherland, que define a Criminologia como “um conjunto de conhecimentos que estuda o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente, sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo” (Gonzaga 2020).

A crise de modo geral em decorrência da pandemia se mostra preocupante em todas as ramificações socioeconômicas, ainda não sabemos como será o desfecho que os desdobramentos desta crise mundial irão refletir na criminalidade a médio e a longo prazo após cessar a pandemia. Sabemos que existe uma forte onda de desempregos e famílias com o potencial de renda bastante afetados pelas restrições sociais em prol da contenção do Corona vírus. As consequências das medidas preventivas e combatentes ao vírus podem ser cruéis no setor econômico.

A criminalidade e as mudanças sociais e econômicas são relações muito antigas. Aristóteles e Platão perpetravam que a miséria e o baixo poder econômico estão diretamente ligados ao cometimento de crimes, sendo causa principal desde os primórdios como alavanca para a criminalidade. A análise da criminologia está ligada ao ensejo político, cultural e econômico do momento vivido. O período vivenciado em plena pandemia já refletiu imediatamente nos índices criminológicos no Estado do Tocantins. Neste raciocínio, é possível relacionar que eventos de gigantesca proporção como este impactou na diminuição de crimes contra o patrimônio.

De acordo com Hodgkinson e Andresen (2020), durante eventos excepcionais, como é o caso da pandemia de covid-19, três linhas teóricas competem: a da coesão social, a da desorganização social e a das oportunidades. De modo resumido, a primeira prevê que os crimes cairiam, pois haveria uma maior propensão da sociedade agir de maneira solidária. Inversamente, a teoria da desorganização social sugere um aumento dos crimes nesses momentos, pois a ordem social seria rompida. Por fim, a teoria das oportunidades, com a qual os autores se vinculam, prediz que os crimes se comportarão de acordo com as mudanças nas estruturas de oportunidade de cometimento dos mesmos. A perspectiva mais comum dentro dessa linha é a da teoria das atividades rotineiras (Cohen e Felson, 1979). Ainda assim, Miller e Blumstein (2020) sugere que outras teorias podem ser valiosas, como a da dissuasão e a da escolha racional, do autocontrole, da desorganização social, da transmissão cultural e do aprendizado social.

Estudos sobre a criminologia apontam que o comportamento delinquente é influenciado pelo cotidiano e, com isso, modificou o *modus operandi* e a consequente alteração para outros tipos de crime. As mudanças na rotina das pessoas devido às restrições causadas pela pandemia do Corona vírus, fez com que esses grupos de pessoas ficassem em suas residências e saíssem da circulação em locais públicos e comerciais com a intensificação do isolamento social.

Mohler et al. (2020) explicam que a teoria das atividades rotineiras parte de dois princípios. Primeiro, os crimes apenas podem ocorrer quando não há guardiões

capazes de impedi-los e quando infratores motivados se deparam com potenciais vítimas. Segundo, as atividades normais diárias são suficientes para gerar as condições para esses encontros. Considerando essas características, a redução dos crimes de oportunidade seria resultado do menor fluxo de pessoas nas ruas e da maior visibilidade que os policiais ganhariam nesses locais. Por outro lado, os crimes econômicos ou conflitos entre grupos seriam menos afetados, pois são menos dependentes das situações nas quais vítimas e autores estão próximos.

4.1 TEORIA DO ESTILO DE VIDA

O estilo de vida das pessoas e a forma que a sociedade vive é peculiar em cada região e, com isso, as atividades rotineiras também se modificam. No Tocantins podemos identificar facilmente que o ritmo de vida na capital Palmas é distinto das demais cidades no interior do Estado. Este estilo de vida é avaliado pelo cidadão ofensor, onde o seu comportamento estará totalmente relacionado com o ritmo de vida da população.

“A Teoria do Estilo de Vida, segundo Hindelang et al. (1978), se concentra na análise das conexões entre a vitimização e o estilo de vida do indivíduo, evidenciando o papel central que ocupa o embate entre as expectativas individuais - conjunto de preferências pessoais e padrões comportamentais, determinados por características pessoais e normas/regras culturais - e a estrutura social; ou ainda, no processo de mediação entre o privado e o público, o ambiente externo - a sociedade, ou o Estado - infere limitações ao indivíduo que, portanto, deve se adaptar.

O crime resulta de um comportamento social influenciados por uma série de riscos. O poder público tem adotado medidas para a prevenção do Corona vírus e com isso, dados estatísticos sobre a criminalidade mostram que o cotidiano modificado pelo distanciamento social influenciou de forma direta o modus operandi. Como vimos no gráfico comparativo, a tendência de ter menos pessoas circulando nas ruas e locais públicos, modificou a ação do ofensor, reduzindo o percentual de furtos e roubos. Esta premissa se relaciona fortemente com a Teoria do Estilo de Vida, onde as modificações sociais em tempos de pandemia afetaram diretamente na criminalidade, modificando o foco dos ofensores. Esta modificação pode ser observada tanto a curto, quanto a longo prazo, embora oportunistas estão a todo momento se reinventando e usando da fragilidade das pessoas.

Ressalta-se que ambas - expectativas e estrutura social -, dependem de condições demográficas, embora as primeiras não sejam resultado destas. Além disso,

Hindelang et al. (1978) postula que o processo de vitimização - enquanto fenômeno distribuído uniformemente - compreende a articulação de três condições: o encontro temporal entre vítima e criminoso; a percepção da vítima em potencial por parte do agressor; e, o ímpeto, por parte do ofensor, em utilizar da violência para alcançar seu objetivo. ”

4.2 TEORIA DAS ATIVIDADES ROTINEIRAS (TEORIA DA OPORTUNIDADE)

A criminologia sob à luz da oportunidade analisa os crimes e esta oportunidade que a mudança do cotidiano proporciona, pois, a grande maioria dos crimes acontece na situação da oportunidade que o autor identifica. A rotina que a sociedade vivia no ano de 2019 era totalmente previsível e identificável pelo ofensor, mas com a pandemia em 2020, o modelo preexistente se modificou drasticamente.

No livro *Social Change and Crime Rate Trends: a routine activity approach* lançado em 1979, os autores Lawrence E. Cohen e Marcus Felson, trazem considerações criminológicas a partir das novas dinâmicas das relações sociais e laborais e lançam a Teoria das Atividades Rotineiras (Teoria da Oportunidade). Entendem que as atividades rotineiras lícitas ensejam espaço para práticas criminosas e sustentam que a atividade delitiva pressupõe a convergência temporal e espacial de três fatores: (i) um delinquente motivado com capacidade de implementar o plano criminal, (ii) a existência de um objeto, uma vítima e/ou um lugar adequados e (iii) ausência de guardiões, assim consideradas pessoas cuja presença já é suficiente para desestimular o ofensor.

Estudos mostram que a pandemia do Corona vírus alarmou ainda mais a questão trabalhista na sociedade, uma grande parcela da população perdeu parte ou totalmente a sua fonte de renda, fazendo com que cresça uma nova crise pós pandemia. Os fatos indicam para uma onda de escassez de empregos e recursos, fazendo com que favoreça e interfira na marginalização.

A Teoria Econômica do Crime consolidou-se enquanto campo independente do conhecimento econômico, e com arcabouço teórico específico, apenas com os estudos seminais propostos por Becker (1968) e Ehrlich (1973) (CERQUEIRA; LOBÃO, 2004). Dentre as abordagens criminológicas que englobam os componentes básicos que possibilitam a apreensão e compreensão sobre o processo de vitimização em decorrência da criminalidade, pode-se salientar a *Teoria da Desorganização Social*, a *Teoria do Estilo de Vida* e a *Teoria das Abordagens de Atividades Rotineiras*.

Por seu turno, a Teoria das Abordagens de Atividades Rotineiras, postulada por Cohen e Felson (1979), propõe uma extensão do modelo de Hindelang et al. (1978), argumentando que a consecução de crimes pressupõe a confluência de três elementos: a potencial vítima; o potencial criminoso; e, um mecanismo de segurança/proteção, determinado pelo estilo de vida da vítima potencial. Considera-se, nesse âmbito, que o estilo de vida depende do conjunto de características idiossincráticas do indivíduo – a maneira de ver, de sentir e de reagir, específica a cada pessoa –, sua idade e gênero, além das relações familiares, profissionais e sociais.

Nesse sentido, assumindo-se que a visão de mundo independe do tom de pele do indivíduo, entende-se que os indivíduos mais jovens estariam mais expostos, devido ao seu círculo de relações sociais e conjunto de atividades mais arriscadas, à violência homicida. Além disso, as relações familiares, profissionais e sociais estando relacionadas ao status socioeconômico - nível educacional e de rendimento, condições de habitação, etc. - e acessibilidade à estrutura institucional e jurídica - disponibilidade de mecanismos de proteção e solução de conflitos sociais -, revelam que a população marginalizada perante a esta superestrutura possui maior probabilidade de vitimização (COHEN; FELSON, 1979).

5. CONCLUSÃO

Este trabalho se motivou pela indagação de compreender como a pandemia do Corona vírus poderia interferir na criminalidade do Estado do Tocantins. Esta análise se deu pela comparação dos índices em um ano com atividades rotineiras normais e um ano impactado da pandemia. Objetivando propor estes indícios de que a pandemia está relacionada com a mudança nas estatísticas, foi realizada a análise comparativa nos dados disponibilizados no sítio da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Tocantins no período de 2019 e 2020, mostrando claramente uma diminuição bastante considerável nos índices.

Neste estudo, que ocorreu durante o período de distanciamento social forçado, os números mostram que há relação entre a queda dos números de roubos e furtos em residências, à transeunte, veículos e estabelecimentos comerciais com as teorias da criminologia. Infelizmente, este cenário exige atenção, pois essa curva decrescente de crimes poderá se reverter em crescente com o futuro retorno da circulação normal das pessoas.

Oportunidades que antes eram associadas com a circulação de pessoas nas ruas se modificaram com o distanciamento social, com isso, os índices de criminalidade

foram impactados pela mudança no cotidiano. Foram grandes modificações sociais que fizeram com que a pandemia interferisse direta e indiretamente nos índices de ocorrências em todo o Estado do Tocantins. Esta magnitude redução causou impactos em todas as áreas da sociedade, e na criminalidade não foi diferente.

A comparação destes índices de furto de roubo no Estado do Tocantins mostra claramente uma grande diminuição nos dados estatísticos de um ano para o outro. E, também, o impacto que a pandemia gerou na sociedade, refletindo no comportamento tanto do autor quanto das possíveis vítimas. Este reflexo transcorre na criminologia, onde o comportamento social está diretamente ligado à potencial vulnerabilidade. Veemente, quanto mais pessoas nas ruas, maior a vulnerabilidade, e quanto menos pessoas circulando, menos o cidadão será exposto aos crimes.

As estatísticas indicam que há evidências em que a Teoria do Estilo de Vida e a Teoria das Atividades Rotineiras está interligada com o impacto que a pandemia proporcionou e que o comportamento das pessoas na sociedade é diretamente ligado aos índices da criminalidade. Estes crimes estão em iminência relação com as oportunidades que as pessoas oferecem em se expor a ambientes públicos.

Com isso, notamos claramente que os roubos e furtos diminuíram em conjunto com fluxo de pessoas circulando. É esperado que os crimes que ocorrem nas ruas diminuíssem, principalmente os furtos e roubos a transeunte e de celulares. Os papéis das ações impostas pela segurança pública nesta mudança de cenário também tiveram um papel importante para que estes resultados fossem decrescentes.

5. REFERÊNCIAS

BECKER, G. S. *The Economics of Discrimination*. The University of Chicago Press, 1971.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: < [Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) >. Acesso em: 10/05/2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – v. 2: parte especial – arts. 121 a 212 / Fernando Capez. – 21. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.*

CERQUEIRA, D. R. C.; LOBÃO, W. *Determinantes da Criminalidade: Arcabouços Teóricos e Resultados Empíricos*. Dados, v. 47, n. 2, p. 233-269, 2004.

COHEN, L. E.; FELSON, M. *Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach*. *American Sociological Review*, p. 588-608, 1979.

FARIA, Antonio Hot Pereira de; ALVES, Diego Filipe Coredeiro; DINIZ, Alexandre Magno Alves. **Crimes contra o patrimônio em Belo Horizonte durante o distanciamento social decorrente da pandemia de COVID-19**. Belo Horizonte: Atena, 2020.

FARIAS JÚNIOR, João. Manual de criminologia. 3ª.ed. Juruá, p.11, Curitiba, 2001.

FLORES, A.; LOPES, J. Manual de Direito Penal / Andréa Flores, Jodascil Gonçalves Lopes. – São Paulo : Saraiva, 2015. – (Coleção ícones do direito / coordenador André Puccinelli Júnior)

GAROFALO, R. Criminologia: estudo sobre o direito e a repressão penal seguido de apêndice sobre os termos do problema penal. Ed. Pétrias. Campinas, 1997.

GONZAGA, Christiano. Manual de Criminologia – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Rogério. Código penal comentado. 11. ed. Niterói. Impetus, 2017.

HINDELANG, M. J.; GOTTFREDSON, M. R.; GAROFALO, J. Victims of Personal Crime: An Empirical Foundation for a Theory of Personal Victimization. Cambridge/MA: Ballinger, 1978.

HODGKINSON, T.; ANDRESEN, M. A. Show me a man or a woman alone and I'll show you a saint: changes in the frequency of criminal incidents during the COVID-19 pandemic. **Journal of Criminal Justice**, v. 69, jul. 2020.

MILLER, J. M.; BLUMSTEIN, A. Crime, justice & the COVID-19 pandemic: toward a national research agenda. **American Journal of Criminal Justice**, v. 45, n. 4, p. 515–524, ago. 2020.

MOHLER, G.; BERTOZZI, A. L.; CARTER, J.; SHORT, M. B.; SLEDGE, D.; TITA, G. E.; UCHIDA, C. D.; BRANTINGHAM, P. J. Impact of social distancing during COVID-19 pandemic on crime in Los Angeles and Indianapolis. **Journal of Criminal Justice**, v. 68, maio 2020.

NORONHA, E. Magalhães. direito penal vol. 2., Ed. Saraiva, p. 247, São Paulo, 1986.

PEIXOTO, Afrânio. Criminologia, 4ª edição, Ed. Saraiva, p.11, São Paulo. 1953.

A EUTANÁSIA COMO MECANISMO GARANTIDOR E CONCRETIZADOR DO DIREITO DE MORRER DIGNAMENTE

BRUNO VIDAL GAZOLLA:
Bacharelado em Direito do
Centro Universitário Una Betim.

GUIDSON MARLEY ALVES²⁹

(coautor)

RESUMO: A pesquisa discute a eutanásia como mecanismo garantidor e concretizador do direito de morrer dignamente a partir mandamento base da dignidade da pessoa humana. Conjecturar esses limites da vida implica numa ponderação entre o Direito e a Bioética, exigindo uma reflexão do direito a uma morte digna como corolário da autonomia privada e do livre desenvolvimento da personalidade. Isso sob uma perspectiva discriminatória e despenalizadora para se garantir que o direito de escolha da pessoa de como viver e como morrer ocorra de forma livre e responsável a partir dos desígnios de sua própria vontade, de sua autodeterminação. O estudo teórico bibliográfica baseou-se no método dedutivo hipotético numa abordagem crítico comparativa.

Palavras-chave: eutanásia; dignidade da pessoa humana; Direito; Bioética; autonomia privada; morte digna.

ABSTRACT: A research discusses euthanasia as a guaranteeing and materializing mechanism for the right to die with dignity based on the fundamental-commandment of the dignity of the human person. Conjecturing these limits of life implies a great weight between Law and Bioethics, requiring a direct reflection on a dignified death as a corollary of private autonomy and the free development of personality. It is based on a discriminatory and decriminalizing perspective to ensure that the person is accompanied by the way of living and how to live or live freely and responsibly based on two desires of their own will, of their self-determination. The theoretical-bibliographic study is based on the deductive hypothetical method and on a critical-comparative approach.

Keywords: euthanasia; dignity of human person; Right; Bioethics; private autonomy; dignified death.

²⁹ Aluno do 9º Período de Direito do Centro Universitário Una Betim.

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito: Direito à vida; 3. Dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia privada do indivíduo; 4. A relação entre Bioética e Direito; 5. A Eutanásia; 6. O direito à morte digna: a colisão do direito fundamental à vida com os princípios da dignidade da pessoa humana e autonomia privada; Considerações finais; Referências

1. INTRODUÇÃO

O objetivo geral da pesquisa consiste em investigar o fenômeno jurídico-constitucional da eutanásia como mecanismo garantidor e concretizador do direito a uma morte digna a partir de um estudo crítico da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada no contexto da sociedade contemporânea. A relevância dessa temática justifica-se a partir da necessidade de discussão sobre a descriminalização e/ou despenalização de condutas que tenham como fim garantir uma morte digna do indivíduo a partir do seu direito de autodeterminação em fazer escolhas de como viver e de como morrer.

Os limites da vida retratados em pacientes terminais, em pessoas tetraplégicas e indivíduos que respiram por meio de aparelhos artificiais, portadores de doenças incuráveis ou esclerose múltipla, vítimas de demência ou doenças crônicas, entre outros, acendem o debate acerca da eutanásia como mecanismo garantidor de uma morte digna. A eutanásia, conquanto não constitua uma prática recente, vem incitando debates para promover e garantir a autonomia privada do indivíduo em escolher a forma pela qual deseja viver e morrer.

A concepção hodierna de um sistema jurídico fechado que criminaliza a conduta de um terceiro que ajuda uma pessoa a morrer com dignidade, apresentando-se essa como uma única saída para essas pessoas que se encontram em uma situação de terminalidade da vida próxima ou iminente não se demonstra factível. Isso porque tratar como homicídio o direito de escolha daquilo que esse indivíduo considera como bom e justo no momento final da vida ou de suicídio quando há a ajuda material não demonstra valores elementares de um Estado Democrático de Direito.

A criminalização dessas condutas opera-se muito mais por questões religiosas e morais do que propriamente jurídicas. Há uma colisão de valores entre o direito à vida e o direito a uma morte digna. Contudo, o direito fundamental à vida exige uma análise do direito ao próprio corpo em contrapartida ao princípio da dignidade da pessoa humana e autonomia privada. Com esse sopesamento de valores deve

prevalecer o direito à morte digna respeitando-se a vontade do paciente sobre sua autodeterminação em gerir o curso de sua vida e também o de sua morte, devendo-se, pois, descriminalizar e despenalizar a conduta da eutanásia.

Por meio da pesquisa teórico-bibliográfica foi possível extrair das doutrinas a base para análises sobre a temática. O método dedutivo foi usado na definição do objeto da pesquisa, partindo-se de uma concepção ampla do princípio da dignidade da pessoa humana e autonomia privada em direção a um exame micro da eutanásia como medida assecuratória da morte digna

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIREITO À VIDA

A teoria dos direitos fundamentais encontra-se em constante processo de evolução, buscando adequar-se aos preceitos e demandas sociais de uma determinada época. Constituem retratos de uma sociedade historicamente mutável, em que as transformações no ordenamento jurídico intentam assegurar e resguardar novas realidades sociais advindas de novas pretensões de garantia de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais sofreram transformações nas mais várias esferas de sua existência, como no seu conteúdo, titularidade, constituindo gerações de direitos fundamentais a partir de uma construção histórica:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês) do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho "negativo", uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, "direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (SARLET, 2017, p.314)

O objetivo era resguardar os ditos direitos individuais que defendia a ideologia liberal, predominante na época: direitos à vida, à propriedade, à liberdade e à igualdade. Assim, o Estado mantinha-se alheio às relações sociais da época, assegurando o mínimo de intervenção possível, somente o fazendo por meio de leis, que buscavam manter o equilíbrio entre os cidadãos, sem exigir maior presença do Estado (SOUZA, 2013). Exigia-se então uma conduta abstencionista do Estado, um caráter de direito negativo.

No contexto pós Segunda Guerra começa-se a exigir do Estado uma série de proteções como assistência social, saúde, educação, trabalho, dando-se início ao chamado Bem-Estar Social. Não se tratava mais apenas de liberdades individuais, mas, sobretudo de se garantir o bem da população. Esses direitos exigem do Estado uma atuação positiva, o que remete à "9 (...) O implementação de políticas públicas estatais, do cumprimento de certas prestações sociais por parte do Estado, tais como: saúde, educação, trabalho, habitação, previdência e assistência social. (MASSON, 2016)

O Estado assumiu para si diversas atribuições, o que resultou na inoperância estatal dando ensejo a uma nova geração de direitos fundamentais, os chamados direitos de fraternidade ou solidariedade, que englobam os" (...) direitos ao desenvolvimento, ao progresso, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à qualidade de vida, os direitos do consumidor e da infância e juventude." (MASSON, 2016).

Esse novo formato resultaria nos direitos fundamentais voltados à coletividade, respeitando o interesse da sociedade como um todo, com direitos coletivos, cuja titularidade não pertence ao indivíduo. Não se busca apenas a concepção negativa de liberdade pautada da mínima intervenção estatal, mas sim garantir o princípio democrático do bem-estar coletivo, com a participação ativa do Estado e do povo, emanando deste último o poder.

O direito fundamental à vida reflete todo esse emaranhado de direito, já que é a partir dele que todos esses outros direitos são adquiridos e usufruídos. Não se trata apenas de uma lógica de sobrevivência e sim do exercício de uma vida digna, em todos os aspectos existentes. Ele se classifica em dois aspectos: (i) o direito de continuar vivo, ou seja, de não ser morto; e (ii) o direito a ter uma vida digna. O primeiro aspecto trata do direito a integridade física, direito a saúde, proibição de pena de morte, tudo aquilo

que garante biologicamente uma condição digna de viver e o segundo aspecto traz o direito ao acesso mínimo a condições materiais e espirituais para uma vida digna. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015)

O texto constitucional não fixou entendimento acerca de um marco temporal que dê início à proteção do direito à vida. Contudo, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que "(...) a inviolabilidade constitucional do direito à vida refere-se, exclusivamente, a indivíduos que sobreviveram ao parto. Em outros termos: o âmbito de proteção constitucional não alcança embriões e fetos, mas, tão somente, aqueles que nasceram vivos. (MASSON, 2016, p. 214)

Algumas teorias discutem qual é o momento adequado para a proteção do direito à vida. Dentre elas, a doutrina discute-se acerca da Teoria Concepcionista, Teoria Natalista e Teoria Condicional. Para a teoria concepcionista, o nascimento com vida seria considerado como a completude do produto gerado pela concepção, garantindo-se ao nascituro direitos da personalidade, mas os direitos patrimoniais somente são garantidos se ocorrer nascimento com vida. Essa é a teoria mais aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro. (DINIZ, 2014).

Assim, para essa teoria os direitos são juridicamente garantidos a partir da concepção, sendo esse marco o início da vida. Para essa teoria, o nascituro não é pessoa, não possuindo, qualquer direito, já que o Código Civil, exige, em tese, o nascimento com vida para que se venha a ter, eventualmente, a personalidade civil, de modo que o nascituro, nessa perspectiva, possui apenas uma mera expectativa de direitos. (DINIZ, 2014).

Já a teoria condicional atribui o reconhecimento do início da personalidade jurídica da pessoa humana desde o momento da concepção, no entanto, "(...) a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais." (ASFOR, 2013, p. 5).

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A AUTONOMIA PRIVADA DO INDIVÍDUO

A dignidade da pessoa humana advém de uma construção filosófica, social e política que reconhece o ser humano como ser dotado de liberdade, autonomia e capacidade. Embora sejam muito antigas as bases de fundamentação do princípio da dignidade da pessoa humana, foram no contexto pós Segunda Guerra, que sua positivação se operou. As barbáries e atrocidades da guerra culminaram na Declaração

Universal dos Direitos Humanos em 1948, cujo artigo 1º de que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Sob esse contexto, os países europeus passaram a tutelar positivamente a dignidade da pessoa humana.

É que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, no sentido de que esses exigem, concretizam e se desdobram nesse princípio elementar e é com base nele que os direitos fundamentais devem ser interpretados. Assim, a dignidade da pessoa humana tende a cumprir uma função de legitimidade na ordem constitucional, na medida em que, embora constitua-se como mandamento para os demais princípios dos direitos e garantias fundamentais, ambos não se confundem, apresentando características diferentes.

A dignidade da pessoa humana não se constitui “propriamente com[o] um direito fundamental, mas [como] a fonte e fundamentos de todos os direitos materialmente fundamentais.” (SARMENTO, 2016, p. 305). Logo, por configurar-se como cláusula geral de tutela dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana representa um princípio unificador do ordenamento jurídico, impondo um dever de respeito e proteção por parte do Estado tanto no sentido de abster-se de interferir na esfera individual quanto no dever de proteger o indivíduo de eventuais ingerências de terceiros.

Nessa dimensão resguarda-se o direito do indivíduo em exercer o livre desenvolvimento de sua personalidade. Por certo que a pessoa é a criatura humana dotada de singularidades psicofísicas, razão, consciência e vontade. Ela constitui o centro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Estado e o seu núcleo de proteção por encontrar-se revestida de personalidade própria. A dignidade fundamenta esse âmbito de proteção ao livre desenvolvimento de sua personalidade. A personalidade deve ser livre e autônoma, não havendo um modelo específico: cada indivíduo conduz esse atributo de forma diferenciada, por base de critérios subjetivos e não objetivos impostos forçosamente por outrem.

Concebe-se a autonomia da pessoa a partir do livre desenvolvimento de sua individualidade sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. A individualidade do homem permite-lhe encontrar em suas experiências e escolhas sua autonomia, sua liberdade e sua autodeterminação. As experiências e circunstâncias advindas de sua livre opção refletirá na construção de seu próprio projeto de vida, considerando o seu ideal de vida feliz. É a pessoa humana quem determina livremente a configuração de

sua personalidade, daí enfatizar-se sobre a tutela do direito ao livre desenvolvimento dela.

A tutela geral da personalidade representa um conjunto de direitos que possibilita a pessoa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra. São direitos de existência que sustentam o conjunto de características do próprio indivíduo, sua projeção essencial no mundo exterior: modo de pensar e de agir, sua ideologia, a construção de seus valores, seus sonhos, seus projetos de vida. Isso porque "(...) a afirmação de liberdade de desenvolvimento da pessoa humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado." (PINTO, 1999, p. 152).

Assim, tutelar o livre desenvolvimento significa proteger a individualidade inerente a cada pessoa. Com isso, consagra-se um direito de liberdade individual em relação à constituição da personalidade, elegendo o indivíduo o seu próprio modo de vida, sem qualquer imposição de outrem. Essa esfera de liberdade de possibilitar ao cidadão tornar-se aquilo que ele almeja advém de sua autonomia, de sua capacidade de autodeterminação, de sua liberdade em realizar suas próprias escolhas., pois cada um é o melhor juiz de seus próprios desejos, de suas próprias razões existenciais.

4. A RELAÇÃO ENTRE BIOÉTICA E DIREITO

A bioética pauta-se numa compreensão interdisciplinar da Medicina, Biologia e da Ética voltadas ao processo de condução da morte humana com o objetivo de instruir os profissionais da saúde quanto a esse percurso fundamentando-o nos princípios éticos que regem a vida humana. Enquanto reflexão sobre questões da ordem ética, a bioética promoveu uma ressignificação da vida e da morte considerando a incessante busca de sentido da condição humana e seus reflexos nas mais diversas áreas, como a filosofia, a literatura, a religião, a medicina, a história, a antropologia, dentre tantas outras. (SARMENTO, PIOVESAN, 2007).

A contextualização da bioética contemporânea exige uma análise das relações entre a crise cultural da sociedade tecnocientífica e a sua conscientização moral na visão de Barreto (1999). Segundo o autor, foi no século XVII que o fenômeno cultural da tecnociência desenvolveu uma mudança primordial para o paradigma do conhecimento humano, sendo necessário conciliar o desenvolvimento da tecnologia com as novas exigências morais da sociedade. E nesse contexto advém a bioética como um novo ramo da filosofia moral com o intuito de estabelecer princípios norteadores

do comportamento humano ante os novos conhecimentos e tecnologias ao mesmo tempo em que se repensa a ética. (BARRETO, 1999).

A bioética sobressai, pois, como uma resposta aos desafios socioculturais da relação entre tecnologia e vivência humana como um caminho para se trabalhar o contexto ético e a relação médico-paciente até então pautada somente no objetivo de cura. Embora esse seja o objetivo fim, os novos enfrentamentos morais evidenciam que há uma série de princípios norteadores que precisam ser analisados e respeitados para se garantir nesse complexo vida morte.

Assim, a bioética contemporânea não se limita a uma perspectiva estritamente profissional dessa relação médico-paciente. Ela vai além ao evidenciar os problemas éticos gerados pelos avanços tecnológicos nas áreas médica e biológica. (BARRETO, 1999). A biotecnologia vem promovendo inúmeras mudanças e até mesmo ruptura em aspectos éticos, filosóficos, psíquicos e jurídicos, trabalhando a bioética como fator convergente para oferecer respostas a essas novas descobertas e trabalhar seus reflexos no contexto social. (KRELL, 2006).

Nessa perspectiva, tem-se a bioética como fator agregador plural em que se trabalha diversas convergências entre a teoria e a prática nessas searas de conhecimento. Desenvolve-se tanto a linha teórica quanto a apresentação de recomendações para contribuir para a solução dos problemas éticos trazidos pelo avanço tecnológico tanto da biotecnologia quanto da biomedicina. Essa sistematização permeou a construção de diversos princípios norteadores para fundamentar as discussões acerca das temáticas relacionadas à bioética, além funcionarem como sustentáculo normativo em virtude da dificuldade médica e jurídica de apresentarem respostas instantâneas às inúmeras descobertas tecnológicas. (PESSINI, 1991).

Como meio de ajudar a solucionar esses intensos dilemas éticos na área médica foi apresentado em 1974, no Belmont Report, um relatório feito pela *National Commission for the Protection of Human Subjects*, no qual se destacou três princípios básicos e norteadores da Bioética: respeito (autonomia), a beneficência e a justiça. Esse relatório promoveu uma maior disseminação do principialismo ético e como uma resposta às exigências da comunidade científica e da própria sociedade civil para se apresentar princípios éticos fundamentais que deveriam ser observados quando da realização de pesquisas científicas. (DURAND, 2003).

O respeito como princípio bioético advém do direito do indivíduo em ter suas escolhas respeitadas. Esse princípio apresenta-se em duas acepções: a primeira enquanto reflete esse respeito ao ser humano, à sua autonomia, do seu

consentimento livre e motivado e a segunda refere-se ao respeito à vida. A primeira retrata o respeito ao ser humano enquanto sujeito autônomo e da proteção daqueles que não apresentam condições de manifestar sua autonomia. (DURAND, 2003). Trata-se do corolário lógico do livre desenvolvimento da personalidade, em que se garante ao indivíduo a própria condução de sua vida e de suas escolhas.

Essa autonomia do paciente é recente, ela resulta da própria dignidade da pessoa humana, se opondo "(...) ao paternalismo médico, vigente até o século passado, e representa o reconhecimento do protagonismo do paciente na decisão e na assunção de condutas a ele pertinentes" (VILLAS-BOASS, 2005, p. 119).

Já a segunda acepção, do respeito à vida, designa a exigência de proteção da vida humana em todos os sentidos, como forma de desenvolvimento da vida da melhor forma possível. Há dois sentidos aqui: a vida humana e a vida biológica. Essa última refere-se à vida humana metabólica relacionada aos órgãos e sistemas que servem de suporte à pessoa, ao passo que, a primeira refere-se ao desenvolvimento da capacidade de consciência e das relações interpessoais do indivíduo. Assim a vida humana é a construída ao passo que a vida biológica é a vida dada. (DURAND, 2003)

Essas acepções originaram duas correntes distintas que tentam explicar o princípio do respeito à vida: o vitalismo e o humanismo. O primeiro refere-se a vida humana sagrada por si só, enquanto valor único, absoluto, tratando-se da sacralidade de preceitos religiosos. O vitalismo referenda a todos os meios e ferramentas utilizados como forma de prolongar a vida humana e alude questões tratadas pela bioética, como o aborto e a eutanásia são facilmente combatidas, pois, para essa corrente a vida vale por si só e deve ser protegida sempre, sendo intocável, indisponível e sagrada. (DURAND, 2003)

Agora, para a corrente humanista, a vida biológica refere-se apenas como suporte da vida pessoal que é a que possui valor, não se podendo proteger somente o biológico, mas sobretudo o pessoal, no qual se criam laços, mantém relações interpessoais que redundam em sua capacidade de viver plenamente. (DURAND, 2003).

Durand (2003) retrata o princípio da autonomia no Direito, na ética e na Bioética. O Direito, como delineado, a autonomia apresenta-se como autodeterminação a partir de um direito individual do indivíduo em tomar suas próprias escolhas em função dos valores e metas que ele possui. Já na ética, a partir inspiração Kantiana, o autor entende que a autonomia não advém apenas como atributo da pessoa, mas sim como um dever e uma responsabilidade de escolher o bem, o que é justo a partir da concepção de si, do outro singular e dos outros em geral.

Na bioética, a autonomia seria a junção dessas duas, de modo que o respeito ao paciente inclui o direito tanto o respeito à sua capacidade de autonomia quanto do dever de responsabilidade consigo e com os outros, pois essa base de formação ajuda o indivíduo a compreender aquilo que ele quer ser, nas escolhas do que ele considera justo e digno. (DURAND, 2003).

Já o princípio da beneficência representa o fazer o bem, mas não como mera caridade ou bondade, mas sim como um dever, uma obrigação dos profissionais da saúde para lidar com o bem-estar das pessoas. O relatório *Belmont Report* situou o objetivo da beneficência sob o seguinte sentido: não fazer o mal; aumentar ao máximo as vantagens e reduzir os inconvenientes ao mínimo. Vale dizer, esse princípio figura como o critério antigo da área médica, segundo o qual o médico deve buscar o bem do paciente, não lhe causando danos, extremando os benefícios e minimizando os riscos. Trata-se do núcleo do juramento hipocrático esse princípio em que se reconhece o valor moral do outro. (DURAND, 2003).

Esse princípio correlaciona-se com a proporcionalidade dos meios empregados, de modo que se analisa se os meios empregados levaram em consideração o estado do paciente, os custos financeiros e pessoais, de modo a verificar se os resultados serão satisfatórios ao bem-estar do paciente. Trata-se, pois, de analisar os riscos e benefícios oriundos de um tratamento, ponderando-se acerca dos resultados e se os meios empregados trarão de fato o bem-estar do paciente. (DURAND, 2003).

O princípio da Justiça referenda a garantia de uma distribuição justa, igual, imparcial e universal dos benefícios dos serviços de saúde. A inserção desse princípio pelo Relatório *Belmont* pautou-se na ideia de neutralidade na distribuição de riscos e benefícios, mas, sobretudo, para se evitar a exploração de pessoas ou grupo de pessoas consideradas mais vulneráveis em pesquisas e tratamentos. Assim, esse princípio sai da esfera de garantia individual para uma garantia coletiva. Na acepção bioética, a justiça apresenta-se também como equidade, mas, numa conceituação ampla, referenda regras e alocação de recursos, ao passo que no entendimento restrito como equidade tratará do indivíduo em si, em garantir isonomia por eventuais desequilíbrios que as normas possam provocar. (DURAND, 2003).

Contudo, importa frisar que a Bioética não se limita a esse contexto principiológico, ela fornece indicações, percursos a serem tomados nessa relação médico-paciente, apresentando os mandamentos base, mas, ao mesmo tempo, valorizando os aspectos sociais e as transformações culturais.

5. A EUTANÁSIA

A eutanásia não referenda um problema novo já que registros históricos e filosóficos evidenciam que, em algumas sociedades, em um dado período histórico, a eutanásia era considerada legal, de modo que era costumeira a prática de morte provocada em pessoas que em virtude de má formação genética ou doenças incuráveis não poderiam viver. O termo eutanásia foi primeiramente empregado por Francis Bacon, em 1623, em sua obra História *Vitae Et Vortis*, sendo esta a junção das palavras gregas *eu* e *thanatos* que respectivamente, significam “boas” e “morte”, ou seja, uma morte boa. (DINIZ, 2009, p. 359). Contudo, o termo somente passou a ser utilizado nesse sentido de boa morte a partir do século XIX (CARDOSO, 2010).

A Eutanásia surge em primeiro plano, na Grécia Antiga, a partir de estudos de grandes filósofos como Platão, Epicuro e Plínio. Na obra *República*, Platão estabelece conceitos sobre o que deveria ser feito com os enfermos, idosos e crianças que portassem algum tipo de deficiência biológica. Patrocinando desta forma, o homicídio destes, uma vez que considerava que o prolongamento da vida, só faria com que esta se tornasse mais dolorosa. (CARDOSO, 2010, p. 166).

Em *Utopia*, Thomas More, citado por Cardoso (2010) faz menção à probabilidade de os habitantes da ilha receberem auxílio no último momento de suas vidas quando estivessem com uma doença incurável. Mas o termo eutanásia com o sentido de “boa morte” surge em 1605 na obra de Francis Banco, denominada *Do progresso e da promoção dos saberes*, no sentido de *boa morte*. Já em 1620, no livro *Novo organum* Bacon afirma que a função do médico é devolver a saúde e mitigar as dores e sofrimentos, não somente quando a mitigação pode conduzir a cura, mas também para se ter uma morte tranquila e fácil. (BACON *apud* CARDOSO, 2010).

Ressalte-se que, embora haja atribuições a Francis Bacon como precursor da eutanásia, seus escritos não necessariamente afirmam essa questão, mas sim da adoção de cuidados paliativos do que a uma abreviação da vida do enfermo. Em tempos recentes, o primeiro caso da prática de eutanásia foi de Juan Zinowsky, namorado da atriz Stanislaw Uminska, que moravam em Paris. A atriz, após inúmeros pedidos de seu namorado para que ela colocasse fim na agonia sofrida em virtude das doenças cancro e tuberculose, em quinze de junho de 1924, a jovem Stanislaw atirou em Juan. O tribunal Francês considerou que, após insistentes pedidos da vítima, a atriz havia praticado um homicídio caridoso (por piedade) e absolveu a jovem (ASÚA *apud* CARDOSO, 2010)

São inúmeros os debates acerca das discussões sobre a eutanásia. A Holanda foi o primeiro país a se discutir sobre o tema na década de 1970, tendo a temática se espalhado para vários países com a despenalização da prática em alguns locais. (CARDOSO, 2010). O ordenamento jurídico brasileiro não permite a eutanásia tanto na esfera constitucional como na esfera penal. Nessa última, caso a prática da eutanásia se conclua, ela é tratada como crime homicídio. No Código de Ética da Enfermagem há uma previsão expressa, "Art. 29. É proibido promover a eutanásia ou participar em prática destinada a morte do cliente. Penalidade: Multa, suspensão e cassação do COREN". (CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, 2017).

A eutanásia, também denominada de "boa morte" apresenta-se como uma conduta pela qual o paciente em estado terminal ou portador de enfermidades incuráveis que estejam em sofrimento constante tenha uma morte rápida e sem dor. Trata-se de uma conduta praticada pelo médico ou outro profissional da saúde a pedido do paciente ou de seu representante legal. Além desses pacientes, outros pacientes escolhem o caminho da eutanásia, indivíduos incapacitados fisicamente ou por doenças como esclerose múltipla, vítimas de acidente como tetraplégicos ou pessoas com dores crônicas ou vítimas com demência.

A eutanásia pode ser ativa e passiva a depender do modo de atuação do agente. Essa classificação remete ao meio de execução empregado pelo indivíduo para chegar no resultado esperado, podendo ser uma conduta positiva comissiva ou negativa-omissiva. Como forma de exemplificar, ela será passiva quando o agente aplicar uma injeção letal ou promover o desligamento de aparelhos que não foi constatada a morte encefálica ou quando o profissional da saúde decide não entubar, essa ação omitiva resulta na eutanásia passiva. (COSTA, 2016).

Embora alguns doutrinadores tratem como sinônimos a eutanásia passiva e a ortotanásia, há uma distinção entre elas. A ortotanásia refere-se a morte no tempo correto, aplicando-se apenas tratamentos paliativos para prolongamento da vida, o que não interfere no resultado final morte. Trata-se do não prolongamento da vida artificial, de uma morte mais humanizada. O paciente já está no processo natural da morte em curso e há uma interferência do médico apenas para garantir dignidade na morte. " (VILAS BOAS,2005).

Na ortotanásia não "se trata de omitir ou suspender medidas que se revelam desproporcionais, de forma que sua introdução ou continuidade somente constituiriam obstinação terapêutica" (VILAS BOAS, 2005, p. 24). Aqui não há

prolongamento da vida do paciente por meios artificiais, sobretudo quando isso não adveio de vontade do próprio doente. A ortotanásia constitui uma conduta atípica na legislação penal brasileira, pois ela não causa a morte do paciente, inclusive ela possui tipificação no Conselho Federal de Medicina:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

Diferentemente da ortotanásia, a eutanásia ativa ou passiva é tratada como homicídio na legislação brasileira, dependendo do motivo do agente poderá ser homicídio simples ou homicídio culposo, art. 21 do Código Penal (BRASIL, 2020) e também é condutada vedada aos médicos nos termos do *caput* do artigo 41 do Código de Ética Médica acima transcrito. (BRASIL, 2017).

A distanásia pauta-se no prolongamento da vida do paciente. Trata-se do emprego de todos os meios terapêuticos ministrados ao paciente que tenha doença terminal com o fim de prolongar-lhe a vida. Contudo, não se pode afirmar que esses meios possuam eficácia ou possam implicar em reversibilidade do quadro clínico do paciente, já que esses tratamentos podem não surtir efeitos médicos consideráveis e submete o paciente a um tratamento doloroso e resultar em um tratamento inútil (DODGE, 2008).

Em relação à intenção do agente, a eutanásia poderá ser direta ou indireta. No primeiro caso, o agente causa a morte diretamente, já no segundo ele apenas alivia a dor e o sofrimento do paciente, que pode ou não resultar em abreviamento do seu tempo de vida. A eutanásia indireta ou de duplo efeito é muito comum em pacientes terminais, os quais sofrem dores fortíssimas, somente controladas por analgésicos e sedativos. (VILAS BOAS, 2005). A eutanásia direta é considerada como homicídio, já a indireta é tratada ora como conduta atípica, ora como dolo eventual e ora como culpa consciente. Isso porque não há intenção do paciente em provocar a morte, mas tão somente em aliviar suas dores e sofrimentos, ainda que o resultado morte seja antecipado. (COSTA, 2016).

A eutanásia é analisada ainda a partir da vontade do paciente: eutanásia voluntária e a eutanásia involuntária. Será voluntária a eutanásia que quando o

paciente for capaz e decidir de forma expressa que sejam praticados os atos que o levem ao óbito. Agora, quando o paciente for incapaz, e essa manifestação for realizada por um terceiro aí opera-se a eutanásia involuntária. Contudo, se o ato for realizado contra a vontade do paciente, segundo alguns autores não seria hipótese de eutanásia e sim de homicídio. (COSTA, 2016).

A eutanásia pode ser vislumbrada também a partir da finalidade do agente, sendo chamada de libertadora, eliminadora e econômica. Essa classificação foi proposta por Luis Jiménez de Asúa em sua obra *Libertad de Amar y Derecho a Morir*. A eutanásia libertadora, também chamada de terapêutica, seria aquela que libertaria o paciente de um sofrimento insuportável na hipótese de não ter mais chances de melhora. Já a eutanásia eliminadora ou eugênica, parte do pressuposto que seres humanos portadores de anomalias e/ou doenças contagiosas não merecem viver por serem considerados inferiores. (ASUA *apud* OTERO, 2016). Essa situação não remete sequer ao termo eutanásia, sobretudo, porque a obra foi criada em 1940 em um contexto anterior à Segunda Guerra, a qual guardava argumentos similares para promover o holocausto e a barbárie.

Já a eutanásia econômica seria aquela em que a manutenção da vida da pessoa gera gastos econômicos e conseqüentemente uma carga social negativa. (COSTA, 2016). Trata-se da mercantilização da vida, das quais seriam vítimas pessoas vulneráveis e/ou de baixo poder aquisitivo. Note-se que tanto a eutanásia eliminadora quanto a voluntária apresentam práticas absurdas que não resguardam nenhum princípio bioético e tampouco respeita a dignidade da pessoa humana.

Na eutanásia, a morte do paciente é causada em virtude da ação de um terceiro, mas quando ela é provocada pelo próprio paciente ela é designada como suicídio assistido. Nessa situação o terceiro apenas auxilia o paciente entregando-lhe, por exemplo, medicamentos ou injeções letais. Essa conduta possui previsão legal no artigo 122 do Código Penal (BRASIL, 2020). Observe que na eutanásia existe uma conduta ou omissão do agente ao passo que no suicídio ela decorre da ação do próprio paciente, restringindo o ato do terceiro em orientar, auxiliar ou apenas observar.

6. O DIREITO À MORTE DIGNA: A COLISÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA COM OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA

O próprio termo eutanásia referenda ao significado da chamada boa morte cuja ação ou omissão tem por natureza e intenção o resultado morte sem sofrimento. Atualmente, o termo indica essa conduta humana voltada a eliminar o sofrimento e a

dor de pessoas para quem a vida perdeu o sentido, tratando-se, pois, de um gesto de compaixão. Sob o viés médico, a eutanásia é entendida como a ação terapêutica que incide no encurtamento intencional da vida do paciente, ao passo que o social representa um interesse do Estado em intervir sobre os direitos fundamentais da pessoa, não lhe permitindo o direito a uma morte digna.

Por certo que a morte constitui a única certeza que o ser humano possui. A problemática da morte na contemporaneidade pauta-se nos caminhos que a sociedade e os governos buscam para evitá-la a todo custo do que enfrentá-la de forma séria e sob o paradigma da dignidade da pessoa humana. Muitas vezes o prolongamento da vida que se propõe a determinados pacientes, representa, na verdade, uma procrastinação da morte e do sofrimento dela decorrente:

Esses dois desejos parecem incompreensíveis se tentamos entendê-los como reflexos das opiniões das pessoas sobre a relativa adversidade de experiências futuras, pois não faz sentido perguntar se é pior estar permanentemente inconsciente, em estado total de demência ou morto. Devemos, antes, nos perguntar sobre o significado *retrospectivo* da morte ou da diminuição da vida, sobre o modo como a derradeira etapa da vida afeta seu caráter geral. Compreendemos como uma vida pode ser mais agradável, saborosa ou cheia de realizações do que outra. Mas a sugestão de que um período de inconsciência ou demência antes da morte pode tornar essa vida pior, em termos gerais, do que se a morte tivesse ocorrido antes, introduz um tipo bem diferente de critério para se avaliar a vida; esta é avaliada não apenas em termos do cômputo geral de prazer, desfrute ou realizações, mas em termos mais estruturais, como quando julgamos uma obra literária, por exemplo, cujo final adverso compromete tudo o que veio antes. (DWORKIN, 2003, p. 36).

O processo inerente à morte introjeta um simbolismo triste, melancólico. E se esse processo ocorrer em ambiente hospitalar, ele se torna ainda mais frio e solitário gerando uma série de questionamentos acerca do direito do viver e, sobretudo, do direito de morrer. Trata-se de uma relação dicotômica que perpassa sob o viés do físico do indivíduo. Afinal, de quem é o corpo? Do interessado, dos seus familiares, de um Deus que nos confiou, de uma natureza que o quer inviolável, de um poder social que

se apossa dele de diversas formas, de um médico ou de juiz que determina seu destino? (RODOTÁ, 2010, p. 93).

Por certo que a corporeidade humana constitui uma dimensão essencial para a determinação da pessoa, pois a vivência humana contextualiza-se na própria perspectiva sociopolítica e jurídica que caracteriza o corpo a partir das representações sociais. A integração do indivíduo com o seu meio natural se dá por meio de seu corpo, pois ele constitui o “[...] veículo do ser no mundo, e ter um corpo é, para um ser vivo, juntar-se a um meio definido” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 121-122). O corpo representa, pois, o instrumento por meio do qual a pessoa se relaciona com outras pessoas e com o universo.

A percepção da corporeidade permite aos indivíduos compreenderem a si próprios e aos outros por meio de experiências empíricas e das relações intersubjetivas criadas na sociedade. Com isso, prepondera uma concepção de que o corpo pertence à própria pessoa e é ela quem deve dar a ele a melhor destinação, aquilo que bem lhe aprover a partir daquilo que lhe realiza como pessoa para, dessa forma, retratar a autonomia corporal dentro da perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade.

Pensar no corpo significa garantir a autonomia de seu titular. Só por meio do controle do corpo, da autodeterminação corporal e que se poderá discutir a liberdade do indivíduo a despeito de sua própria vida. Daí advém alguns questionamentos tão singulares inerentes à eutanásia: Se pessoa humana possui direito fundamental à vida porque exercê-la sem dignidade? Por que para a população é tão difícil morrer e deixar morrer? Por que uma pessoa deseja manter-se viva artificialmente somente pela ajuda de aparelhos? Qual a razão do Estado em obrigar o indivíduo a manter-se vivo, quando, por escolha própria, seu objetivo é morte, por não considerá-la mais uma vida digna? Por que algumas pessoas gostariam de permanecer biologicamente vivas enquanto isso for possível e por que outras optam pelo caminho contrário, preferindo abreviar o sofrimento vivido?

Esses questionamentos apresentam questões antigas que se renovam sem cessar no transcurso da humanidade. Há a convergência de diversos fatores sociais, políticos e econômicos que estipulam e mudam os paradigmas a partir de novos contextos. A passagem do século XIX para o século XX concebeu um novo formato acerca das concepções sobre a pessoa humana. Idealizou-se a figura do corpo sujeito,

numa unidade indissociável entre o físico e o psíquico, que exige um espaço de liberdade. (STANCIOLI, 2010).

A pessoa humana tornou-se o fundamento de proteção jurídica desde a metade do século passado, após as grandes atrocidades promovidas pelas Guerras Mundiais. Começou-se a debater o sujeito sob a perspectiva de seu corpo, sobre as formas de tutela, a qual pautou-se na autonomia existencial. Enquanto instrumento de liberdade que incide nas situações jurídicas subjetivas estabelecidas no âmbito extrapatrimonial da pessoa, a autonomia existencial refere-se às decisões pessoais, um espaço para exercício autodeterminação ou obediência a seus próprios preceitos.

Na autonomia existencial a possibilidade de escolha precisa ser assegurada pela lei, seu conteúdo é que deve ser escolhido pelo indivíduo. Seria um “espaço vazio” que a norma deve garantir para que possa vir a ser preenchido individualmente pela pessoa. (BODIN DE MORAES, 2010). Esse espaço vazio deveria ser preenchido no contexto da Legística, uma teoria que funciona como um paradigma complementar à teoria do direito cujo objetivo pauta-se na formulação de princípios próprios e norteadores para a legislação, permitindo a compreensão do sistema jurídico do ponto de vista do legislador, considerando a existência de um dever constitucional de fazer as melhores regras possíveis. (WINTGENS *apud* SANTOS, 2011)

Assim, a sistematização e otimização do método de criação das normas deveria advir de uma sistemática em que há a participação dos envolvidos, os quais serão atingidos direta ou indiretamente, em um processo democrático e dialético, além da alteridade que representa um mandamento norteador na elaboração de normas que tratam sobre a temática do momento de escolha da própria morte. Essa dialética exige o respeito à autonomia privada do indivíduo, a qual constitui a expressão máxima da liberdade e um mecanismo de materialização da dignidade da pessoa humana.

Como forma de atingir esse objetivo, a autonomia compõe-se na regulação dos interesses das pessoas e/ou na realização existencial da pessoa por meio de escolhas próprias sobre o seu projeto de vida individual. A imposição de restrições ou condicionantes a essa liberdade individual por meio de intervenções estatais apresenta uma grande emblemática, pois a escolha do direito de viver ou não sob determinadas circunstâncias competem exclusivamente ao indivíduo. Ele conhece seus dilemas, seus medos, seus anseios e a forma como deseja viver. Se ele não enxerga dignidade na vida diante de doenças terminais ou pela tetraplégica não se justifica obrigá-lo a levar uma vida indigna.

O livro *Escafandro e a Borboleta* pauta-se numa obra não ficcional, escrito por Jean-Dominique Bauby, que, após sofrer um acidente vascular cerebral, permaneceu em coma e acordou com a chamada *locked-in syndrome*, vale dizer, ele tinha

consciência de tudo o que ocorreria ao seu redor, encontrando-se preso em seu corpo. A única forma de comunicação era pelo seu olho esquerdo. Em diversas passagens da obra, o personagem alega sentir-se preso em um escafandro apenas observando a vida, sem dela fazer parte. A borboleta significaria a possibilidade de mudança, de ressignificação do mundo, entre borboletas e o escafandro, o personagem alarma os limites e as entrelinhas entre a vida e a morte (COSTA, 2016).

Também no filme *Me before You* ("Como eu era antes de Você") de direção de Thea Sharrock, observa-se também essa temática. Embora haja toda uma romantização do filme, o personagem Will, interpretado por Sam Claflin levava uma vida repleta de conquistas, viagens e esportes radicais até ser atingido por uma moto e ficar tetraplégico. Com isso, ele perde sua alegria e torna-se depressivo e extremamente cínico. Lousa, personagem de Emilia Clarke, é contratada para cuidar dele. E ali, envolvendo-se com o personagem de Will, o roteiro vai indicando as dores, o sofrimento de Will para realizar o tratamento, a sua baixa imunidade e aquisição de viroses. (SHARROC, 2016). Enfim, evidencia-se toda a sistemática de dores e sofrimento, obviamente romantizados e simplificados, já que o personagem é rico e dispõe de recursos financeiros para tal fim. No fim, após o período que ele combinou com os pais, ele realiza a eutanásia. Muito embora o filme não demonstre o procedimento tudo indicar que ele realizou o procedimento já que como suicídio assistido não seria possível diante da sua tetraplegia.

No primeiro caso, o personagem literário embora estivesse em seu escafandro, buscou o voar das borboletas como forma de vida e tinha prazer em viver e seguir em frente. Ele sentia muito amor e prazer. Sua autodeterminação pautava-se em escolher viver, mesmo apesar de tantos infortúnios. Já para o personagem fílmico, ocorria o revés. Para ele a vida perdeu o sentido, as dores e os sofrimentos, mesmo com o amor da família e de outra personagem ele simplesmente não queria mais viver, por decisão própria e porquê não dizer amor-próprio. Duas realidades próximas com resultados antagônicos. E quem pode dizer para qualquer um fazer outra escolha? Não é possível, cada um tem sua própria vontade e sua autonomia em decidir os rumos da própria vida.

Como reflexo disso, a criminalização dos resultados da escolha pela morte nos momentos finais da vida pelo ordenamento jurídico acaba por expor as pessoas a situações limítrofes, não havendo mais chance de cura ou melhora nos diagnósticos acaba por impor a essas pessoas um sistema fechado e opressor. Não garantir a eles uma morte digna, uma autonomia na escolha de vida ou morte no momento final da sua vida acaba por impor-lhes um sofrimento e tristeza ainda maiores por não

realizarem aquilo que planejaram como bem ideal de vida, aquilo que de fatos os faz feliz.

Tudo isso perpassa pela autonomia do indivíduo, na sua capacidade de aprender e ordenar conceitualmente seu mundo, suas interações e deliberar a forma como ele pretende seguir sua vida. Ora, se o corpo pertence ao indivíduo e não ao Estado que tenta de mil maneiras padronizá-lo sob patamares éticos e morais para uma sociedade com ditames sociais extremados, não há razão para não conceber ao indivíduo autonomia sobre suas próprias decisões e a liberdade de escolher como quer viver ou morrer.

A questão é que, apesar de o Estado não legitimar as Intervenções médicas, feitas sem o consentimento do paciente - que tanto diminuem seu tempo de vida ou chegam no resultado morte - são praticadas em hospitais, independentemente da permissão legislativa e nos países em que essas intervenções são permitidas, em que há despenalização ou descriminalização o número é bem menor. (BAIGES *apud* OTERO, 2016).

Sob essa perspectiva, tem-se que a regulamentação do processo de morrer com a descriminalização ou despenalização da eutanásia e do suicídio assistido corresponde a garantia do direito de autonomia privada do indivíduo, da sua liberdade em escolher a forma pela qual quer conduzir sua vida e, sobretudo, tutela a sua dignidade. Obviamente essa questão deve ser regulamentada a partir de uma perspectiva plural e democrática, inibindo-se os excessos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre a eutanásia e sua conformação a partir da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada no Estado Democrático de Direito brasileiro representa uma temática recorrente na contemporaneidade. Os limites da vida impõem a compreensão de que a escolha da forma de viver e morrer representa uma liberdade do indivíduo, sua autodeterminação em escolher a maneira pela qual deseja vivenciar seus momentos últimos.

Para tanto, torna-se preciso desconstruir o sistema fechado que se vivencia cotidianamente para compreender a extensão da morte e o propósito de viver de cada indivíduo, pois esse direito representa a sua dignidade, o valor intrínseco de sua pessoa enquanto fim em si mesmo, na sua capacidade em realizar suas escolhas existenciais, as quais carecem de um diálogo intersetorial, uma abertura política e jurídica que promova o ideal de vida boa e digna de cada pessoa humana.

Essas concepções apresentam contornos absolutamente pessoais, devendo o indivíduo, por meio de sua autodeterminação, decidir os rumos de sua existência, da forma como quer viver e morrer. Essa possibilidade de escolher os momentos derradeiros não pode ficar aquém do Direito, sobretudo diante do fato de que o Estado Democrático tem como mandamento máximo a dignidade. Nos casos analisados, tem-se duas situações antagônicas que devem ser respeitadas. O primeiro do livro *Entre Escafandros e Borboletas*, o personagem Jean conseguiu manter-se vivo, feliz, ainda que imóvel em uma cama ao passo que o personagem Will do filme *Me before You* fez a escolha pela eutanásia já que a vida não lhe fazia mais sentido. São escolhas diferentes que evidenciam que não há harmonia no conceito de viver e morrer, trata-se de uma escolha pessoal do indivíduo.

A compreensão dessas situações dicotômicas somente se opera pelo respeito à dignidade do ser humano em formar raízes na alteridade e na empatia. Torna-se necessário sair da esfera do seu eu para ir além da situação posta pelo outro, para se ter empatia e compreender e respeitar suas escolhas do outro. Logo, a autonomia privada referenda-se como regra máxima para garantir o direito à morte digna. Não mais se pode tratar a morte como algo censurado com extremo pudor, ela deve ser analisada sob as perspectivas dos direitos humanos, não se podendo permitir que influências religiosas ditem as regras em um Estado denominado laico. Sob um raciocínio lógico, a religião é algo subjetivo do indivíduo devendo ele se submeter às suas crenças não podendo impor aos outros valores e costumes que são seus advindos de sua própria autonomia em escolher o próprio credo.

Ademais, o bem jurídico vida e morte representam muito mais que um bem, sendo preciso reestruturar a ideia de vida a partir da vida construída destinando a cada qual as escolhas e as renúncias que deseja fazer, permitindo o indivíduo de escolher os rumos de sua vida e de sua morte. Sob essa perspectiva faz-se necessária a descriminalização e despenalização da eutanásia como forma de se garantir o respeito pelo ser humano como sujeito autônomo, capaz e responsável, razão pelas quais suas escolhas devem ser tidas como válidas e legítimas por corresponderem ao que o indivíduo considera justo e necessário a sua existência.

REFERÊNCIAS

ASFOR, Ana Paula. Do início da personalidade civil. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 18, n. 3629, jun. 2013. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/24650>>. Acesso em: 9 maio. 2018.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, Biodireito e direitos humanos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 383-423, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. *In*: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 183-206.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 01 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, **Diário Oficial da União**, Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 01 jun. 2021.

CARDOSO, **Juraciara Vieira. Eutanásia, distanásia e ortotanásia, O tempo certo da morte digna**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2010.

COSTA, Fernanda Otero. Eutanásia e suicídio assistido: o direito entre o escafandro e a borboleta. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. 2011. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASJGXT/1/disserta_o_fernanda_otero_eutanasia_e_suicidio_assistido_o_direito_entre_o_escafandro_e_a_borboleta.pdf Acesso em 01 jun. 2021

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 359

DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Eutanásia: Aspectos Jurídicos**. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v7/eutaspectos.htm>>. 01 jun. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. Resolução COFEN n. 564, de 06 de dezembro de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html. Acesso em 01 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2217, de 27 de SETEMBRO DE 2018. Aprova o Códigode Ética Médica. **Diário Oficial da União**, de 24 set. 2018. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp>. Acesso em: 01 jun. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: vol.1: Teoria geral do direito civil. Saraiva, 2014.

DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**: história, conceitos e instrumentos. Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2003.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba:Juruá, 2006.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Jus Podvm, 2016.

ME BEFORE YOU. Direção Teha Sharroc. Música composta por Craig Armstrong. Data de lançamento: 16 de unho de 2016. gênero drama romântico. Disponível em: <https://www.adorocinema.com/filmes/filme-230327/> Acesso em 07 jun. 2021.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Trad. Carlos Alberto R. Moura. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NACÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 20 ma. 2021.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de Bioética**. São Paulo: Loyola, 1991.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

RODOTÀ, Stefano. **La vida y las reglas**: entre el derecho y el no derecho. Madri: Trotta, 2010.

SANTOS, Letícia Camilo dos. **Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência:** o diálogo das fontes do direito. Belo Horizonte 2011. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. 2011. Disponível em

<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQGVU/disserta_o_let_cia_camilo_dos_santos.pdf?sequence=1> Acesso em 07 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos limites da vida:** aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Teresa Cristina de. Os direitos fundamentais e a evolução dos modelos de Estado. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43886&seo=1>>. Acesso em: 06 maio 2018

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade:** ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial:** aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

CÁSSIO JOSÉ CONSTÂNCIO DE ARAÚJO:
bacharelado em Direito pela Universidade
Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade discorrer sobre a judicialização da saúde, consistente no acionamento do Judiciário para a resolução de questões envolvendo a tutela da saúde, especialmente no que se refere ao fornecimento de medicamentos. O Brasil reconhece o acesso a medicamentos como parte do direito à saúde e adota políticas públicas para propiciar sua garantia, porém estas são insuficientes. Dentro desse contexto, surge o conflito entre o Mínimo Existencial, visto como os indivíduos em busca da concretização de direitos fundamentais à sobrevivência, como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana e também o direito à saúde, e de outro lado a Reserva do Possível, tendo em vista que os recursos à disposição do Estado são limitados. A fim de viabilizar a tutela à saúde, a solução recai sobre o magistrado, que ao analisar o caso concreto, diante da omissão estatal, deve fazer prevalecer a proteção do núcleo essencial do direito fundamental à saúde, não sendo cabível o argumento estatal de insuficiência de recursos dos cofres públicos, uma vez que o mínimo existencial é incompatível com qualquer limitação. Diante dessa problemática, ao Judiciário cabe a utilização de critérios para que seja adotada a melhor solução de forma a harmonizar o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível, como o uso da regra da proporcionalidade.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. DIREITO À SAÚDE; 2. MÍNIMO EXISTENCIAL; 3. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL; 4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho dedica-se à análise da judicialização da saúde, especificamente na questão do fornecimento de medicamentos, podendo este fenômeno ser entendido como à busca do Judiciário como a última alternativa para alcançar demandas de assistência em saúde.

Sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, a Constituição Federal de 1988 possibilitou uma completa transformação social, política e jurídica, em que se busca a eficácia da Constituição, servindo como ferramenta para a implementação de um Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, a CF/88, ao preconizar a saúde como direito social, estabelece o compromisso de garantir esse direito por meio das políticas públicas sociais e econômicas. Nesse contexto, o Estado fica incumbido, através de prestações materiais positivas, de garantir o Mínimo Existencial aos indivíduos, ou seja as condições mínimas de existência humana digna.

Apesar do texto constitucional ter consagrado o acesso universal à saúde, é notória atualmente a intensificação desse impasse suportado pela população, em especial no que se refere aos medicamentos necessários à assistência integral à saúde. Dessa forma, a sociedade cada vez mais lança mão das demandas judiciais, acionando o Poder Judiciário, visando a reivindicação de um direito que não está sendo disponibilizado.

Em verdade, o excesso de judicialização da saúde tem afetado a concretização de políticas públicas, visto que, à luz da Teoria da Reserva do Possível, o Estado se vê limitado quanto à recursos suficientes para a concretização dos direitos sociais, e também restrito no sentido da razoabilidade da pretensão deduzida.

A importância do presente trabalho fundamenta-se pelo fato de que, em demandas prestacionais relacionadas à medicamentos, as decisões judiciais são favoráveis a poucas pessoas, e por mais significativos que sejam seus problemas, embaraçam o orçamento total reservado a milhões de pessoas que necessitam do Sistema Único de Saúde (SUS).

A metodologia utilizada neste artigo foi fundamentada em pesquisa bibliográfica, mormente na análise jurisprudencial. Além disso, este trabalho alicerçou-se em textos de doutrina especializada, em especial, livros e artigos científicos, e textos normativos legais e constitucionais.

De início, o trabalho preocupa-se em discorrer sobre o direito à saúde, como uma norma-regra garantida por meio da supremacia da Constituição dentre os demais direitos sociais.

Posteriormente, no segundo capítulo, depreende-se a magnitude do Mínimo Existencial, porquanto relacionado diretamente à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, assentado no art. artigo 1º, III, da CF/88. Também é dado enfoque às políticas públicas, apresentadas como ações

governamentais na tentativa de efetivação e implementação do direito fundamental à saúde.

No terceiro capítulo, a pesquisa é feita relativamente a Teoria da Reserva do Possível, tendo em vista que, não obstante as prestações do Poder Público possuírem o condão de diminuir as desigualdades sociais, dependem de uma situação econômica que possibilite a sua efetivação.

Ao final, a pesquisa explica o fenômeno da Judicialização da saúde, suas implicações a sua relevância na tutela do direito à saúde, tendo em vista que este se depara, de um lado, com o Mínimo Existencial, e de outro, com a Reserva do Possível, por meio pela disponibilidade de recursos existentes, e até mesmo pela própria estrutura organizacional da Administração Pública.

1. DIREITO À SAÚDE

O art. 6º da Constituição da República de 1988 elenca, dentre os direitos sociais, a saúde. Trata-se de direito de todos e dever do Estado, assegurada mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, CF/88).

Conforme preconizado na Constituição Federal de 1988, especificamente no art. 197, as ações e serviços de saúde são institutos de grande relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Os direitos sociais, nestes incluso o direito à saúde, são direitos de segunda dimensão, ou seja, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida.

Relevante lição acerca dos direitos de segunda dimensão:

Caracterizam-se por outorgar ao indivíduo Direito a prestações sociais por parte do Estado revelando importante mudança no que diz com eficácia das liberdades constitucionais, que agora deixam o plano formal abstrato e passam para o material concreto. Os Direitos de segunda geração abrangem os Direitos à Assistência Social, à Educação, à Saúde, à Segurança, ao

Trabalho dentre outros. Além desses Direitos de cunho positivo, também são contempladas as denominadas 'liberdades sociais', de que são exemplos as liberdades de sindicalização e o Direito de Greve (SARLET, 2002, p. 48).

José Afonso da Silva (2012, p.183) afirma que "os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto". Por possuir caráter de direito fundamental, o direito à saúde tem aplicação imediata.

Tal como direito social, a doutrina nacional entende que possui duas vertentes, a primeira de natureza negativa, em que o Estado ou o particular devem abster-se de praticar os atos que prejudiquem terceiros, e a outra vertente se traduz no fomento ao Estado prestacionista para implementar o direito social em questão.

No Brasil, a Lei Federal 8.080/1990 estabeleceu em toda extensão do território nacional as ações e serviços de saúde, preconiza que a saúde é um direito fundamental do ser humano e devendo ao Estado, prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Instituiu assim, o Sistema único de Saúde (SUS), incluindo no campo de atuação a assistência farmacêutica do usuário.

O acesso universal e igualitário aos serviços de saúde está exposto na legislação pátria como política pública fundamental, porém por vezes há ineficiência ou ausência de políticas públicas que atendam às demandas do setor. Sendo assim, faz-se necessário a implementação de políticas públicas eficientes, com adoção de metas e planos para efetivar o bem-estar da população.

2. MÍNIMO EXISTENCIAL

É possível definir Mínimo Existencial como as "condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado" (BARROSO, 2015, p. 214).

TORRES (2009) esclarece que tal instituto fundamenta-se na abstração de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, inclusive na Declaração dos Direitos dos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão, não possuindo dicção constitucional própria, consoante art. 25 da Declaração de 1948:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência

médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários [...] (ONU, 1948).

É notório o fato de que carências humanas são imensuráveis e os recursos financeiros para atendê-las são deficientes e escassos.

Dentro dos parâmetros consubstanciados pelo Mínimo Existencial, nem a questão financeira, nem tampouco a orçamentária devem ser óbices intransponíveis ao efetivo cumprimento dos deveres constitucionais, em especial aqueles referentes à igualdade de condições.

É através do núcleo intangível dos direitos fundamentais, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se busca a concretização do mínimo existencial. À vista disso, o mínimo existencial também é Direito Fundamental, submetido aos preceitos constitucionais, sendo irrelevante a existência de lei para sua obtenção.

Sobre a dignidade da pessoa humana, mister se faz asseverar:

É a 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, 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 existenciais mínimas para uma vida saudável (SARLET, 2002, p. 60).

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente ligado ao mínimo existencial. Além da conexão com a dignidade humana, há no Mínimo Existencial uma conexão com o próprio Estado Democrático de Direito, na responsabilidade que este deve ter pela efetivação do conceito de justiça social (HÄBERLE, 2003).

Diante da interpretação social dos direitos fundamentais, há um horizonte de desempenho progressivo, que indica não apenas a ideia de mínimo de bem estar social, mas de máximo. Apesar disso, "trata-se de um máximo possível, à luz das riquezas do país em questão e do comprometimento do governo/sociedade em realizá-lo" (CLÈVE, 2006, p. 239-252).

Todos, indistintamente, fazem jus à esse direito:

Sem o mínimo necessário a existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da

liberdade. A dignidade e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados (TORRES, 2009, p. 35).

À vista disso, surge a ideia de garantir a todo indivíduo uma “segurança básica, por meio da tutela de sua integridade física e psíquica em todas as suas dimensões, oferecendo-lhe assistência social”, e com isso, possibilitando que cada ser humano possa viver sua vida de forma digna, autodeterminada e livre (GOSEPATH, 2013, p. 79-80).

Em verdade, como já asseverado, a saúde, bem como outros direitos sociais, necessitam de ações positivas do Estado, visto que se apresentam em constante crescimento de demanda. Para a efetivação do direito à saúde, é essencial que haja previsão orçamentária e disponibilidade financeira para consumação de políticas públicas.

A título de esclarecimento, políticas públicas são “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados” (OLIVEIRA, 2006, p; 251).

Em relação à realização das políticas públicas, primeiramente é atribuído ao Poder Legislativo a criação das leis, balizando as ações e as metas a serem alcançadas, também aprovando o orçamento disponível para cada esfera de governo. Em seguida, após possuir aparato legislativo, é função do Poder Executivo complementar as ações definidas em lei, procurando instrumentos para a concretização das políticas públicas, dentre eles o orçamento público.

Não há como refutar que a efetivação dos direitos sociais acarretam um custo para Estado. Mas isto não significa que este pode se escusar do dever de possibilitar ao cidadão ter acesso a saúde.

Não obstante todo respaldo jurídico, ainda é manifesto o desrespeito à concretização do direito à saúde. De fato, é necessário que haja uma solidariedade e colaboração entre todos os entes e todos os poderes para que realmente se implemente essas políticas públicas.

No que se refere ao direito de fornecimento de medicamentos, é entendimento consolidado da corte suprema nacional:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente pragmático atribuído ao

art. 196 da CF, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários a saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, DF e Municípios (Tema 793). (STF – ARE 1268310 SP 1000938-55.2019.8.26.0246, Relator ROSA WEBER, Data de Julgamento 16/06/2020, Data de Publicação 24/06/2020).

A limitação financeira do Estado é uma obstrução intransponível que impede a concretização das normas programáticas elencadas na Constituição.

Dessa forma, partindo do pressuposto de que as demandas sociais são infinitas e os recursos finitos, se não houver planejamento e comprometimento dos gestores públicos, não será alcançada solução que garanta o mínimo existencial aos cidadãos.

Esclarece o Ministro Celso de Mello no informativo 582, do STF:

A omissão do Estado qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Em um Estado Democrático de Direito, veda-se a relativização do mínimo existencial. À luz do princípio da eficiência e proibição do retrocesso social, os recursos são de todos e devem ser distribuídos de maneira a garantir uma equidade na realização dos objetivos estabelecidos constitucionalmente (BATISTA JUNIOR, 2012).

3. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Relaciona-se com a menor quantidade de recursos do que com as demandas, ou seja, a falta de recurso econômico que inviabiliza a efetivação de determinada coisa. Simboliza justamente as restrições orçamentárias do Estado que prejudicam ou impedem a aplicação dos direitos sociais:

O conceito de “reserva do possível” também é proveniente do direito alemão, impondo que direitos subjetivos a prestações materiais pelo Estado estão sujeitos à disponibilidade dos seus recursos. Daí a tendência de negar ao Poder Judiciário a análise de direitos fundamentais sociais, uma vez que a efetivação de tais

direitos depende sempre da disponibilidade orçamentária (REISSINGER, 2008, p. 62).

Conforme o parâmetro da Reserva do Possível, os direitos sociais, bem como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser entendidos como se tivessem conteúdo absoluto e aplicável a todos os casos de um modo definitivo, mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto (ALEXY, 2001).

Deveras, na realidade trata-se de excepcional escudo estatal contra a efetividade dos direitos fundamentais à prestação positiva, pois nada poderia ser feito, “ainda que houvesse vontade política, face à escassez de recursos” (OLSEN, 2006, p. 222).

“Nem a Reserva do Possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações” (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 540). Caso contrário, a Reserva do Possível representaria um limitador à efetividade dos direitos fundamentais e sociais.

No que tange ao direito à saúde, não é legítima a invocação da reserva do financeiramente possível para explicar desnecessária mora relativamente à implementação de políticas públicas constitucionalmente definidas.

À vista disso, o Estado não pode eximir-se da efetivação de suas obrigações constitucionais, conforme entendimento do STJ no julgado a seguir:

2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.
3. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente público, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal (STJ – AgRg no REsp: 1136549 RS 2009/0076691-2, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 08/06/2010, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação DJe 21/06/2010).

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, não deve ser acolhida a alegação genérica e abstrata da Reserva do Possível como matéria de defesa, quando o ente

público não produz provas que demonstrem especificamente a inexistência de recursos para concretizar a política pública de prestação adequada.

É entendimento do STJ que a consumação dos Direitos Fundamentais não é eleição do governante, não pode ser vista como questão que depende unicamente de vontade política. Os direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador (REsp 1185474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 20/04/2010, DJE 29/04/2010).

Em suma, a Reserva do Possível não pode ser arguida diante da concretização do Mínimo Existencial, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador.

As prestações do Estado a atender os direitos sociais devem estar afinadas com a capacidade orçamentária do mesmo, ou seja, com os recursos de que dispõe para as prestações positivas a fim de promover o bem estar social, tudo dentro de uma proporcional discricionariedade da Administração Pública. Caso não alcançado o bem estar social, faz-se necessário que o Judiciário desempenhe papel de órgão controlador da atividade administrativa.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Notório é o fato que não se compreende, ordinariamente, nas atribuições institucionais do Poder Judiciário, a aptidão de concretizar p políticas públicas. Esse encargo, entretanto, é outorgado ao Poder Judiciário, no momento em que o Legislativo e Executivo, por violarem os deveres político-jurídicos que sobre eles recaem, acabarem por prejudicar, com tal conduta, “a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (STF, ADPF 45, DJU 04.05.2004, Relator Min. Relator Celso de Mello, julgada em 29.04.2004).

A judicialização possui motivos múltiplos. Ocorre que, com a redemocratização do Brasil, o sentimento de cidadania engrandeceu-se, proporcionando elevado nível de informação e de consciência de direitos de diversas parcelas da população, que perseguiram a tutela de seus interesses perante juízes e tribunais (BARROSO, 2009).

A título de esclarecimento, frisa-se:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se

adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. (BARROSO, 2009, p. 389).

Trata-se de entendimento consolidado do STF que é possível, em casos emergenciais, a execução de políticas públicas pelo Poder Judiciário, em consequência da inação ou morosidade da Administração, de forma a garantir os direitos fundamentais. Não se trata de ingerência na competência do Poder Executivo quanto à conveniência e oportunidade para efetivação de políticas públicas e a consequente alocação de recursos para tal fim, mas de endossar a defesa do direito fundamental à saúde (STF – ARE: 1244106 SE – SERGIPE 0001359-63.2015.8.25.0009, Relator Min ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento 25/11/2019, Data de Publicação DJe-261 29/11/2019).

Nessa ótica, o STF entende que apesar de possuir, primariamente, os Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de elaborar e concretizar políticas públicas, trata-se possível, contudo, ao Poder Judiciário determinar, mesmo que à título de exceção, notadamente nos casos de políticas públicas estipuladas pela própria CF/88, sejam essas fixadas pelos órgãos estatais inertes, cuja omissão – por importarem em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se suficiente a afetar a validade e a integridade de direitos sociais embutido de estatura constitucional (RE 595595AgR/SC – Rel. Min. Eros Grau).

Nota-se que não configura violação ao princípio da separação dos poderes a determinação de implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais. Isso porque certos direitos sociais básicos podem ser concebidos como pressupostos da democracia. Quando isso ocorre, depara-se com a impossibilidade de recorrer-se ao mandamento democrático para resguardar a incapacidade de decisões judiciais que concedam prestações não contempladas no orçamento.

Ressalta-se que o funcionamento do SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, tendo em vista que qualquer desses entes possuem legitimidade para figurar no polo passivo da lide que busca a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

Destaca-se que a jurisprudência do STJ admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de

saúde (STJ, AgRg no RMS 43.068/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/03/2014).

A Administração Pública, diante da escassez de recursos, se responsabiliza pela efetivação e manutenção dos direitos fundamentais, considerando-se os custos que esses direitos representam para toda a coletividade. Nesse contexto, o Estado é forçado a fazer escolhas em que proverá determinada política em detrimento de outra:

Quando prevalece a vontade do Estado, o conflito de primazia entre a comunidade e o indivíduo não se resolve completamente. O Estado precisa fazer uma série de escolhas quanto aos fins em prol dos quais exercerá sua vontade, escolhas que renovam o mesmo conflito. Assim, por exemplo, o conflito entre a comunidade e o indivíduo muitas vezes ressurgue como um conflito entre a política de eficiência social e a política de justiça para os indivíduos envolvidos numa transação (VANDELDELDE, 2004, p 194)

Perante incalculáveis demandas e finitos recursos, a doutrina denomina como “teoria das escolhas trágicas” o ato da Administração Pública concretizar um direito fundamental em detrimento de outro, visto que deixará de contemplar alguma necessidade também premente, mas que foi considerada por quem de direito menos urgente que outra. Trata-se da escolha dos destinatários de políticas públicas, que alcançarão apenas uma parcela ou grupo e não a todos os titulares daquele direito. Nesse sentido:

A escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras ‘escolhas trágicas’, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas (SARMENTO, 2009, p. 371).

“Não há que se falar em justiça quando apenas uma pessoa ou algumas pessoas conseguem determinada tutela judicial, ainda que esse seja um direito fundamental constitucionalmente previsto” (AMARAL, 2001, p. 208). Nessa linha de raciocínio:

Ao mesmo tempo em que tais prestações são concedidas a autores isolados de ações judiciais, centenas de pessoas morrem sem atendimento adequado na rede pública de saúde por falta de prestações que, por certo, estariam compreendidas no conceito de mínimo existencial. Talvez a omissão na oferta de tais

prestações seja imputável a outras razões – que podem ir desde prioridades inconstitucionais na alocação de recursos, má gestão e até a prática de crimes [...] (BARCELLOS, 2008, p. 343).

O controle feito pelo Judiciário de políticas públicas com base em direito individual subjetivo ocasiona inúmeras consequências, pois confere a concretização de um direito ao indivíduo que buscou tutela do Judiciário, sendo que deveria ser concretizado a todos os indivíduos na mesma situação. Dessa maneira, verifica-se uma distribuição pouco democrática de bens e serviços públicos, que se sujeita à judicialização para obtenção de uma decisão favorável.

A Carga Magna proíbe o início de programas ou projetos não compreendidos na lei orçamentária anual (art. 167, inc. I), a realização de despesas que ultrapassem os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização por meio de lei (art. 167, inc. VI).

Frisa-se que a incumbência de instaurar políticas públicas e proporcionar recursos orçamentários não é, em regra, dada pelo Poder Judiciário, que não possui legitimidade e estrutura adequada para estas atividades.

A falta de recursos deve ser dirimida pelo Poder Judiciário, que se baseará no postulado da proporcionalidade para estabelecer critérios na resolução do conflito existente entre os princípios que norteiam a reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais. Destaca-se o posicionamento do STF a esse respeito:

(...) entre tutelar a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição Federal, ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (STF – ARE: 1246256 PE – PERNAMBUCO 0002104-15.2015.8.17.0640, Relator Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento 29/11/2019, DJe-264 04/12/2019).

Os direitos sociais devem ser realizados coletivamente, a fim de que haja acesso igualitário e universal dos indivíduos aos benefícios oferecidos pelas políticas públicas.

Em função da Reserva do Possível, o magistrado não pode ficar indiferente em relação à viabilidade material de sua decisão, mormente quando o objeto é a saúde humana. Faz-se necessário indagar até que ponto sua decisão será suscetível de cumprimento sem colocar em risco o equilíbrio financeiro do Sistema Único de Saúde, especialmente em momentos de crises econômicas.

A propósito, é possível o Judiciário conceder o fornecimento de medicamento que não consta na lista padronizada elaborada pelo SUS, contanto que reste certificado que não haja nela alternativa de tratamento competente para a patologia, consoante entendimento do STF.

A falta ou deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado – introduzido nessa prestação o fornecimento de medicamentos, inquestionavelmente ameaça o direito à vida e, em muitos casos, é capaz de acarretar lesão irreparável a esse direito.

Existem vários mecanismos de caráter processual que podem ser propostos pelo indivíduo que pleiteia a assistência farmacêutica perante o Poder Judiciário, tais como ação civil pública (Lei n. 7347/85); mandado de segurança e ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar.

Nota-se que o Judiciário está cada vez mais receptivo a chamar para si a responsabilidade, ainda que subsidiária, de concretizar a vontade constitucional, haja vista que deve definir que seja assegurado o mínimo existencial, também observando os aspectos de ordem orçamentaria e política. Isso porque “as decisões judiciais ao não observarem as regras orçamentárias colocam em risco todo o planejamento já definido para a realização das políticas de saúde, e inviabilizam a realização destas” (MAZZA, 2013, p. 136). Logo, é necessário encontrar critérios e fundamentos para controlar, de forma justa e eficiente, a judicialização da saúde no Brasil.

O Ministro do STF Edson Fachin firmou posicionamento de que em casos excepcionais, o Estado deve fornecer medicamento de alto custo, levando-se em conta alguns critérios, como a prévia existência de requerimento administrativo, o qual pode ser substituído por oitiva de ofício do agente público; que o fármaco seja receitado por médico da rede pública; a indicação do medicamento por denominação comum, brasileira ou estrangeira; motivo de inexistência ou ineficácia de medicamento ou tratamento na rede pública; laudo, formulário ou documento prescrito pelo médico que acompanha o paciente onde indique a necessidade do tratamento, seus efeitos e os estudos da medicina baseados em evidência, bem como os benefícios para o paciente, comparando, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia (RE 657.718 – STF).

A falta de regulamentação própria que normalize a problemática da distribuição estatal de medicamentos de alto custo não constitui óbice ao exercício do direito fundamental à saúde. O papel do judiciário é interpretar extensivamente os direitos fundamentais previamente previstos no plano constituinte, assegurando a dignidade humana dos cidadãos. O juiz, em qualquer instância do Judiciário, tem que resolver e julgar a questão a ele submetida, interpretando-a sob a ótica do princípio da supremacia da constituição, adotando critérios que balizem sua decisão e se baseando em princípios como a proporcionalidade.

Argumentos econômicos, orçamentários e metajurídicos não podem ser utilizados como referenciais para o Judiciário justificar a não implementação e concretude do direito fundamental à saúde, considerando-se que se trata de direito corolário dos demais direitos fundamentais previstos no plano constituinte.

Em suma, a desconformidade do Poder Público na concretização do direito à saúde ocasiona violação desse direito, que como direito fundamental, possui zelo constitucional de efetividade. O Estado, em qualquer uma de suas esferas organizacionais, não pode se desviar de sua função, nem pode se desatentar ao problema da saúde da população.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais são reservas substanciais de garantias da condição humana, sendo o direito público subjetivo à saúde uma prerrogativa jurídica indisponível garantida a todos pela própria Carta Magna. Representa um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve resguardar, de maneira consciente, o Poder Público, que tem a incumbência de criar e pôr em prática políticas sociais e econômicas idôneas que tenham por finalidade a garantia, pelos cidadãos, do pleno gozo desse direito.

Não se admite que o Poder Público fique indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Diante do aumento do número de decisões judiciais obrigando o poder público a fornecer medicamentos, nota-se a negligência estatal nas políticas públicas, em que a destinação de verbas públicas são extremamente ínfimas. Trata-se, em verdade, de incapacidade administrativa do Estado brasileiro de garantir prerrogativas consideradas como primordiais do ser humano, como o direito à vida e à saúde.

A sociedade sofre com a falta do cumprimento estatal à garantia constitucional da saúde. Quando a inércia legislativa e administrativa impede o gozo dos direitos

sociais, acarreta conseqüentemente uma desestabilização política e descrença na nos preceitos constitucionais. Vislumbra-se uma grave ofensa política-jurídica aos direitos fundamentais, já que mesmo dotados de eficácia, não se concretizam na realidade.

Não deve o Estado eximir-se de assegurar o Mínimo Existencial necessário, isto é, o mínimo para uma vivência digna.

A Reserva do Possível não se traduz como um empecilho à efetivação dos mandamentos constitucionais na efetivação dos direitos sociais. Não obstante, a Reserva do Possível não impede o poder Judiciário de zelar pela concretização dos direitos sociais, mas deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos, com base em critérios e à luz da proporcionalidade.

A realidade atesta que os direitos sociais estão distantes de uma efetiva concretização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileiras**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. **Informativo 582**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm#transcricao1>>. Acesso em: 20 Out. 2020.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, 2006.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Editora JusPodium, 2011.

GOSEPATH, Stefan. **Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental**. *Direitos Sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

MAZZA, Fabio. **Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal: uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração universal dos direitos humanos**. 10 de Dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2020.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Reserva do possível e mínimo existencial**. Comentários à Constituição Federal de 1988. Gen/Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VANDEVELDE, K. J. **Pensando como um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE: ATIVISMO JUDICIAL X RESERVA DO POSSÍVEL

FERNANDA DE GOES BRITO DIAMANTARAS:

Pós graduada em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá. Formada pela Faculdade Estácio de Sá de Alagoas

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar o direito à saúde enquanto direito fundamental consagrado pela Carta da República de 1988 e sua exigibilidade judicial frente eventual omissão por parte do Estado. Analisa os pressupostos e limites impostos ao Poder Judiciário no que tange às decisões judiciais em matéria de direito de saúde, levando em consideração o princípio da reserva do possível e o núcleo duro dos direitos fundamentais em um contexto de justiça distributiva. A partir dessa análise, busca-se a viabilidade da submissão do direito à saúde à reserva do possível, bem como a relevância do mínimo existencial como parâmetro de decisão nesse contexto.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde, mínimo existencial, reserva do possível, controle judicial, políticas públicas de saúde.

ABSTRACT: This article is to analyze the scope of the right to health as a fundamental right enshrined in the 1988 Charter of the Republic and its legal enforceability forward any failure by the State. Analyzes the principles and limits on the Judiciary in regard to judicial decisions regarding the right to health, taking into account the principle of reserve for the core and fundamental rights in a context of distributive justice. From this analysis, we seek the feasibility submission reserves the right to health as possible, as well as the relevance of the existential minimum as decision parameter in this context.

KEYWORDS: Health, existential minimum, booking possible, judicial, public health policies.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 abarca um conjunto de regras e princípios dotados de imperatividade, os quais refletem os valores e diretrizes que norteiam a atuação do Estado, merecendo destaque os direitos fundamentais.

Sob essa perspectiva, cumpre ao Estado estabelecer mecanismos de concretização e proteção a esses direitos fundamentais por meio de políticas públicas. Segundo Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas podem ser definidas como

programas de ação governamental que resultam de um processo ou grupo de processos juridicamente regulados, visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a efetivação de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Segundo a autora, a política pública, enquanto tipo ideal, deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo que se espera para atingir os resultados³⁰.

Todavia, em havendo omissão do Estado para formulação e cumprimento das políticas públicas consagradoras dos direitos fundamentais, os cidadãos não veem alternativa senão recorrer ao Judiciário para ver protegidos seus direitos, em especial no que tange ao direito à saúde. Em virtude do descaso do Poder Público frente a saúde da população, é o "ativismo judicial" que vem conferindo o verdadeiro direito à saúde, constitucionalmente garantido.

A análise do papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde ganha relevância não apenas pelo lugar de destaque reservado à saúde pela Constituição, mas pelo descompasso entre a aspiração constitucional e a vontade dos administradores.

Enquanto o constituinte originário teve por bem construir um Estado Democrático de Direito, com importante papel na busca da redução das desigualdades sociais, as políticas públicas empreendidas pelo Poder Executivo têm se caminhado em sentido oposto, em que a função do Estado é amortizada, mediante a passagem da prestação de serviços públicos essenciais como a saúde para a iniciativa privada.

Nesse contexto em que a vontade política difere da ânsia constitucional, o Poder Judiciário, responsável pela manutenção da supremacia da constituição, é repetidamente acionado para dirimir conflitos entre indivíduos que lutam para que seus direitos não virem promessas constitucionais inconsequentes, e o Estado que, seja por qual motivo for, frequentemente deixa de cumprir seu dever constitucional.

Diante desse cenário, discute-se até que ponto o Poder Judiciário está legitimado a ingerir-se nas políticas públicas que deveriam ser formuladas e executadas pelo Poder Executivo, uma vez que, para a efetivação dos direitos sociais, determina realização de despesas por parte da Administração sem que haja prévia dotação orçamentária.

³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Bucci, Maria Paula Dallaria (coord.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 1-51, esp. 39.

Dentre os direitos sociais, pretende-se discutir a implementação jurisdicional do direito à saúde, quer seja porque é o mais recorrente no Judiciário, quer seja por ser decorrente do direito fundamental à vida, quer seja por entendê-lo como pressuposto para o desenvolvimento pleno dos demais direitos sociais.

A implementação judicial do direito social à saúde tem despertado grande discussão dentre os operadores do Direito. A finalidade do presente estudo consiste, então, em analisar as possibilidades e os limites da atuação judicial na aplicação e concretização do direito à saúde, diante das omissões do Poder Executivo que, a rigor, seriam o principal destinatário da norma contida no art. 196 da Constituição de 1988.

Não se objetiva esgotar as possibilidades em que o direito à saúde pode ser tutelado pelo Poder Judiciário, mas analisar o direito fundamental sob a ótica da real possibilidade de implementação, analisando o princípio da separação dos poderes e os critérios limitadores da decisão judicial acerca do tema.

A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE CONFERIDA PELA CF/88

O direito à saúde como direito fundamental

A Constituição Federal de 1988 estampa em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais do indivíduo, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. A doutrina, por sua vez, apresenta uma classificação dos direitos fundamentais dividida em primeira, segunda, e terceira gerações, existindo autores mais modernos que apontam ainda a existência de uma quarta e quinta geração desses direitos.

A primeira geração trata dos direitos voltados ao conceito de liberdade, ligados aos direitos individuais. A segunda, ao de igualdade, tratando dos direitos sociais e a terceira geração é voltada ao conceito de fraternidade ou solidariedade, referindo-se aos direitos difusos e coletivos. Assim, ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho que as três gerações complementam o lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade³¹.

No que tange aos direitos de quarta geração, Paulo Bonavides entende tais direitos como aspecto introduzido pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo³². Por fim, os direitos fundamentais de 5ª

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 57

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 571-572

geração são aqueles ligados ao direito à paz, uma vez que, segundo o mesmo autor, a paz é axioma da democracia participativa e deve ser tratada em dimensão autônoma.

Contudo, a classificação doutrinária tradicional que divide os direitos fundamentais em “gerações” pode trazer uma ideia de sucessão, de sobreposição dos mais novos aos mais antigos. Porém, não é o que realmente ocorre.

Em verdade, não se tratam se gerações propriamente ditas, mas uma complementação de direitos, que vivem em harmonia, todos fundados no pilar da dignidade da pessoa humana. Segundo Flávia Piovesan:

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essência que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.³³

Ademais, muito já se discutiu acerca da fundamentalidade dos direitos sociais. Todavia, ao contrário do que se verifica em outros sistemas constitucionais, a Constituição de 88 os revestiu da mesma fundamentalidade atribuída aos direitos e garantias individuais.

Todos os direitos fundamentais foram elevados à condição de norma jurídica constitucional, sem que haja prevalência de um (ou alguns) sobre os demais, tendo em vista que, em razão da indivisibilidade e coerência interna que os caracteriza,³⁴ encontram-se submetidos ao mesmo regime jurídico-constitucional.

Segundo Mariana Filchtiner, os direitos sociais são direitos fundamentais tanto em sentido formal como material.³⁵

Em sentido formal, a autora afirma que a própria localização topográfica do rol dos direitos sociais afirma sua fundamentalidade, haja vista que estão positivadas no mesmo título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Ao lado desse argumento, a abertura conferida pelo art. 5º, §2º da CF/88 estende o regime de proteção

³³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 2.ed.São Paulo: Max Limonad, 1997. Nota à 2ª Edição. P. 59

³⁴ CUNHA JR., Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 271

³⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, Direito à Saúde, 3. Ed., Bahia: Editora Juspodium, 2014, p. 26;

constitucional para outros direitos além daqueles arrolados pelo próprio art. 5º, desde que decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte, o que também permite a constante adequação da proteção constitucional aos anseios sociais.

No que tange à fundamentalidade em sentido material dos direitos sociais, dispõe a autora:

A fundamentalidade material diz respeito à averiguação da importância do bem constitucionalmente protegido para a comunidade na qual se insere a Constituição. No caso brasileiro, o mencionado protagonismo da pessoa humana, assim como a vinculação constitucional da República à construção de uma sociedade justa e solidária, voltada à redução das desigualdades sociais e regionais e, em última análise, à promoção do bem de todos, sem discriminações, endossa o argumento de que os diversos direitos sociais, explicitados ou não pelo art. 6º da CF/88, são dotados de fundamentalidade em sentido material. Sem dúvida alguma, a concretização de tais direitos destina-se à proteção das mais diversas esferas pelas quais se manifesta e se desenvolve o ser humano, não havendo dúvida da relevância de bens jurídicos como saúde, segurança, educação, trabalho, moradia, lazer previdência e assistência social para a sociedade, mais ainda para uma sociedade marcada por tantas desigualdades como é o caso brasileiro.³⁶

O direito à saúde, explicitamente previsto no art. 6º da CF/88, não foge à essa regra, caracterizando-se também como direito fundamental sob a ótica formal e material.

A fundamentalidade material do direito à saúde se perfaz em sua relevância como condição essencial à manutenção de uma existência digna, bem como para a fruição de todos os demais direitos conferidos ao indivíduo, sejam eles fundamentais ou não³⁷. Ou seja, a saúde, quando encarada como qualidade de vida, condiciona a medida da fruição dos demais direitos conferidos ao homem pelo ordenamento jurídico.

³⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *Direito à Saúde*, 3. Ed., Bahia: Editora Juspodium, 2014, p. 27;

³⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *Direito à Saúde*, 3. Ed., Bahia: Editora Juspodium, 2014, p. 30;

Logo, se a fundamentalidade material denota a legitimação extranormativa dos direitos fundamentais, decorrente de um tipo de acordo social sobre a importância de se proteger determinados bens e valores, e até mesmo o reconhecimento de uma determinada concepção de justiça³⁸, não resta qualquer dúvida sobre a existência de um consenso no direito constitucional brasileiro acerca da necessidade de que a saúde, seja individual ou pública, seja protegida e promovida de maneira efetiva.

Outrossim, a proteção reforçada conferida pela Carta Magna de 1988 ao direito à saúde induz a conclusão de sua fundamentalidade em sentido formal. Tal proteção exacerbada é revelada pela hierarquia axiológica de que gozam os direitos fundamentais (entre os quais se encontra o direito à saúde; a especial proteção ao direito à saúde em caso de reforma constitucional, quando se exige procedimento mais solene para sua alteração; e, por fim, a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais que consagram o direito à saúde)³⁹.

Desta feita, percebe-se que o direito constitucional brasileiro atribuiu ao direito à saúde alto grau de relevância, classificando-o como direito fundamental, com vistas a garantir que seja respeitado o direito à vida, solidificando o fundamento da República Federativa do Brasil de garantia à dignidade da pessoa humana.

1.2 SAÚDE: direito de todos e dever do Estado – interpretação ao art. 196 da CF/88

Conforme assevera HUMBERTO ÁVILA, “o ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores”.⁴⁰

Dispõe o art. 196 da CF/88:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 67, jul.-set./2008, p. 125-172.

³⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, Direito à Saúde, 3. Ed., Bahia: Editora Juspodium, 2014, p. 30

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pg. 30.

Na lição do Prof. Luis Roberto Barroso, o art. 196 da Constituição, garantidor do direito à saúde, é norma definidora de direito subjetivo, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado. Neste sentido, leciona o mestre:

Aqui, ao contrário da hipótese anterior, o dever jurídico a ser cumprido consiste em uma atuação efetiva na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Na Constituição de 1988, são exemplos dessa espécie os direitos à proteção da saúde (art.196)⁴¹.

A norma transcrita enuncia direito subjetivo do particular correspondente a um dever jurídico estatal. É, na classificação da doutrina constitucionalista, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme dispõe o art. 5, §1º, da CRFB. Isso porque, não depende de qualquer ato legislativo, aguardando-se tão somente a efetivação pela Administração Pública.

Se assim não fosse, estaríamos diante de uma mera norma programática, a mercê da discricionariedade do poder público, o que feriria o direito à vida e romperia com os principais fins do Estado Democrático de Direito. Com maestria, ensina Paulo Bonavides:

A nova hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios de Estado Democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concreitude integrativa sem a qual, ilusória a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração⁴².

Neste mesmo sentido se orienta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Apesar de haver numerosos julgados envolvendo o direito à saúde, um precedente que vem balizando a matéria merece destaque: trata-se do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AGgRg-RE) nº 271.286/RS, Relator Min. Celso de Mello:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 594

REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL
INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público**, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, **não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.**

- **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.** O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

(...). (STF, Segunda Turma, RE 271286 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24-11-2000, pág. 101)

Logo, a saúde é um direito de todos assegurado pela Constituição, e, uma vez tipificado como direito inerente à vida, é certo que o Estado tem o dever constitucional de tutelá-lo. E, no que tange a esse dever, imperioso destacar a solidariedade dos entes federados no dever de promoção da saúde.

Dispõe o art. 198 da Carta da República:

Art.198. **As ações e serviços públicos de saúde** integram uma rede regionalizada e hierarquizada e **constituem um sistema único**, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

II- **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

(...)

§ 1º. **O sistema único de saúde será financiado**, nos termos do art. 195, com **recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, além de outras fontes.

A solidariedade passiva dos entes federados pode ser observada a partir do supratranscrito art. 198, *caput* e parágrafo primeiro, o que resulta na possibilidade de que o postulante necessitado recorra a qualquer um dos entes devedores o atendimento médico de que necessita, não havendo que se falar em quinhão de responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios pela execução de tratamentos médicos.

Mediante a criação do SUS por meio da Lei nº 8.080/90, definiram-se os papéis das esferas governamentais na busca da saúde. Todavia, essa divisão de tarefas é oponible apenas por um ente da Federação ao outro, mas não ao indivíduo. Em relação a estes, há obrigação solidária, portanto sem benefício de ordem, entre os entes da Federação, pouco importando se, de acordo com a legislação do SUS, determinada ação seria de competência exclusiva do Município ou do Estado, visto que o **direito à saúde é garantido pela Constituição da República e, conforme o texto constitucional, é dever de todos os entes da Federação.**

É nesse sentido a jurisprudência do STF, como se depreende do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 CE. Senão vejamos:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que

envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.(STF - STA: 175 CE , Relator: Min. GILMAR MENDES (Presidente), Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070)

No entanto, cumpre ressaltar que, a despeito da solidariedade passiva acima esposada, no sentido de que a ação judicial pode ser ajuizada em desfavor de qualquer um dos entes federados, isoladamente, ou conjuntamente, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do RE 855178 ED/SE, fixou a tese de que, diante dos critérios estabelecidos de descentralização, cabe ao magistrado direcionar o cumprimento e determinar o ressarcimento ao ente que suportou o ônus financeiro. Tal medida visa, segundo a visão da Corte Suprema, a otimizar a compensação dos entes federados.

Eis o teor da ementa do referido precedente:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. **A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.** 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente

específico: **RE 657.718**, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos. (grifo nosso)

O entendimento da Suprema Corte se amolda às regras pré-fixadas, que delimitam a repartição administrativa de competência entre os entes federados, notadamente dentro da estrutura do Sistema Único de Saúde. A título de exemplo, cabe à União coordenar os sistemas de saúde de alta complexidade e de laboratórios públicos; aos Estados, coordenar sua rede de laboratórios e hemocentros, definir os hospitais de referência e gerenciar os locais de atendimentos complexos da região; aos Municípios, prestar serviços de atenção básica à saúde; por fim, ao Distrito Federal compete as atribuições definidas aos estados e municípios.

Nesse contexto, pode a autoridade judicial, no decorrer da ação judicial ajuizada, direcionar o cumprimento da obrigação ao ente federado que possui a competência para tanto ou, na hipótese de cumprimento por outro que não detém a incumbência na forma da repartição administrativa, determinar o ressarcimento apor parte de quem havia de suportar o ônus financeiro.

Como dito, não se afasta a solidariedade passiva dos entes federados, conquista esta alcançada e alçada a mandamento constitucional, mas busca a nossa jurisprudência, diante da dificuldade de se identificar o ente responsável, oportunizar ao jurisdicionado ajuíze a ação contra qualquer um deles, cabendo à autoridade judicial, diante de seu conhecimento técnico, otimizar a compensação financeira entre os entes federados.

Resta, por sua vez, a única ressalva de que as demandas que buscam o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, obrigatoriamente devem ser propostas em desfavor da União, tendo em vista que a referida autarquia faz parte da Administração Pública Federal, sendo de responsabilidade do mencionado ente qualquer mora.

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À PROTEÇÃO DA SAÚDE

Originado na Alemanha em meados de 1970, o princípio da reserva do possível, ou da reserva do financeiramente possível, consiste na garantia de direitos já previstos no ordenamento jurídico, desde que existentes os correspondentes recursos públicos. A obrigação impossível não poder ser exigida.

Tal princípio, nas palavras da ilustre constitucionalista Ana Paula de Barcellos, *"procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas"*⁴³.

Deveras, há de se reconhecer que os recursos públicos disponíveis não são capazes de arcar com toda a demanda social existente, em especial no que tange aos direitos fundamentais, os quais constituem um rol bastante vasto na Constituição da República de 1998. A mera previsão de um direito não é suficiente para efetivá-lo se não houver recursos disponíveis para tanto. Isso porque, como bem afirma GALDINO, *"direitos não nascem em árvores, nem caem do céu"*⁴⁴.

Todavia, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público com o fito de frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas. Ademais, o ônus da prova da alegação de reserva do possível, seja fática, seja orçamentária, é de quem alega. Ou seja, o poder público deve comprovar a ausência de recursos. Nas palavras do ilustre Ingo Sarlet: *"cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos"*⁴⁵.

O eventual argumento de defesa por parte do Poder Público de que não possui condições de arcar com despesas que estejam fora da previsão orçamentária sob o manto da reserva do possível deve ser analisado em sintonia com a dignidade da pessoa humana, que não poder ser maculada ante a alegação de falta de verbas.

A escassez de recursos, muitas vezes, é resultado de escolhas da Administração, a qual opta por investir em determinada área, gerando escassez de recursos em outra. Apesar do reconhecimento da finitude de recursos em face da demanda social quase infinita, o Estado deve estabelecer prioridades e critérios de escolha caso a caso⁴⁶. O estado deve superar esse contexto, procedendo a verdadeiras "escolhas trágicas" optando por determinado bem/valor em detrimento de outro, mas sempre amparado pelo pilar da dignidade da pessoa humana.

⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**, 1ªed, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p.236.

⁴⁴ GALDINO, Flavio Antônio Esteves. **Direitos não nascem em árvores**, mimeografado, 2000.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". In: Direitos Fundamentais Orçamento e "Reserva do Possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 11-53, esp. p. 32

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**, 1ªed, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p.239

Exemplificando, admitir que os entes da federação estabeleçam como prioridade gastos com publicidade em detrimento do salvamento da vida de um cidadão implica em admitir que estes atuem ao arrepio das previsões legais e, sobretudo, constitucionais, ignorando o teor do artigo 1º da Constituição da República, que determina, de forma clara e inequívoca, ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

É por esse motivo que, a princípio, a reserva do possível não pode ser oposta à concretização dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao poder público preteri-los em suas escolhas. Deve ser resguardado o mínimo existencial, o núcleo duro dos direitos fundamentais, revestido de intangibilidade.

O mínimo existencial se traduz em condições mínimas de existência humana digna. Não se reduz ao mínimo para a sobrevivência, mas releva-se como o mínimo para se viver de maneira minimamente digna. Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Uma vida com dignidade reclama a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento dos tributos, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos indispensáveis ao desfrute de uma vida digna⁴⁷.

O mínimo existencial está relacionado às necessidades do indivíduo sem as quais não seja possível viver dignamente, garantindo-se àquele a fruição de todos os demais direitos. Logo, de fato, o princípio da reserva do possível não pode ser entendido como mera falácia por parte do poder público, mas aplicado ao caso concreto sob a ótica da dignidade humana, com integral respeito ao núcleo duro dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, merece destaque o fato de que o princípio da evolução reacionária (ou da vedação ao retrocesso) impede que conquistas já alcançadas pelo indivíduo sejam desconstituídas. Sendo assim, uma vez reconhecidos os direitos de prestação, o Estado, além do dever de torná-los efetivos, se obriga a preservá-los abstendo-se de frustrar, seja total, seja parcialmente, os direitos sociais consagrados.

Desta feita, nota-se que a reserva do possível deve sim ser observada em casos de pleito em face do Estado com o fito e obrigá-lo a prestar determinado bem/serviço.

⁴⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Mas, não pode fugir do manto da dignidade humana, fim último das normas constitucionais.

A POSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS REFERENTE À SAÚDE

Dos argumentos expostos até o momento, restou claro que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado. Contudo, sua feição subjetiva ganha relevância quando se perquire acerca das possibilidades e limites de sua exigibilidade frente ao Judiciário.

Muito se discute acerca da legitimidade do Judiciário para ingerir-se em políticas públicas, sob a celeuma de estar-se violando ou não a separação dos poderes.

Todavia, tal discussão carece de fundamento, haja vista que em um Estado Democrático de Direito, ao Judiciário compete interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Assim, sua atividade sempre deve ter como fundamento uma norma jurídica democraticamente deliberada.

Sendo um poder equidistante do interesse das pessoas públicas e privadas, o Poder Judiciário assegura sempre um julgamento motivado em um único fato: a lei ou a Constituição. Assim, quando o Legislativo ou o Executivo se desprendem de seus parâmetros e ofendem os direitos fundamentais do indivíduo ou da coletividade, é o controle judicial que vai restaurar a situação de legitimidade, sem que o mais humilde indivíduo se veja prejudicado pelo todo-poderoso Estado⁴⁸.

Neste sentido, toda política pública, ou melhor, toda atuação administrativa poderá ser objeto de controle pelo Judiciário. Isso porque, por estar pautada, necessariamente, no princípio da legalidade, é de competência do magistrado apreciá-la, tendo em vista sua função de aplicar a lei.

Segundo Ricardo de Barros Leonel, pode-se apontar alguns requisitos e limites para o controle judicial das políticas públicas, seja em ação individual, seja em ação coletiva. Sinteticamente, são eles: a) respeito por parte da Administração pública do mínimo existencial a ser garantido a cada indivíduo; b) razoabilidade da pretensão individual ou coletiva deduzida em juízo em face do Poder Público (que envolve o trinômio necessidade, adequação, e proporcionalidade em sentido estrito); c)

⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. Ed. Ver., ampli. E atual. Até a Lei nº 12.5877, de 3-1-2012 – São Paulo: Atlas, 2012, p. 999

existência de disponibilidade financeira e orçamentária do Estado para efetivar as prestações positivas que lhe são exigidas⁴⁹.

Nesse contexto, o direito à saúde insere-se no mínimo existencial para uma vida digna, fazendo que com que o Poder Judiciário não só tenha o poder para determinar a atuação do Estado em caso de omissão, mas a obrigação de fazê-lo, pois poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações, seja qual for o plano de governo ou a orientação política do grupo que, a cada momento, estiver no poder⁵⁰.

Nesse sentido milita o STF, conforme decisão monocrática do Min. Celso de Melo proferida no julgamento da ADPF 45. *In verbis*:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

(...)

⁴⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. 2. Ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2011, p. 449-450

⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie- Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 803

- **A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição,** também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de **implementar políticas públicas** (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. **Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e 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.

(...)

(STF, ADPF 45, Decisão Monocrática Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, Informativo nº 345)

Quanto à existência de possibilidades financeiras ou orçamentárias por parte do Estado para provimento da saúde, toda a argumentação suficiente já foi traçada no tópico supramencionado acerca do princípio da reserva do possível.

O princípio da razoabilidade, por fim, também funciona como limitador da exigibilidade judicial de prestação positiva por parte do Estado ao passo que limita a pretensão individual ou coletiva àquela que seja razoável, necessária e adequada. É devido a esse princípio que, nas causas de saúde, deve-se demonstrar, claramente, a necessidade e a adequação do fármaco pleiteado por meio de prescrição médica devidamente redigida.

3.1 A possibilidade da concessão de medicamentos não fornecidos pelo SUS

Não é raro deparar-se com ações judiciais em que o autor pleiteia a concessão de medicamento/tratamento não constante do RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. Os entes federados, geralmente, alegam esse fato como impeditivo da concessão dos medicamentos.

Todavia, argumentos meramente burocráticos ou aqueles relativos à divisão de atribuições internas não podem se sobrepôr à efetivação do direito fundamental à vida e à saúde. Isso porque, a inclusão de novos fármacos na lista de medicamentos fornecidos pelo SUS é - infelizmente, como a grande maioria dos procedimentos burocráticos no Brasil - demasiadamente morosa. Sendo assim, não se pode exigir que um indivíduo doente, portador de prescrição médica de determinado remédio, aguarde sua inclusão no rol de medicamentos disponíveis para ver sua saúde protegida.

Reconhecendo a supremacia do direito fundamental à saúde, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rechaça reiteradamente o argumento de que a não inclusão do medicamento em listas de fornecimento do SUS é impedimento ao fornecimento deste, como se demonstra o Recurso Extraordinário 626341, Rel. Min. Cármen Lúcia:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 735 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

(...)

1.1 A expressão Estado no art. 196 da CF refere-se ao Poder Público lato sensu (União, os Estados, o DF e os Municípios). Portanto, há responsabilidade solidária. Assim, quando a demanda é contra um, não merece acolhida seja arguição de ilegitimidade seja pedido de inclusão dos demais no pólo passivo. Precedente do STF. 1.2 – Havendo responsabilidade solidária, não incide, em favor dos Municípios, o art. 62, da LC 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), pois não há contribuição a despesas de outros entes da Federação. Nem ocorre, em favor do Estado, a exclusão pelo fato de os medicamentos constarem na lista da Rede Básica, tampouco a responsabilidade se transfere à União quando o atendimento

ocorre por meio de Centro de Alta Complexidade em Oncologia – CACON. Tal se aplica apenas na esfera administrativa.

2. Antecipação dos efeitos da tutela. Os dispositivos que restringem a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública não se aplicam nos casos em que, como nos de assistências previdenciária e à saúde, a não-intervenção do Judiciário, traduz, na prática, forma indireta de sua exclusão, face à irreversibilidade do dano, ferindo-se, pois, o art. 5º, XXXV, da CF, **salvo se se descobrir uma fórmula de, mediante lei, suspender a fome e a doença, enquanto não houver decisão definitiva.**

3. Assistência à saúde. O direito à assistência à saúde emana diretamente de norma constitucional e significa atendimento integral, quer dizer, abrange tanto ações curativas quanto preventivas; logo, possui múltiplas dimensões, tais como exames laboratoriais, radiológicos, tomográficos, medicamentos, atos cirúrgicos e despesas médico-hospitalares. Exegese dos arts. 196 e 198, II, da CF.

4. Teoria do possível ou da reserva do possível. O art. 196 da CF não traduz norma não-auto-aplicável, e sim norma programática, isto é, o Constituinte delegou ao intérprete a missão de revelá-lo, em termos qualitativos e quantitativos, no mundo dos fatos, conforme as novas verdades sociais. Assim é porque o dispositivo não diz que o direito à saúde é garantido nos termos da lei ou nos termos das políticas sociais e econômicas. Diz, sim, que o direito à saúde é garantido, mediante políticas sociais e econômicas. O que existe é a garantia do direito à saúde. O direito é garantido, cabendo ao Poder Público implementar as políticas sociais e econômicas no sentido de garanti-lo ou para garanti-lo.

5. Não-invasão de competência e outras alegações. Ao garantir a quem precisa de assistência à saúde, **como prevê o art. 196 da CF, seja pelo acesso aos medicamentos, seja pela cobertura do custo de exames laboratoriais, radiológicos, tomográficos, atos cirúrgicos, baixas hospitalares, etc., o Judiciário não invade competência de outro Poder. Também, ao invés do habitualmente alegado, não fere diversos outros dispositivos constitucionais, seja o art. 2º (independência dos**

poderes), seja art. 5º, caput (princípio da igualdade), seja do respectivo inc. II (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), seja do art. 167, II (despesas que excedem a previsão orçamentária), seja do respectivo VII (concessão ou utilização de créditos ilimitados), seja do art. 168 (destinação do duodécimo até o dia 20 de cada mês). A tudo se sobrepõe o direito à assistência à saúde, além de ser vedado excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV). Ademais, há lembrar o Estado Democrático e de Direito, com ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º e III).

(...)

8. Medicamento fora da lista dos liberados pelo Ministério da Saúde (Lista da ANVISA). O fato de o medicamento, receitado pelo médico do necessitado, como sendo o mais adequado e eficiente para o caso específico, não ser liberado pelo Ministério da Saúde (não constar na Lista da ANVISA), ou, mesmo, só existir no mercado internacional, não isenta o Poder Público de cobrir o custo, sob pena de abrir-se orifício de esvaziamento da garantia constitucional, pois bastará não listá-lo. O direito à assistência à saúde, no que tange aos medicamentos, não se exaure na Lista da ANVISA. **Ainda, não é possível, em juízo, a substituição pelo denominado genérico, salvo se o médico do paciente admitir.**

9. Prova da moléstia e da necessidade de determinado medicamento. Para circunstâncias especiais, também especiais formas de produção e de valoração da prova. Mesmo que o lado formal acabe, pela força das circunstâncias, não sendo o mais ortodoxo, faz-se isso por motivo substancial nobre, uma vez que se prioriza a saúde e a vida das pessoas. Por isso, tem-se por suficientes exames laboratoriais, radiológicos, tomográficos, atestado médico, etc., inclusive, no que se refere ao medicamento, a receita emitida pelo médico do paciente, mais do que ninguém perito para dizer qual é, no caso específico, o remédio mais adequado e eficiente.

(...)”. (STF, RE 626341, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 02.08.2010, Dje 13.08.2010, pág. 149)

Nessa linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, entendeu que o Poder Judiciário pode determinar ao Poder Público o fornecimento de fármacos não previstos na lista do SUS, desde de cumpridos três requisitos, a saber: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e c) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

A tese em referência restou fixada no Recurso Especial nº. 1.657.156 – RJ, de Relatoria do Min. Benedito Gonçalves, cuja ementa assim segue:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. (...)

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. **TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.** 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

Desta feita, resta claro que, uma vez comprovada a necessidade de tratamento do paciente com determinado medicamento, o Estado não pode furtar-se ao dever de tutelar sua saúde sob o fundamento de que aquele remédio não teria sido catalogado na lista do SUS. Essa serve para orientar os profissionais do Sistema Único de Saúde na utilização segura das drogas, não para imiscuir os entes federados de prestar seu dever fundamental de proteger a saúde.

3.2 Da possibilidade de concessão de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA

Superados os pontos relevantes atinentes à concessão de medicamentos sem registro na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, cumpre mencionar acerca da possibilidade de fornecimento de fármacos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Em regra, todo e qualquer medicamento, para ser comercializado no Brasil, deve estar devidamente aprovado pela Anvisa, agência reguladora responsável pela vigilância sanitária de medicamentos, na forma do art. 8º, 1º, I da Lei nº 9.782/99.

O procedimento de aprovação é exigido como forma de se garantir o direito a saúde do indivíduo, bem como a própria funcionalidade do Sistema Único de Saúde. Contudo, tal processo possui um desencadeamento demorado, podendo chegar a anos o prazo de aprovação de determinado medicamento pela agência.

Assim, considerando a globalização da medicina e o acesso à informação de uso de novidades medicamentosas em outros países, surgiu a necessidade de se esclarecer se é dado ao Poder Público a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA em determinados casos.

Caso semelhante chegou ao STF, por meio do qual a Suprema Corte foi instada a solucionar a celeuma.

Segundo decidiu a Corte, em tese afetada a tema de Repercussão Geral, em regra, o Estado não pode ser compelido judicialmente ao fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, em virtude da necessidade de proteção da saúde pública. Tal registro serve, ainda, para garantia do devido controle de preços, não se caracterizando como mero procedimento burocrático.

Não obstante, segundo decisão exarada em Plenário, há a possibilidade de determinação judicial da concessão dos medicamentos não registrados em caso de mora desarrazoada da agência reguladora em apreciar pedido de registro de fármaco.

Tal demora deve ser aliada ao preenchimento de três requisitos cumulativos, quais sejam: a) existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, com exceção para casos órfãos de medicamentos para doenças raras ou ultrarraras; b) existência de registro do medicamento em agências de regulação de renome no exterior, a exemplo da FDA (*food and drug administration*) nos EUA; c) inexistência de substituto terapêutico no Brasil.

Ante a clara importância da decisão, imperioso colacionar o teor de sua ementa:

A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.

É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);

b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e

c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral) (Info 941).

Acertada, então, a decisão do STF, considerando que o rápido avanço da medicina é uma realidade mundial, de modo que o permissivo judicial se amolda às necessidades dos brasileiros, sem, contudo, comprometer o caráter protetivo da ANVISA.

3.3 Da possibilidade de imposição judicial de meios coercitivos aos Entes Federados nas causas de saúde

Diante de tudo quanto foi exposto até o momento, tem-se a plena possibilidade de proteção jurisdicional ao direito à saúde, em especial quanto ao fornecimento de medicamentos. Tal possibilidade vem sendo reconhecida, como já explanado, pela

maioria dos tribunais pátrios, contando, inclusive, com a sustentação de decisões sistematicamente proferidas pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Contudo, matéria processual inerente ao tema em questão e que a doutrina aborda largamente é no que diz respeito aos mecanismos de efetivação das decisões judiciais que garantem o direito à saúde.

Nesse ponto, vale transcrever o art. 497 do CPC/2015:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Levando-se em consideração que o Poder Judiciário não deve compactuar com a desídia do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis à proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais da vida e da saúde, resta perfeitamente possível a utilização de meios coercitivos.

Muito já se discutiu se a imposição de meios coercitivos como a multa diária ou o bloqueio de verbas públicas seria violadora da impenhorabilidade dos bens públicos ou maculadora do sistema de precatórios. Todavia, a jurisprudência pátria já formou entendimento no sentido de que o direito constitucional à saúde deve prevalecer sobre os princípios do Direito Administrativo ou Financeiro.

Sendo assim, o regime constitucional de impenhorabilidade dos bens públicos, bem como de submissão à prévia dotação orçamentária deve ser conciliado com os demais valores consagrados pela Carta Magna. Ou seja, em caso de eventual conflito, deve ser solucionado pelo método da ponderação, sendo certo que o direito à saúde deve ser prestigiado.

Nesse sentido, a tese exarada no bojo do Recurso Especial nº 1.069.810-RS, firmada sob o sistema processual dos recursos repetitivos:

Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo,

se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

Desta feita, percebe-se que o desafio do Judiciário é conferir plena efetividade às suas decisões relativas a causas de saúde, revelando seu importante papel de aplicador da lei e garantidor da efetivação de direitos e garantias constitucionais fundamentais.

CONCLUSÃO

Após todo o estudo depreendido para a realização deste trabalho, conclui-se que a saúde, como direito subjetivo, deve ser garantida pelo Estado mediante o empreendimento de condutas positivas.

Tendo em vista essa premissa, em caso de omissão por parte do administrador público, é possível que o Judiciário realize controle sobre as políticas públicas relacionadas aos direitos sociais dispostos na Constituição para sua implementação ou correção. Tal atuação se fundamenta no primado da razoabilidade, da garantia do mínimo existencial e do pilar da dignidade da pessoa humana. Todavia, o magistrado deve agir com cautela, encontrando como limitador de sua atuação o princípio da reserva do possível.

O mínimo existencial diz respeito ao “núcleo duro” dos direitos fundamentais e não deve ser entendido como o mínimo para a sobrevivência, mas o mínimo que deve ser conferido ao indivíduo para que tenha uma vida digna. Atua como legitimador da atuação do Poder Judiciário.

De outro lado, o princípio da reserva do financeiramente possível, limitador da atuação judicial, indica a necessidade de disponibilidade financeiro-orçamentária e prévio planejamento para a formulação e concretização de políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais. Logo, não devem ser exigidas condutas impossíveis de serem cumpridas.

Contudo, o referido princípio não deve ser utilizado para que o Estado furte-se ao seu dever constitucional de prestar serviços de saúde a seus cidadãos. Sendo assim, não haverá necessidade de observar a reserva do possível quando estivermos frente a uma demanda de urgência ou relativa ao mínimo existencial.

Desta feita, observados os limites e pressupostos legitimadores, é plenamente possível ao Judiciário ingerir-se na correção de políticas públicas, sem que se fale em afronta à separação de poderes.

Nesse contexto, diante da crescente “judicialização da saúde”, deve-se adotar um novo modelo de processo, onde é necessário que o magistrado converse com o administrador público em busca de informações sobre políticas públicas já implementadas e em fase de implementação, examinando-se o orçamento e ampliando-se o contraditório, a fim de que as decisões concessivas da tutela de saúde não tomem um rumo desarrazoado e irresponsável, o que prejudicaria demasiadamente a máquina pública e toda a população, conseqüentemente.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pg. 30;

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**, 1ªed, Rio de Janeiro, Renovar, 2002;

BARCELLOS, Ana Paula. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**- Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008;

BARROSO, Luis Roberto, **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006;

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: Bucci, Maria Paula Dallaria (coord.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 1-51, esp. 39;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. Ed. Ver., ampli. E atual. Até a Lei nº 12.5877, de 3-1-2012 – São Paulo: Atlas, 2012, p. 999;

CUNHA JR., Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 271;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 57;

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, **Direito à Saúde**, 3. Ed., Bahia: Editora Juspodium, 2014;

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALDINO, Flavio Antônio Esteves. **Direitos não nascem em árvores**, mimeografado, 2000;

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 449-450;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. Nota à 2ª Edição. P. 59;

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. "**Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**". In: **Direitos Fundamentais Orçamento e "Reserva do Possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 11-53, esp. p. 32;

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. "**Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**". In: Revista de Direito do Consumidor, n. 67, jul.-set./2008, p. 125-172;

O USO PESSOAL DE DROGAS NA LEI N.11.343/06: SUA AFRONTA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA DESCRIMINALIZAÇÃO

THAYNÁ EUGÊNIA OLIVEIRA LIMA:

Universitária do Curso de Bacharelado em Direito na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA.

Resumo: Trata-se da análise do artigo 28, da referida lei, em sua totalidade, visto como inconstitucional através de olhos garantidores aos princípios expressos na Constituição Brasileira. Será feito um esclarecimento a respeito dos princípios constitucionais, em tese, violados pela política sancionatória aplicada, assim como, será buscado um aprofundamento em relação ao delito de posse de drogas, quando destinada para consumo pessoal, disposto na lei vigente. O objetivo do presente estudo está elencado na discussão a respeito da (in) constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006. Metodologicamente, será realizada uma pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo. A pesquisa bibliográfica busca explicar e discutir o tema com base em referências teóricas publicadas em livros, revistas, periódicos e outros, além de analisar conteúdos de cunho científico, sobre a matéria estudada.

Palavras-chave: Drogas; Inconstitucionalidade; Constituição.

Abstract: This is an analysis of Article 28 of the law in its entirety, seen as unconstitutional through the eyes of the guarantors of the principles expressed in the Brazilian Constitution. A clarification will be made about the constitutional principles, in thesis, violated by the sanctioning policy applied, as well as a deepening in relation to the crime of possession of drugs, when destined for personal consumption, as set forth in the current law. The objective of the present study is to discuss the (in)constitutionality of article 28 of Law 11.343/2006. Methodologically, a bibliographical and qualitative research will be carried out. The bibliographical research seeks to explain and discuss the theme based on theoretical references published in books, journals, periodicals and others, in addition to analyzing scientific content on the subject under study.

Key-words: Drugs; Unconstitutionality; Constitution.

Sumário: Introdução. 1. Breve Histórico da Legislação Antidrogas Brasileira. 2. A Lei N. 11.343/2006. 3. Princípios Constitucionais e a Violação pela Política Sancionatória. 4. Delito de Posse de Drogas nos casos de Uso Pessoal. 5. A inconstitucionalidade do Art. 28 da Lei N. 11.343/200 e sua Descriminalização. 6. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Não obstante verifica-se que na sociedade de maneira específica no Brasil, os vícios nas drogas levam a perda da vida de muitas pessoas.

Uma vez percebido tal mal que a mesma vinha causando na sociedade criou-se no Brasil uma política de combate às drogas, nesse sentido fora criado a Lei Antidrogas N. 11.343/2006, cujo objetivo é evitar a propagação, punição e ressocialização de pessoas.

Será abordado de maneira específica o artigo 28 da lei de drogas e sua confrontação com a Carta Magna de 1988, bem como, a proteção aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º, inciso X, além do direito da personalidade que diz respeito às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa.

Tendo por objetivo equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade ao Estado foi imposto limites para que não lese ou invada a esfera privada, todavia, com intuito de igualar esses direitos, e por último, o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à discriminação de droga para uso pessoal.

1 BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS BRASILEIRA

No Brasil, a criminalização das condutas referentes as drogas tornadas ilícitas, iniciou-se com a Consolidação das Leis Penais de 1932, com a alteração do art. 159 do Código Penal de 1890, onde fora substituída as palavras “substâncias venenosas” para “substâncias entorpecentes” e também com a amplificação da quantidade de condutas proibidas, bem como, introdução da cominação de pena privativa de liberdade, cravada a quem fornecesse tais substâncias em 1 a 5 anos.

No entanto, é o Decreto-lei 891/38, que fora promulgado na ditadura do Estado novo, que marca a maior sistematização e alcance da proibição. Neste momento, estabelece-se a internação obrigatória de “toxicômanos” e sugere, como circunstância agravante da pena imponible a produtores, comerciantes e consumidores o fato do agente, com a conduta relacionada às drogas verificadas ilícitas, “sugerir ou procurar satisfação de prazeres sexuais”.

Em 1940, com o novo Código Penal, os dispositivos criminalizados se incorporam, no art. 281. Passado algum tempo, a partir da ditadura militar, em 1964 a legislação segue sendo modificada, da seguinte forma:

- A Lei 4.451/64, introduz a tipificação da ação de plantar as matérias primas das substâncias proibidas, ainda mantidas as penas de 1 a 5 anos de reclusão;

- O Decreto-lei 385/68, explicita a criminalização da posse para uso pessoal, impondo-lhe as mesmas penas de 1 a 5 anos de reclusão previstas para o dito “tráfico”;
- Nasce lei específica sobre a temática – a Lei 5.726/71 – que, manteve as tipificações das condutas previstas nas regras do artigo 281 do Código Penal; eleva a pena máxima de 5 para 6 anos; instaura a quadilha específica para o dito “tráfico”, prevendo a possibilidade de sua formação com apenas duas pessoas tendo penas de 2 a 6 anos de reclusão, e ordena o trancamento da matrícula do estudante encontrado com as substâncias proibidas, igualmente a perda do cargo de diretores de estabelecimentos de ensino que deixassem de comunicar às autoridades sanitárias os casos de uso e “tráfico” dessas substâncias no âmbito escolar.

Após cinco anos, surge nova lei especial – a mais conhecida Lei 6.368/76 – que, distinguiu as penas previstas para a posse para uso pessoal, decretou em 6 meses a 2 anos de detenção, triplicando, contudo, as penas para as condutas verificadas como “tráfico”, que passaram a ser de 3 a 15 anos de reclusão.

Desde sua vigência, muitos projetos surgiram e foram apresentados para modificação, até que, dentre diversos projetos, um concebeu à Lei 10.409/2002. A lei trouxe muita impropriedade, assim, diante dos inúmeros vetos apostos pelo Presidente da República, a pretendida substituição da Lei 6.368/76 não se viabilizou. A Lei 6.368/76 conservou-se orientado as definições de crimes e de penas e a lei 10.409/2002 uniu-se a referida, instruindo outros aspectos acerca do tema drogas.

A intenção de substituir a Lei 6.368/76 criou quase que instantânea apresentação de novo projeto, que, em agosto de 2006 foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, resultando na nova Lei 11.343/2006. Entrou em vigor em outubro de 2006, revogou as leis 6.368/76 e 10.409/2002, passando a ser a lei brasileira vigente em matéria de drogas, e que será analisada mais adiante.

2 A LEI 11.343/2006

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (Art. 1º da Lei Antidrogas - Lei 11.343/06).

A Lei 11.343/06, conhecida também como Lei Antidrogas, pode ser dividida em quatro partes.

Podemos considerar a primeira parte sendo a introdução, acompanhada pela segunda parte, que elucida a evolução da legislação brasileira, focando nas Ordenações Filipinas, o Código Criminal do Império, contínuo pelo Código Penal de 1890. E ainda, aduz o que representam as drogas do ponto de vista médico e jurídico.

Na terceira parte introduz a Nova Lei de Drogas, especificamente o artigo 28. Elucida também o conceito de narcotráfico, que refletirá na identificação da quantidade “ideal” aceita para o julgamento de um usuário de drogas. Evidencia os tipos penais objetivos e subjetivos, bem como os sujeitos. Ademais, traz à tona grande questão a respeito da descriminalização. Na quarta parte, temos os objetivos específicos, que tem enfoque ao tratamento do ao usuário diante nova legislação.

A lei de drogas vigente no passado não apresentava eficácia. Atestado que a lei não apresentava resultados bons na luta contra as drogas, a justiça optou por mudar o texto da Lei de Drogas, tendo como objetivo assegurar o direito individual de alguém manter a sua dignidade. Reconhecer a necessidade fez a perspectiva de analisar os problemas provenientes das drogas ser alterado. Dessa forma, buscaram-se formas variadas através da Justiça Restaurativa, visando livrar o usuário do vício e permitindo que ele exerça sua autodeterminação, evidenciando seu direito à sua dignidade, conforme estabelece a Constituição Federal.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A VIOLAÇÃO PELA POLÍTICA SANCIONATÓRIA

Nesta seção, o objeto de estudo, será atribuído às previsões constitucionais, elencadas pela Constituição de 1988, a respeito dos direitos e garantias individuais, e o conflito criado pelo caráter criminoso e sancionatório inserido pela previsão legal que pune o usuário pela posse de droga, destinada ao uso pessoal.

A respeito da Constituição Federal, Nervo (2005, p.174) explica:

A Constituição Federal, de 1988, é considerada o grande marco histórico nacional, na conquista de direitos e garantias individuais tidas como fundamentais na busca pela

redemocratização político e social pátria, principalmente, em razão de que, na ocasião de sua promulgação, o Brasil findava um triste período de sua história, em que fora governado por uma ditadura, a qual perdurou nos anos de 1964 a 1985. Na época, o país se encontrava em um novo processo de redemocratização, em que havia a necessidade de devolver ao povo todos os direitos que lhes haviam sido suprimidos durante o processo ditatorial.

A Carta Magna, de 1988, exibiu-se ao território nacional, buscando uma forma de restaurar o que fora abolido de seus habitantes durante o regime da ditadura, ao deliberar no texto constitucional garantias e direitos individuais, que devolviam a segurança de um país chefiado pela cidadania e democracia. Expressos no título II da Constituição, os direitos fundamentais, podem, conforme explica Masson (2012, p. 191), ser definidos, da seguinte forma:

Em suma, os direitos fundamentais cumprem na nossa atual Constituição a função de direitos dos cidadãos, não só porque constituem – em um primeiro plano, denominado jurídico objetivo – normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo essencialmente as ingerências destes na esfera jurídico individual, mas também porque – num segundo momento, em um plano jurídico subjetivo – implicam o poder de exercitar positivamente certos direitos (liberdade positiva), bem como o de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões agressivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Nessa mesma premissa, assim entende Carvalho (2014, p. 374):

O Direito Penal não tem legitimidade de intervir nas opções pessoais, bem como não pode impor padrões de comportamentos morais que intensificam o desrespeito à diversidade e ao pluralismo. É indiscutível que a criminalização da posse de drogas para consumo próprio demonstra uma tendência moralizadora/padronizadora das vias penais que não se coaduna com os direitos e garantias individuais. Em razão destas garantias constitucionais do direito à intimidade e à vida privada os indivíduos possuem plena liberdade sobre seus atos e escolhas pessoais, desde que não invadam ou prejudiquem bens jurídicos alheios.

Dessa forma, verifica-se que tais direitos perfazem, fundamentalmente, o encargo de limitar a intervenção do poder do Estado na esfera da vida privada do indivíduo. Sendo então, proporcionando a ele, as decisões e iniciativas particulares que venham, tão somente, atingi-los de forma positiva ou negativa, desde que tais ações não reflitam em terceiros.

No que tange à ação punitiva do Estado, diante a posse de drogas para uso pessoal, a atitude de punir, fere alguns princípios fundamentais concebidos na Constituição Federal de 1988, sendo eles: o princípio da intervenção mínima; princípio da humanidade ou dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF); princípio da lesividade ou da ofensividade e o princípio da alteridade (BRASIL, 1988, [s.p.]).

Inicialmente, é necessário definir o significado de um princípio constitucional e sua valoração referente a sua relevância e aplicabilidade, perante o caso concreto. Segundo explica Novelino (2009, p. 132) “[...] um princípio faz parte de um ordenamento jurídico, o que se quer dizer é que os aplicadores do direito devem levá-lo em consideração, se for o caso, como critério determinante na escolha de um ou outro sentido”.

Além disso, segundo o entendimento doutrinário de Novelino (2009, p. 136), de forma hipotética, num conflito entre norma e princípio, via de regra “[...] não há qualquer tipo de hierarquia normativa entre princípios e regras, sendo que qualquer umas das espécies poderão prevalecer sobre a outra caso estejam contidas em um estatuto de mesmo grau hierárquico”.

Diante disso, é evidente a necessidade e pertinência de um aprofundamento, tanto na compreensão quanto no domínio de cada um desses princípios constitucionais, a fim de evidenciar como estes princípios são dispensados na ação do Estado, ao punir o usuário de drogas.

O princípio da dignidade da pessoa humana, é previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e busca garantir a liberdade dos indivíduos limitando o poder do próprio Estado. Dignidade, segundo Agostini (2009, [s.p.]) baseado no entendimento de Kant, pode ser compreendida, como:

[...] o sentimento de respeito: um sentimento a priori, destinado apenas à pessoas; um sentimento que impede que os seres humanos sejam tratados simplesmente como um meio, isto é, que sejam manipulados, instrumentalizados; e que, fundado na reciprocidade entre os seres humanos requer desses, que podem exercer sua capacidade de moralidade, não tratar como meros

meios aqueles que não podem, mas considerá-los como fins em si mesmos, isto é, como se estivessem em condições para tal [...].

Lima (2012, p.33) compreende que “[...] o preceito do artigo 28 agride o princípio da dignidade humana, o qual possui posição privilegiada na Carta Magna por ser considerado basilar e norteador de toda e qualquer interpretação da ordem jurídica”.

Para Moares (2000, p. 60):

A dignidade da pessoa humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Percebe-se que este é um dos princípios essenciais na construção de uma sociedade, que almeja um Estado ideal, em harmonia, onde o cidadão é livre para agir, conforme seu arbítrio e sua íntima moralidade, livre das imposições dos poderes estatais. A respeito da expressa previsão constitucional deste princípio e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, Rocha (1999, p. 23) esclarece:

[...] é relevante ressaltar o fato de que os ordenamentos normativos, obviamente, não concedem dignidade. O que eles fazem é apenas o reconhecimento da dignidade como dado essencial da construção do universo jurídico. Enquanto princípio constitucional, a dignidade permeia e orienta o ordenamento que a concebe como fundamento, porém seu significado é muito mais amplo que a conceituação jurídica que venha a ser adotada. A dignidade prevalece como condição da essência humana, ainda que um dado sistema jurídico não a conceba.

Em outras palavras, significa dizer que a dignidade inerente da pessoa humana supera a relevância da previsão expressa constitucionalmente visto ser essencial para a obtenção de uma sociedade livre e igualitária, em que o Estado apenas cumpre as funções que são instituídas, sem violar a vida privada do cidadão, gerando assim autonomia e dignidade.

Na mesma vertente buscada pelo princípio da dignidade, destaca-se o princípio da intervenção mínima, ou "*ultima ratio*" como também é conhecido. Este tem como função orientar e limitar o poder incriminador do Estado e só é utilizado se comprovado meio necessário para prevenção de ataques contra bens jurídicos relevantes, serve como fundamentador em casos extremos (BITENCOURT, 2017, p.60).

Greco (2009, p. 79) explica:

O referido princípio, conforme pode ser observado, busca limitar o intervencionismo do Estado, ao restringir sua atuação aos casos em que houver real necessidade, quando o objeto da intervenção seja a sociedade em toda a sua abrangência, para fins de resguardar o bem maior, sem, contudo, invadir a vida privada do indivíduo, permitindo-se somente em casos excepcionais. Ou seja, não pode o Direito Penal servir de instrumento único de controle social, dessa forma, estaria banalizando a sua atuação, a qual deve ser subsidiária, isto é, a última alternativa.

Já o princípio da lesividade ou da ofensividade não tem previsão expressa na Constituição, mas possui base constitucional, de forma implícita.

O artigo 13 do Código Penal Brasileiro determina que "o resultado de que depende a existência de um crime somente é imputável a quem lhe deu causa". (BRASIL, 1940, [s.p.]).

Para que ocorra o desvalor da conduta, é necessário, por força legal, que haja o desvalor do resultado, ou seja, sem resultado, não há ofensa, nem prejuízo a bens jurídicos. O princípio da lesividade funda-se nos três elementos constitutivos do crime, sendo estes a natureza do resultado e os efeitos que produz. Assim, a absoluta necessidade das leis penais fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos dispostos como proibidos. Segundo Ferrajoli (2006, p. 427-429):

Somente as proibições, da mesma forma que se dá em relação às penas, podem ser configuradas como instrumentos de minimização da violência e de tutela dos mais fracos contra os ataques arbitrários dos mais fortes, no marco de uma concepção mais geral do direito penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. O princípio da lesividade tem tido um papel essencial na definição do moderno Estado de direito e na elaboração de um direito penal mínimo, facilitando uma fundamentação não teleológica nem ética, senão laica e jurídica, orientando-o para a função de defesa dos sujeitos mais

frágeis por meio da tutela de direitos e interesses considerados necessários ou fundamentais.

O Direito Penal precisa limitar sua atuação a necessidade real, isso não significa dizer que deve se abster de seu papel sancionatório, sendo responsável por gerar segurança à sociedade, porém, deve ser dispensado aos casos em que não houver qualquer espécie de detrimento que vitime a população.

O princípio em questão, segundo explica Araújo (2012, p.11), possui quatro funções, sendo elas: "A) impede a incriminação de condutas internas; b) impede a incriminação da autolesão; c) impede a incriminação de meros estados existenciais; d) impede a incriminação de condutas que não afetem qualquer bem jurídico".

A respeito do princípio da alteridade, Lima (2012, p.10) afirma que, este, foi desenvolvido pelo penalista alemão Claus Roxin, e tem como acepção a proibição de que sejam incriminadas as condutas que dizem respeito a atitudes, meramente, individuais, ou seja, aquelas que não ofendem a nenhum bem jurídico ou direito e interesse de terceiros. Isto é, ações consideradas imorais, inapropriadas, mas que são puramente internas e particulares, não podem ser penalizadas, ante a ausência do elemento da lesividade, o qual é o que traz legitimidade a intervenção penal. Em face desse princípio não se punem, as chamadas autolesões, salvo no caso em que a ação gere prejuízos a terceiros.

Dessa forma, compreende-se, que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal configura afronta ao princípio da alteridade, pois a conduta não transcende a esfera individual, por conseguinte, o Estado retira do indivíduo a prerrogativa de gerir sua vida da maneira que julgar adequada, ocasionando violações ao direito à liberdade, à intimidade e à inviolabilidade da vida privada.

Segundo Karam (2013, p. 25):

A simples posse para uso pessoal das drogas tornadas ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais.

Diante o que dispõem cada um dos referidos princípios constitucionais, evidencia-se, razoável, a compreensão de que a ação punitiva do Estado em face do

usuário de drogas, incide de forma violadora no ordenamento jurídico nacional, o que pode gerar crítica infringência ao texto constitucional.

4 DELITO DE POSSE DE DROGAS NOS CASOS DE USO PESSOAL

A lei 11.343/06 institui fatos típicos e determina suas respectivas penas no capítulo III - "Dos crimes e das penas". Nele, está inserido o artigo 28, que alude sobre a posse de drogas para uso pessoal nos seguintes termos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

É notório que os legisladores buscaram diferenciar, precisamente, na tipificação, mas especialmente, nas penas, o usuário do traficante. Todavia, isso não significa a descriminalização da posse.

O artigo 28 da lei 11.343/06 foi despenalizado, tão somente, acerca da pena prevista no artigo 16 da lei 6.368/76.

A despenalização abrange a alteração de conduta já tipificada como crime através de uma nova lei que retire a possibilidade de prisão da reprimenda, sem rejeição do caráter criminoso da conduta, que será punido de forma mais branda, claramente o que ficou demonstrando pelas leis 6.368/76 e 11.343/06.

A descriminalização seria quando uma lei nova retira o caráter criminoso da conduta, não podendo ser considerado mais como crime. Deveras, é o que pretendiam fazer alguns juristas com o artigo 28 da Lei 11.343/06.

No Recurso Extraordinário 635.659, proposto pelo defensor público-geral de São Paulo, é questionada a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. O relator, ministro Gilmar Mendes, votou pelo provimento do RE no sentido de declarar a inconstitucionalidade do art. 28 sem redução de texto, sob os seguintes argumentos, em suma:

1) o uso de drogas geraria um dano privado, sendo, portanto, desproporcional tratá-lo como crime;

2) tendo em vista que o uso se configura numa autolesão, o tratamento penal estaria também ferindo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação.

A punição pelo crime (com ou sem pena) de portar drogas para uso pessoal, é tarefa que cabe ao legislador. Ou seja, se não há previsão constitucional expressa vedando a possibilidade de criminalizar determinadas condutas, não compete ao Judiciário, pois este é um espaço de conformação democraticamente estabelecido ao Congresso Nacional.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006 E SUA DESCRIMINALIZAÇÃO

Ao falar de drogas, é inevitável não relacionar o tema ao usuário e seu consumo pessoal. Essa divergência relativa à conduta do uso, efetiva o nascimento de duas vertentes, sendo que uma favorável à descriminalização do uso de drogas e outra contrária, devendo, portanto, permanecer criminalizado.

A lei 11.343/06 entrou em vigor com a expectativa de proporcionar um trato diferenciado ao usuário e dependente de drogas. Dessa forma, essa expectativa convocou a descriminalização das drogas pela legislação brasileira. Porém, embora a disposição do artigo 28 da referida lei tenha instituído penas mais brandas, não aconteceu a descriminalização para o uso pessoal.

Na vertente descriminalizadora, a alegação que os defensores trazem tem como pilar a divergência da nova lei com o art. 5º, X, da CR/88. Uma vez que tratando-se de usuários, há de ser falar em dependência química, que é questão de saúde pública e não de penalização, assim como, ser a criminalização aspecto de marginalização e estigmatização do dependente.

As condutas elencadas no caput do art. 28 supracitado, careceriam ser tipificadas enquanto crime, de acordo com o objetivo do indivíduo em adquirir, transportar, guardar, dentre os outros. Ora, se fosse para terceiro, mas não, é para uso próprio, o foco da questão, então, remete-se à criminalização de uma conduta que entrava somente o usuário e não a terceiro.

Neste sentido, aduz BARROS (2019, s.p.) que:

O bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei de Drogas é a saúde pública, o mesmo que se pretende proteger com o delito do art. 33, estar-se-ia incorrendo em inconstitucionalidade por ofensa

ao postulado da proporcionalidade, sob o aspecto da proteção deficiente (controle de evidência), já que a Constituição traz no art. 5º, inciso XLIII, mandado de criminalização expresso para o tráfico de drogas – equiparado a crime hediondo e que atenta inequivocamente contra a saúde pública, repise-se -, de maneira que não faria sentido apenas com uma advertência uma conduta que também põe em risco o mesmo bem jurídico.

Ao definir esse crime considerado de perigo abstrato, o legislador calculou o uso da droga em quaisquer das situações previstas e ainda, para uso próprio, poderia causar danos à saúde de outrem.

Esclarece BARROS que:

“Desenvolvendo o argumento de que “o porte de drogas para uso pessoal não afeta a saúde pública, bem jurídico protegido pelo Direito Penal e que justificaria a punição do tráfico de drogas, mas apenas, e quando muito, a saúde individual do usuário, não preenchendo um requisito básico para a incriminação de condutas (princípio da lesividade).”

Logo, torna-se desnecessária a intervenção do Estado, através do direito penal em condutas individuais com capacidade danosa, tendo em vista, que o foco deve ser o fato de tratar-se de escolha individual, de uma pessoa racional e capaz, onde o dano refletirá a si próprio e não a terceiros, insinuando supostamente uma violação constitucional. Portanto, de acordo com o princípio da ofensividade, não há crime sem danos ou perigo tangível de lesão ao bem jurídico. Assim, não haverá crime se a conduta violar apenas bens jurídicos pessoais, dada a ausência de transcendentalidade da ofensa. Pode-se concluir então, que o porte de drogas para uso pessoal não supera a esfera privada do agente, não podendo então, admitir a incriminação penal de tal conduta.

Contudo, tal entendimento não prevalece. A defesa da descriminalização tem alegações fortes e razoáveis, porém, existe uma segunda vertente que não partilha desse entendimento. Para essa vertente, os Estados tem capacidade de verificar o efeito da criminalização, ao contrário dos efeitos da descriminalização, que não se podem precisar quais seriam. Essa ausência de mensuração seja sobre o usuário, seja sobre a sociedade, guia a premência de examinar o tema com ponderação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei n. 11.343/2006, trouxe novidades acerca da aplicação das penalidades, forçando a alteração de hábitos jurídicos. O grande marco da nova lei se deu com a despenalização para o uso pessoal da droga, contudo, consoante exaustivamente indicado ao longo estudo, não houve a legalização das drogas pela legislação brasileira.

Averigua-se, deste modo, que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, permanece sendo um ilícito penal, semelhante às Contravenções Penais, restando ao agente às sanções previstas na lei.

Encarcerar o usuário era um agravante problema. A lei 11.343/06 veio a adequar uma nova realidade social. Inovando com a despersonalização, extinção pena privativa de liberdade, sujeitando o agente apenas às penas restritivas de direito.

Inclusive a esse respeito, o não cumprimento das penas restritivas de direito, ocasionam ao agente o pagamento de multas, que conseguem abranger o valor máximo apreciado em R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais), traduzindo-se para uma penalidade coercitiva maior que as instituídas aos crimes comuns sujeitos a pena de reclusão e detenção e/ou multa.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Leonardo. **Autonomia: fundamento da dignidade humana em Kant. Dissertação (Mestrado em Filosofia)**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/2823>. Acesso em 14 maio 2021.

ARAÚJO, Fábio Roque. **Princípios Constitucionais Penais e os Direitos Fundamentais**. 2012. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/5-F%C3%A1bio_Roque_Principios_Constitucionais_Penais_e_os_Direitos_Fundamentais.pdf?1372869867. Acesso em 14 maio 2021.

BARROS, Régis Pedrosa. **Sobre a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5717, 25 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72291>. Acesso em: 20 abril. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado do Direito Penal: Parte Geral**. 23ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** – Salo de Carvalho. – 7. ed ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente; **RASSI**, João Daniel. *Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Gisele. **Direito Penal do Inimigo**. 2012. Disponível em: <http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdf/v3-n1-2012/Gisele2.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. P. 706/707

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: Legalizar para respeitar os Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 26 abril 2021.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. V.1. 6ed. Rio de Janeiro: Forense; 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERVO, Adriano Codato. **Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia**. Revista de Sociologia e Política, n. 25, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Interesse Público**, v.1, n. 4, 1999.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 05 mar 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659/SP**. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 mar 2021.

_____. **Decreto-Lei No 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01 mar 2021.

_____. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em 01 mar 2021.

MANDADO DE SEGURANÇA E A TEORIA DA ENCAMPAÇÃO

KAMILA MIRANDA SENA: Advogada. Ex-Técnico do MPE/RN. Ex-Assessor Jurídico do MPE/RN. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito Tributário e Planejamento Tributário pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: O presente estudo tem o escopo de analisar a aplicabilidade da Teoria da Encampação, criação jurisprudencial, que surgiu para mitigar a indicação equivocada da autoridade coatora, em sede de Mandado de Segurança. Para tanto, será feita uma análise inicial acerca da discussão doutrinária e jurisprudencial concernente à legitimidade para figurar no polo passivo da ação mandamental. Em seguida, serão traçadas breves considerações sobre a definição da autoridade coatora. Por fim, se adentrará na temática da Encampação, oportunidade em que demonstrar-se-á os requisitos exigidos para a sua configuração.

Palavras-chave: Mandado de Segurança. Autoridade coatora. Teoria da Encampação.

ABSTRACT: The present study has the scope of analysing the applicability of the Engravament, creation case, which emerged to mitigate the mistaken indication of the coactor authority, in the writ of mandamus. For this, an initial analysis will be conducted about the doctrinal and case discussion regarding the legitimacy to figure in the passive pole of the mandamental action. Then brief considerations will be drawn on the definition of the coactor authority. Finally, it will be entered into the thematic of the engravement, opportunity to demonstrate the requirements required for its configuration.

Keywords: Writ of mandamus. Coactor Authority. Engravement Theory.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DA CONTROVÉRSIA SOBRE A LEGITIMIDADE PASSIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA. 3 DA DEFINIÇÃO DA AUTORIDADE COATORA. 4 DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. 4.1 Introdução. 4.2 Dos requisitos autorizadores e da

Súmula nº 628, do STJ. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho científico em tela tem por finalidade a discussão acerca da Teoria da Encampação no âmbito do mandado de segurança, bem como sobre os requisitos exigidos cumulativamente para a sua aplicação.

Desta feita, o presente artigo será dividido em 3 (três) capítulos. O primeiro Capítulo analisará a controvérsia existente sobre a legitimidade para figurar no polo passivo da ação mandamental. Para tanto, discorrer-se-á sobre as três teorias existentes sobre o tema. No segundo capítulo, serão feitas ponderações, de forma bastante objetiva, sobre a identificação da autoridade coatora.

Por sua vez, o terceiro e último capítulo, analisará, pormenorizadamente, os requisitos criados pela jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça para viabilizar a aplicação da Teoria da Encampação, que, inclusive, culminou na edição do enunciado de súmula de nº 628, do STJ.

Para enfrentar as questões propostas e, por conseguinte, alcançar o desiderato científico, se buscará referências doutrinárias e jurisprudenciais.

Por fim, ao final da leitura do presente trabalho, será possível identificar as hipóteses em que, cumpridos os requisitos exigidos pela Teoria da Encampação, a autoridade que não praticou o ato reputado coator seja considerada legítima para ocupar o polo passivo da ação mandamental, evitando, assim, a extinção da ação sem julgamento do mérito.

2 DA CONTROVÉRSIA SOBRE A LEGITIMIDADE PASSIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA

De início, mister se faz tecer algumas considerações acerca da discussão atinente à legitimidade passiva *ad causam* da ação constitucional do mandado de segurança.

Com efeito, a jurisprudência e doutrina pátria se desentendem sobre quem deve figurar no polo passivo da demanda mandamental: se a denominada autoridade coatora ou a pessoa jurídica a quem esta está vinculada; ou, ainda, se existe um litisconsórcio necessário entre ambas.

Os juristas que compõem a primeira corrente advogam que a legitimidade passiva do *writ of mandamus* é da pessoa jurídica a que pertence a autoridade reputada coatora.

Assim o fazem com fulcro no disposto no art. 2º, da Lei nº 12.016/2009 (Nova Lei do Mandado de Segurança), haja vista que a aludida regra preconiza, de forma expressa, que as consequências financeiras advindas da ilegalidade ou da abusividade serão arcadas exclusivamente pela própria pessoa jurídica.

Pela importância, transcreve-se, em seguida, o teor do mencionado dispositivo legal: “Art. 2º. Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.”

Acrescente-se que a corrente em tela igualmente encontra seu fundamento na doutrina administrativista, mormente na teoria do órgão, segundo a qual a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, os quais, por sua vez, são compostos por agentes públicos.

Para esta vertente de estudiosos, a autoridade coatora, apesar de definir a competência do juízo, é apenas uma mera informante, não devendo, por isso, ser considerada a peça informativa por ela apresentada como defesa, mas como meio de prova.

Segundo Carneiro (2017, 532):

Com efeito, é a pessoa jurídica quem responde pelas consequências financeiras da demanda, sujeitando-se aos efeitos da coisa julgada que vier a se produzir. Tanto isso é verdade que, havendo a renovação da demanda pelo procedimento comum, haverá coisa julgada, estando configurada a tríplice identidade prevista no § 2º do art. 337 do CPC, é dizer, haverá a identidade de demandas por coincidirem as causas de pedir, os pedidos e, ressalte-se, as partes. A identificação da autoridade coatora serve para definir a competência do juízo, além de precisar quem deve, especificamente, sofrer o comando judicial e cumpri-lo. Deve ser indicada como autoridade, no mandado de segurança, aquele agente público com competência para desfazer o ato atacado ou para cumprir a determinação.

Sobre o tema em discussão, importante, ainda, trazer à baila as ponderações feitas pelo brilhante doutrinador Donizzeti (2010, 46):

A questão relativa à legitimação passiva no mandado de segurança não deveria suscitar tantas discussões; afinal, parte passiva é a pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade coatora, porquanto é ela quem suportará as consequências financeiras da demanda e será atingida pela coisa julgada.

[...]

No STJ consolidou-se a orientação de que “no mandado de segurança a legitimação passiva é da pessoa jurídica de direito público a que se vincula a autoridade apontada como coatora”.

A segunda corrente, por seu turno, acredita ter legitimidade passiva a pessoa física que praticou o ato ilegal ou abusivo, isto é, a própria autoridade apontada como coatora, haja vista que, nas palavras de Fux (2014):

[...] a notificação para prestar as informações, bem como as ordens de execução da segurança ou da própria liminar são sempre endereçadas à própria autoridade coatora, em que pese os efeitos patrimoniais serem suportados pela pessoa jurídica de direito público a ela vinculada. Essa tese, portanto, desconsidera que a autoridade seja apenas agente da pessoa jurídica responsável pelo desempenho da função pública, desprezando a teoria do órgão consagrada em nosso ordenamento jurídico.

Por oportuno, ressalte-se críticas à corrente em tela no sentido de que esta renega a existência da consagrada teoria do órgão, porquanto ignora que o agente constritor apenas seja um agente da pessoa jurídica responsável pela execução das funções públicas.

Uma terceira corrente, forte na interpretação literal dos arts. 6º, *caput*, 7º, incs. I e II, e 13, *caput*, da Lei retromencionada, defende a existência de um litisconsórcio passivo necessário entre o agente coator e a pessoa jurídica a ela vinculada.

Para os seus defensores, a nova Lei do Mandado de Segurança, ao determinar

a cientificação da pessoa jurídica para, em querendo, ingressar no feito, dando a entender que como se esta já não estivesse apresentada pela autoridade constritora, exigiu, assim, a formação de litisconsórcio necessário entre autoridade coatora e pessoa jurídica de direito público.

Neste ponto, há de se destacar que o colendo Superior Tribunal de Justiça⁵¹ já sedimentou seu entendimento no sentido de inexistir o pretendido litisconsórcio, posto ser a autoridade coatora um mero órgão da pessoa jurídica.

Isto é, a autoridade coatora que figura no polo passivo é a própria pessoa jurídica por ela apresentada, o que torna, por conseguinte, impossível um litisconsórcio entre uma e outra.

Ainda, acrescente-se a existência de ferrenhas críticas à essa última linha de pensamento no sentido de que a configuração de um litisconsórcio passivo necessário acarretaria atribuições processuais, e que vão de encontro ao caráter sumário e célere que rege o procedimento mandamental.

Por oportuno, atente-se para a brilhante observação feita por Neves (2013):

Registre-se que o entendimento de que não existe litisconsórcio passivo necessário entre autoridade coatora e pessoa jurídica de direito público não afasta a existência dessa espécie de litisconsórcio do mandado de segurança. Como assentado na doutrina, sempre que algum sujeito vir a sofrer os efeitos jurídicos diretos do mandado de segurança em sua esfera jurídica, deverá fazer parte do polo passivo da ação juntamente com a pessoa jurídica de direito público, em litisconsórcio necessário. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, consolidou o entendimento de que a ausência desse sujeito enseja nulidade absoluta que, após o trânsito em julgado, enseja vício de rescindibilidade a ser alegado por meio de ação rescisória.

Expostas as correntes e seus respectivos posicionamentos, expõe-se que neste breve trabalho, será adotada a primeira linha de pensamento doutrinário, a qual é, inclusive, a dominante.

51 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 86030 AM 1996/0002779-0**. 2ª Turma. Rel. Min. Francisco Pecanha Martins. j. 15/04/1999. DJ 28/06/1999.

E, por conseguinte, entende-se que no polo passivo da ação mandamental deve figurar a pessoa jurídica, a qual deverá suportar os efeitos decorrentes da decisão, não obstante o ato impugnado tenha sido praticado por agente público, pessoa física, que a integra.

3 DA DEFINIÇÃO DA AUTORIDADE COATORA

Após as ponderações acerca da discussão vigente sobre quem deve figurar no polo passivo do *mandamus*, resta-nos, agora, identificar a autoridade coatora.

A questão não carece de maiores discussões, porquanto a nova Lei do Mandado de Segurança, em seu art. 6º, §3º, se desincumbiu desse mister, ao prever que: “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.”

Nessa toada, destaque-se que nem todo agente público pode ser reputado autoridade, considerando que somente possui o atributo de autoridade o agente público dotado de poder decisório, em conformidade com o quanto disposto no art. 1º, § 2º, III, da Lei n. 9.784/94.

Sobre o tema em estudo, ressalte-se as lições de Navarro (2013):

Para ser o coator não basta que o agente tenha autorizado o ato ou praticado. Isso porque, em certos casos, por ter apenas cumprido a ordem, sendo mero executor do ato, o agente não poderá figurar no polo passivo, porquanto lhe faltará justamente a competência para desfazer a ilegalidade. É imprescindível, assim, para o sucesso do MS a escolha correta da autoridade coatora, sob pena de se obter uma ordem inócua. E a melhor definição é aquela que considera autoridade a que possui atribuição para desfazer o ato.

Dessarte, resta cristalino que a identificação da autoridade se dá por meio da identificação do agente que tenha competência para ordenar o desfazimento do ato impugnado ou fazer cessar os seus efeitos.

Nessa esteira, infere-se ser possível enquadrar os particulares como autoridade coatora, quando estes desenvolverem função pública e por delegação de poder, como

é o caso do Tabelaio.

Também as pessoas jurídicas de direito privado podem ser reputadas autoridade coatora, desde que o ato atacado se submeta a regime jurídico de direito público, não se tratando de mero ato de gestão, como se depreende do teor do enunciado de Súmula nº 333, do STJ: “Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública.”

Corroborando o acima exposto, é de clareza solar a redação do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.016/09:

§1º. Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Diante das considerações retro expostas, vislumbra-se que a autoridade coatora é aquela que, no exercício da função pública, além de possuir poder decisório, tem a competência para desfazer a ilegalidade ou abusividade perpetrada, seja porque praticou o ato (não apenas na qualidade de mero executor), seja porque ordenou concreta e especificamente a sua execução, e responde por suas consequências administrativas.

4 DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO

4.1. Introdução

A indicação errônea da autoridade coatora ainda gera controvérsias no tocante às suas consequências. Diverge-se, pois, se o feito deve ser extinto sem julgamento do mérito, ou se é legítima a convalidação do vício, viabilizando-se, por consequência, o prosseguimento do feito.

Como exposto alhures, acompanhamos, neste breve estudo, a corrente de pensamento majoritária, que se posiciona no sentido de que o polo passivo do remédio constitucional em tela deve ser ocupado pela pessoa jurídica, que figura no processo apresentada pela autoridade coatora.

Como decorrência deste raciocínio, o erro na indicação do agente constritor, em regra, não acarretará a extinção do processo por ilegitimidade passiva, até porque este não é parte no processo. Em verdade, a ilegitimidade só poderá ser decretada quando o erro na identificação da autoridade coatora importar na alteração da pessoa jurídica indicada no polo passivo, verdadeira parte no processo.

Em outras palavras, a correta indicação da pessoa jurídica a que pertence a apontada autoridade coatora torna indiferente o equívoco na indicação desta última, salvo algumas exceções.

Outrossim, em decorrência da manifesta complexidade estrutural dos órgãos públicos, fato este que dificulta e, muitas vezes, impede a exata identificação da verdadeira autoridade coatora, e em prestígio aos princípios da efetividade e da economia processual, o STJ assentou a sua jurisprudência no sentido de ser possível, na maioria dos casos, a correção da autoridade coatora apontada de forma ilegítima.

Para a Colenda Corte da Cidadania, considerando que o escopo primordial *writ of mandamus* é a proteção de direito líquido e certo, bem como da garantia do indivíduo em face do Estado, este remédio constitucional assume vital importância, razão pela qual questões meramente de forma não devem, em regra, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo ou ilegal da autoridade.

Em virtude desse entendimento, nasceu a Teoria da Encampação, com o escopo de mitigar a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança. Entretanto, existem requisitos para a sua legítima aplicação, os quais serão vistos de forma pormenorizadas no tópico seguinte.

4.2 Dos requisitos autorizadores e da Súmula nº 628, do STJ

Cumpre-nos, agora, enfrentar os requisitos exigidos para a aplicação da teoria da encampação no *writ of mandamus*.

Ab initio, deve-se ter em consideração as seguintes premissas: i) o sujeito passivo na ação mandamental é a pessoa jurídica, em conformidade com a posição majoritária e adotada neste estudo; ii) a competência é fixada em virtude da autoridade apontada como coatora pelo impetrante.

Assim sendo, reitere-se, a equivocada indicação da autoridade coatora, a rigor, não pode ocasionar o reconhecimento de ilegitimidade passiva, até porque esta não é, de fato, parte no processo. A ilegitimidade, portanto, apenas deve ser decretada em caso de erro na indicação da pessoa jurídica.

De outra banda, a denominada Teoria da Encampação é, em síntese, uma criação da jurisprudência, que visa mitigar a equivocada indicação do agente coator, e, em conformidade com o STJ, tem aplicabilidade quando restarem configurados, cumulativamente, os seguintes requisitos arrolados na Súmula nº 628, do STJ52, *in verbis*:

Súmula 628-STJ: A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado;
- b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e
- c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal.

Para fins de melhor elucidação sobre o tema em debate, veja-se o aresto abaixo transcrito⁵³, um dos primeiros precedentes do STJ a discorrer, de forma sistematizada, sobre tais requisitos e que, inclusive, serviu de inspiração para a edição do enunciado sumular retro transcrito:

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CEBAS. CANCELAMENTO DE ISENÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. São três os requisitos para aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança: existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Precedente da Primeira Seção: MS 10.484/DF, Rel. Min. José Delgado.

2. O ato coator apontado foi exarado pelo Chefe da Seção de

52 STJ. 1ª Seção. Aprovada em 12/12/2018, DJe 17/12/2018.

53 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **MS 12.779/DF**. Primeira Seção. Rel. Ministro Castro Meira. j. 13.02.2008. DJ 03.03.2008.

Orientação da Arrecadação Previdenciária, da Delegacia da Receita Previdenciária de Niterói/RJ, vinculada à Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social.

3. O conhecimento do writ esbarra na alteração de competência estabelecida pela Carta da República.

4. A documentação colacionada pelo impetrante mostra-se insuficiente para

comprovar a ilegalidade do ato administrativo que revogou a isenção tributária que lhe fora concedida com base em cancelamento do Cebas.

5. A alegação de inexistência de cancelamento esbarra em documento acostado pela própria impetrante, que atesta situação inversa.

6. Ordem denegada.

Acerca da Teoria da Encampação, veja-se que:

[...] o Superior Tribunal de Justiça vem flexibilizando seu entendimento pela extinção do processo, ao admitir a indicação errônea da autoridade coatora por meio da teoria da encampação. Para o tribunal, o mandado de segurança deve ser julgado normalmente desde que: (a) houver vínculo hierárquico entre a autoridade erroneamente apontada e aquela que efetivamente praticou o ato ilegal; (b) a extensão da legitimidade não modificar regra constitucional de competência; (c) for razoável a dúvida quanto à legitimação passiva na impetração; e (d) houver a autoridade impetrada defendido a legalidade do ato impugnado, ingressando no mérito da ação de segurança. Como se pode notar da teoria da encampação, não haverá propriamente correção da autoridade coatora, criando-se por meio de uma ficção jurídica a legitimidade para figurar no processo como autoridade coatora de um sujeito que em tese não a teria. (NEVES, 2013)

Atente-se, ainda, para o que leciona Bueno (2010):

[...] a depender do conteúdo das informações, a questão relativa

à ilegitimidade passiva da autoridade coatora possa ser descartada pela aplicação do que vem sendo chamado, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de “teoria da encampação”. São as hipóteses em que, não obstante a alegação de ilegitimidade, a autoridade coatora acaba por defender a juridicidade do ato. Entende-se que nesses casos, não havendo qualquer prejuízo para a adequada formação e desenvolvimento do processo, máxime quando a autoridade apontada como coatora tiver vínculo de hierarquia com a que deveria ter participado do processo, e não havendo alteração de competência, não há por que deixar de enfrentar o *mérito* do mandado de segurança.

No que tange ao primeiro requisito supramencionado, vê-se que encampação pressupõe que a autoridade hierarquicamente superior tenha prestado informações. Isto é, não há que se falar em aplicabilidade da teoria da encampação quando as informações forem prestadas por autoridade hierarquicamente inferior à que deveria figurar legitimamente no processo, mesmo quando aludidas informações veiculem em seu bojo defesa de mérito ao ato impugnado.

Assim, infere-se que autoridade de hierarquia inferior não pode “encampar” ato que deveria ser praticado pela superior. Caso fosse possível invocar a teoria em comento em tais casos, haveria uma verdadeira usurpação de competência superior pela autoridade hierarquicamente inferior.

Nessa esteira, mister trazer à baila o esclarecedor entendimento do Colendo STJ54, *in verbis*.

“Ementa. Processual civil. Recursos ordinário e especial em mandado de segurança. Art. 535 do CPC: Súmula 284/STF. Legitimidade ativa do contribuinte de fato para questionar a alíquota do ICMS. Mandado de segurança com efeitos patrimoniais pretéritos: Descabimento. Súmulas 269 e 271 do STF. Teoria da encampação: inviabilidade. Alteração, pelo Judiciário, de ato normativo: Descabimento. 1. O contribuinte de fato, por suportar o encargo financeiro do ICMS, tem legitimidade para questionar judicialmente a alíquota do imposto. 2. Não cabe mandado de segurança objetivando efeitos

54 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RMS 28745/AM**. 1ª Turma. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. j. 19/05/2009. DJ 01/06/2009.

patrimoniais pretéritos (súmulas 269 e 271 do STF). 3. **A chamada "teoria da encampação" não pode ser invocada quando a autoridade apontada como coatora (e que "encampa" o ato atacado), é hierarquicamente subordinada da que deveria, legitimamente, figurar no processo. Não se pode ter por eficaz, juridicamente, qualquer "encampação" (que melhor poderia ser qualificada como usurpação) de competência superior por autoridade hierarquicamente inferior.** 4. Não cabe mandado de segurança objetivando, sob fundamento de inconstitucionalidade, substituir por percentual menor as alíquotas de ICMS fixadas em ato normativo (decreto estadual). A sentença que atendesse a tal pedido produziria efeitos semelhantes ao da procedência de ação direta de inconstitucionalidade, e, mais ainda, transformaria o Judiciário em legislador positivo. 5. Recurso ordinário improvido. Recurso especial provido. g.n.

O segundo requisito se refere à necessidade de que as informações apresentadas pela autoridade hierarquicamente superior ultrapassem as preliminares processuais e defendam, expressamente, o mérito do ato vergastado.

Com efeito, a encampação é uma teoria que visa prestigiar o princípio da economia processual, aproveitando os atos até então praticados, mesmo diante da configuração de um vício. E, dessa maneira, caso a autoridade superior se restrinja, em sua manifestação, a suscitar a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, não existirá, em verdade, o que ser aproveitado.

Em outras palavras, só haverá a encampação do ato pela autoridade superior se esta, em suas informações, defender a legalidade o ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, não se limitando, pois, a questionar a sua legitimidade.

Por fim, o último requisito trata-se, na realidade, de um limite para a aplicação da teoria da encampação, qual seja, não deve haver a desvirtuação da competência do órgão jurisdicional estabelecida na Constituição Federal.

Como explanado alhures, não obstante o polo passivo do *writ of mandamus* seja ocupado pela pessoa jurídica e não pela autoridade coatora, esta permanece a ter importância quanto à definição do foro competente para o processamento e julgamento da ação mandamental.

Dessarte, caso a convalidação do vício na indicação da autoridade coatora

importe em modificação da competência para o julgamento da ação mandamental, não será possível encampar o ato, ainda que restem devidamente preenchidos os dois requisitos anteriores.

Com efeito, a modificação da competência ocorre em casos nos quais a uma das autoridades envolvidas (a legítima ou a inadequadamente indicada na inicial) possui prerrogativa de foro, como, v.g, nos mandados de segurança impetrados em face de atos abusivos ou ilegais imputados aos Governadores, Secretários e Ministros de Estado, como também ao Presidente da República.

Por oportuno, consoante ressalta Cavalcante (2021), ao tecer considerações sobre a Súmula nº 628, do STJ, ora em debate:

Apesar de a letra “c” da Súmula falar apenas em Constituição Federal, podemos encontrar inúmeros julgados do STJ afirmando que a teoria da encampação também não se aplica se isso implicar em mudança das regras de competência definidas na Constituição Estadual. Ex: o autor impetrou, no TJ, mandado de segurança contra o Secretário de Estado de Educação; ocorre que o ato foi praticado por um diretor de departamento pedagógico (que é julgado em 1ª instância); logo, mesmo que o Secretário defenda o ato nas informações do MS, ainda assim o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito.

A corroborar o entendimento acima expendido, impede trazer à colação ementa de venerando acórdão proferido pelo Colendo STJ55, *ipsis litteris*.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FATO JURÍDICO ENSEJADOR DA TRIBUTAÇÃO (EFETIVO CONSUMO E NÃO A DEMANDA RESERVADA/CONTRATADA DE POTÊNCIA) AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA (SECRETÁRIO DE ESTADO). ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. AMPLIAÇÃO INDEVIDA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (i) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou

55 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RMS 21.775/RJ**. 1ª Turma. Rel. Min. Luiz Fuz. j. 16/11/2010. DJ 01/12/2010.

informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (ii) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (iii) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas (Precedente da Primeira Seção: MS 12.779/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 13.02.2008, DJe 03.03.2008). **2. In casu, o mandado de segurança coletivo preventivo foi impetrado contra o Secretário da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, que apontou inferior hierárquico como o responsável pelo ato de aplicação da lei ao caso particular (expedição de norma individual e concreta).** **3. Destarte, a teoria da encampação é inaplicável no caso concreto, porque, malgrado o Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro tenha defendido o mérito do ato, sua indicação como autoridade coatora implica em alteração na competência jurisdicional, na medida em que compete originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra Secretário de Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pelo lançamento tributário ou pela expedição da certidão de regularidade fiscal.** **4.** O artigo 6º, da Lei 12.016/2009, determina que “denegasse o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei no. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”. **5.** Recurso ordinário desprovido, mantendo-se a denegação do mandado de segurança, por carência da ação (causa de extinção do processo sem resolução do mérito). g.n.

Ante o exposto, consideradas tais ponderações, vislumbra-se que a aplicação da Teoria da Encampação em sede de Mandado de Segurança, isto é, a superação da inadequada indicação da autoridade coatora, está condicionada ao preenchimento de três requisitos criados pela jurisprudência do C. STJ, quais sejam, (i) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (ii) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e (iii) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal e na Constituição Estadual. Caso a encampação altere o foro competente para julgamento, o mandado de segurança impetrado em face de autoridade equivocada deverá ser extinto sem julgamento do mérito.

CONCLUSÃO

Diante das considerações expostas, verificou-se a existência de três teorias atinentes ao polo passivo do mandado de segurança. Em seguida, foi exposto que, neste presente trabalho científico, adotou-se a posição majoritária na doutrina e jurisprudência pátrias, a qual preconiza que quem deve figurar no polo passivo do *writ of mandamus* é a pessoa jurídica, haja vista ser esta quem suportará os efeitos decorrentes da decisão, não obstante o ato impugnado tenha sido praticado por agente público, pessoa física, que a integra.

Foi possível constatar que a identificação da autoridade coatora pode ser extraída da Nova Lei do Mandado de Segurança, bem como existe, além de previsão legal, entendimento jurisprudencial para equiparar particulares e pessoas jurídicas de direito privado à qualidade de agente coator.

Ainda, os estudos realizados demonstraram que a Teoria da Encampação é uma criação da jurisprudência pacífica do Colendo Superior Tribunal de Justiça, notadamente diante da edição de seu enunciado sumular de nº 628, entendimento que, ressalte-se, encontra guarida na doutrina, enfatize-se, e que tem o fito de convalidar o vício na indicação da autoridade coatora, em sede de mandado de segurança.

Ao final, constatou-se que a aplicação da teoria supra necessita da observância cumulativa de três requisitos, quais sejam, a existência de vínculo hierárquico entre a autoridade apontada coatora e aquela que efetivamente ordenou a prática do ato reputado coator, a defesa do mérito do ato coator nas informações prestadas e a inexistência de modificação da competência constitucionalmente fixada.

Diante de todo o exposto, percebeu-se que a Teoria da Encampação, ao mitigar a indicação equivocada da autoridade coatora, impedindo a extinção do feito sem resolução do mérito, prestigia sobremaneira os princípios da efetividade e da economia processual.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mota. **A Teoria da Encampação no Mandado de Segurança:** ponderações necessárias. Disponível em: <http://www.henriquemouta.com.br/download.php?file=painel/arquivo/pdf/20100914173239artigoencampacaoemmsjulho2009dialectica.pdf>. Acesso em 23/05/2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os

conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. **Da legitimidade passiva no mandado de segurança**: Um estudo à luz das funções institucionais do Ministério Público e da nova redação do art. 3º, da Lei n.º 4.348/64. Disponível em: http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2006/docente/doc3.doc. Acesso em 25/05/2021.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em 01/05/2021.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 01/05/2021.

BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

CARNEIRO, Leonardo Carneiro da Cunha. **Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Ações Constitucionais**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.120, de 15 de dezembro de 2009, bem como pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. São Paulo: Atlas, 2010.

FUX, Luiz. **A legitimatio ad causam no Mandado de Segurança**. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/legitimatio-ad-causam-mandado-seguranca/>. Acesso em: 20/05/2021.

NAVARRO, Erick. **Mandado de Segurança**. Disponível em:

<<http://professorjoaomendes.com.br/blog/?p=278>>. Acesso em: 20/11/2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: método, 2013. E-book.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 290 f. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

A VULNERABILIDADE DOS AGENTES PENITENCIÁRIOS DO SISTEMA PRISIONAL DO AMAZONAS

MATEUS GOMES DE LIMA:

Bacharelado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil, - ULBRA, Campus Manaus.

RESUMO: Uma das funções estatais mais perigosas de serem exercidas no momento é a de agente penitenciário; cargo estatal, nos últimos anos vem sofrendo com a terceirização cujo compromisso público fica bastante vulnerável por razões óbvias. Desta forma, este ensaio monográfico teve por objetivo geral Identificar os riscos que os agentes penitenciários do sistema prisional brasileiro e amazonenses então expostos e propor uma melhoria desses riscos para estes servidores públicos, além de especificamente apurar causas dos riscos pertinentes aos agentes penitenciários; discutir as medidas de Estado e do governo amazonense para firmar bases sólidas nas soluções nesses riscos. E apontar soluções para a problemática da questão carcerária no Estado do Amazonas, no contexto da segurança pública por intermédio do valor do agente público penitenciário. Constitui um quadro extremamente preocupante, levando-se em conta a importância dos colaboradores agentes penitenciários para a sociedade como um todo. Em virtude disto, faz-se necessário avaliar quais são os programas de gestão desenvolvidos pela Administração Pública voltada para esta área, assim como sua aplicação e eficácia, demonstrando quais medidas devem ser tomadas e de que modo estas devem ser fiscalizadas, quais os meios mais eficientes para alcançar e garantir a segurança e o bem-estar do agente penitenciário. A presente pesquisa objetiva contribuir para que as Políticas de Segurança Nacional e do Estado do Amazonas possam se desenvolver no sentido de assegurar proteção física, mental e legal a estes trabalhadores e seus familiares, com base nas situações a que estes profissionais são submetidos diariamente e nos reflexos decorrentes destas situações. A pesquisa foi realizada no campo bibliográfico procurando defrontar a experiência do autor com o que se encontra na literatura. Os resultados apontam para um momento de muita reflexão sobre o papel do agente penitenciário neste contexto de completa insegurança pública.

Palavra chave: Agente público. Agente penitenciário. Valor público do agente penitenciário.

ABSTRACT: One of the most dangerous state functions to be exercised at the moment is that of penitentiary agent; In recent years he has been suffering from outsourcing whose public commitment is very vulnerable for obvious reasons. The purpose of this monographic essay was to identify the risks posed by prison guards in the Brazilian and Amazonian prison system and to propose an improvement in these risks for these public servants, in addition to specifically investigating the causes of risks to prison staff; discuss state and Amazonian government measures to establish a solid basis for solutions to these risks. And to point out solutions to the problem of prison in the state of Amazonas, in the context of public security through the value of the public prison agent. It is an extremely worrying picture, taking into account the importance of the collaborators' prison agents for society as a whole. As a result of this, it is necessary to evaluate the management programs developed by the Public Administration focused on this area, as well as their application and effectiveness, demonstrating what measures should be taken and how these should be monitored, which means effective measures to achieve and ensure the safety and well-being of the prison officer. The present research aims to contribute to the National Security Policies and the State of Amazonas can develop to ensure physical, mental and legal protection to these workers and their families, based on the situations to which these professionals are submitted daily and in the reflections resulting from these situations. The research was carried out in the bibliographic field trying to confront the author's experience with what is found in the literature. The results point to a moment of much reflection on the role of the penitentiary agent in this context of complete public insecurity.

Keywords: Public agent. Penitentiary agent. Public value of penitentiary agent.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo é bem específico: expor uma estrutura de raciocínio prático sobre a vulnerabilidade dos agentes penitenciários do sistema prisional brasileiro e amazonense e o seu papel como agente público na formação do valor público a partir da Constituição Federal de 1988 por meio de uma parceria Estado X Sociedade Civil. Apresenta uma resposta geral ao problema sobre como os agentes penitenciários devem pensar e fazer para criar valor público a partir de seu papel, explorando as circunstâncias particulares nas quais se encontram.

Para alcançar esse objetivo, a trabalho expõe aspectos fundamentais sobre os agentes públicos penitenciários à luz da Constituição de 1988 e nos ditames do Direito Administrativo. Mas, primeiro, estabelece uma filosofia sobre a administração pública

– uma ideia de que a sociedade deve esperar dos agentes públicos penitenciários as responsabilidades éticas que assumem ao tomar posse de seus cargos e o que constitui a virtude no exercício de suas funções. Em segundo lugar, o estudo estabelece as questões no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Em terceiro apresenta a questão do valor público. Por fim envereda conclusões importantes a respeito da enorme responsabilidade dos agentes públicos penitenciários na administração pública.

Neste sentido, este estudo baliza-se por uma ótica diversa encontrada na bibliografia corrente do Direito Administrativo. Esta em nível prático teórico tem como pressuposto o papel do servidor público na sociedade atual, não levando em conta os antagonismos, buscando apenas apresentar a importância desse importante componente da administração pública então a serviço da sociedade como um todo.

Desse modo, o servidor público (agente penitenciário) tem enormes dificuldades para exercer sua atividade em função da organização do Estado, que sugere uma visão equivocada deste agente público como um sujeito acomodado e nunca disposto a ajudar, não considerando aspectos que são de certa forma, prejudiciais a realização a contento de seu trabalho, como as questões salariais, a falta de condições ideais de trabalho, como material e equipamentos, por exemplo, quadro de pessoal insuficiente, etc.

Diante do exposto, deve-se compreender que realizar uma atividade pública, dentro dos padrões exigidos pela sociedade do conhecimento, com base em valores éticos consagrados é uma necessidade urgente atualmente, preservando uma administração pública dentro dos ditames do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o tema escolhido se justifica pelo fato de se conhecer a responsabilidade do agente público penitenciário em aderir aos movimentos de qualidade do atendimento, mas necessita que o Estado esteja pronto para inferir um desenvolvimento do servidor e aprimorar a prestação de serviço, já que o principal problema do setor público no Brasil é a predominância de uma prática fundamentada em estruturas com excessivos níveis hierárquicos e departamentos. Isso gera lentidão administrativa, comunicação formal, burocrática e lenta, além de serviços e produtos que não satisfazem à população.

As recentes transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas com a globalização têm tornado imperativo uma nova postura do setor público em função do grau de exigência cada vez maior dos cidadãos no atendimento de suas necessidades.

2 OS AGENTES PENITENCIÁRIOS

Em qualquer lugar do mundo, o trabalho em cadeias não é fácil. Canais de Televisão por assinaturas apresentam constantemente seriados sobre a vida nas prisões do mundo inteiro e destacam o trabalho realizado pelos responsáveis pelo controle destas instituições (MORAES, 2005).

A situação é de tensão o tempo inteiro, já que os internos geralmente veem os agentes de segurança interna dos presídios (no caso brasileiro de agentes penitenciários) como inimigos e não como controladores. Vivem as turras e em situações de estresse o tempo todo (MOARES, 2010).

O agente penitenciário é um cargo público na acepção da palavra por ser a gestão do sistema prisional uma atividade da governança pública. O acesso a este cargo público, segundo a Constituição Federal de 1988 se dá somente por concurso público (DI PIETRO, 2012).

Aprovado em concurso público e vencendo todas as etapas do certame, o candidato passa a fazer parte do quadro de funcionários públicos, em primeira instância, tendo que cumprir o estágio probatório que é de dois (2) anos. Logo após este estágio probatório, ganha a denominada estabilidade que é efetiva garantia de permanência no quadro de servidores públicos. Somente por ser destituído de seu cargo por sentença judicial transitada em julgado ou ainda mediante processo administrativo por ter cometido algum procedimentos criminal, desde que lhe garantida à defesa ampla (DI PIETRO, 2012).

O ingresso por concurso nasce dentro do sistema normativo de ingresso em uma instituição de caráter público como o sistema prisional. É o diploma que regulamenta todo o ingresso no serviço público e tem como fundamento a Constituição Federal do Brasil e a Constituição do Estado do Amazonas, no caso específico do agente penitenciário do Estado do Amazonas (DASSO JÚNIOIR, 2012).

A primeira etapa para ingresso faz referência a exames de habilidades e conhecimentos. Nesta etapa são testados as habilidades e conhecimentos dos

candidatos ao cargo de agente penitenciário. Como campo profissional, a função de agente penitenciário necessita de conhecimentos e habilidades que são inerentes às ações. Segundo Rosa (2014, p. 6) esses conhecimentos e habilidades são profundamente necessários para o exercício da função de agente penitenciário, não sendo possível que quem não domine esses conhecimentos possa exercer a função:

Conhecimento: pré-requisito para que o profissional possa estar enquadrado à conjuntura atual. Deve estar relacionada a assuntos de seu componente curricular, cultura e comportamento humano.

Habilidades: Competências para o desempenho de tarefas. Destaca-se visão sistêmica da função, dimensão adequada da função, coordenação de trabalhos em equipe, integração do saber e do fazer, capacidade de inovação, relacionamento com culturas diversas.

Valores e Atitudes: relacionados a uma postura ou modo de agir. São características adquiridas ao longo da vida que venham a influenciar o comportamento diante de uma situação.

Diante dessas premissas, Rosa (2014) diz: alguns princípios intrínsecos e extrínsecos precisam nortear a função de agente público e por analogia do agente penitenciário. As características intrínsecas são: capacidade de interagir; mobilizar, organizar os atores que estão envolvidos; enfoque na ação correta; enfoque nos eixos críticos da ação; enfoque nos recursos subutilizados. Já nas características extrínsecas destacam-se: enfoque na matriz de conhecimento; recentrar as atividades nos objetivos humanos; visão moderna; e, enfoque da comunicação e da informação. A segunda fase diz respeito aos exames médicos que são de caráter eliminatório. Nesta fase são verificadas as condicionantes de saúde para o exercício da profissão. Mas que condicionantes são estas? O Estatuto do Servidor Público do estado do Amazonas se refere aos exames que deverão ser realizados e quem vai avaliar tais exames, mas não adentra em questões específicas, como que patologias, se identificadas, serão causas de eliminação (LEI N.º 1.762 DE 14 DE NOVEMBRO DE 1986).

Claro que a junta médica, ao avaliar os exames, tem competência para aferir uma conclusão, de que determinadas patologias prevalentes impedem o candidato de

ingressar No serviço público como agente penitenciário no Amazonas, mas essa conclusão pode ser contestada no judiciário em função de vários aspectos constitucionais. Mas essa é outra discussão que não faz parte do tema deste trabalho (DASSO JÚNIOR, 2012).

Na terceira etapa, a lei fala de exames de aptidão física, também de caráter eliminatório. Aqui ocorre o mesmo caso da segunda etapa – exame médicos, já que a aptidão física é um conceito subjetivo que cabe muita discussão, também não é o caso deste ensaio monográfico. E finalmente a quarta etapa fala da sindicância de vida pregressa com investigação social que será tratado mais a frente. (DASSO, JÚNIOR, 2012).

3 A TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS INTERNOS DE CONTROLE DE PENITENCIÁRIAS

Os termos tratamento, ressocialização, reabilitação (e outros similares), pela forma como vêm sendo usados tradicionalmente, sobretudo, principalmente na criminologia tradicional, supõem uma relação de poder entre as instâncias de controle formal, entre os técnicos e os presos (SÁ, 2016).

Nesta relação, os presos são objetos, os quais se pretende modificar e ajustar às normas e valores sociais. Os programas de reeducação são centrados tecnicamente e, por que não dizer, ideologicamente na pessoa do reeducando, desconsiderando suas interações com seu meio. É como se na pessoa do apenado estivesse à raiz de todo o mal. Ocorre que o crime, na maioria das vezes, é a expressão de uma relação de antagonismo entre o criminoso e a sociedade (SÁ, 2016).

Por conseguinte, os programas de ressocialização não devem centrar-se na pessoa do apenado, mas na relação entre ele e o meio, entre ele a sociedade, pois é nesta relação que se pode compreender a conduta desviada. Em substituição a esses termos tradicionais relativos ao tratamento penitenciário, o termo reintegração social é o mais moderno para designar o objetivo a ser perseguido no trabalho de assistência aos presos e de facilitar-lhes o reingresso na sociedade (AMÂNCIO, 2015).

Cabe, pois, à sociedade, preocupar-se diretamente para minorar os efeitos da marginalização secundária para evitar o retorno do ex-presidiário à marginalização primária, pois, caso contrário, a marginalização secundária facilitará o retorno à primária, daí, à prática de novos crimes e, por fim, o retorno ao cárcere (SÁ, 2016).

No âmbito da Administração Pública, na verdade, segundo Souza (2017, p. 56) o termo terceirização tem se prestado para identificar diferentes “ações e iniciativas, que vão desde a privatização de empresas controladas pelo poder público e passa pela concessão, permissão, contratação de obras e serviços e até a regular (ou nem sempre) contratação de mão-de-obra”. Desta forma, o que se concebe como sendo “terceirização” são conceitos de algum modo já tradicionais para o Direito, apenas que agora realçados a partir de novas posturas gerenciais e comportamentais, que com muita intensidade defluem dos meios comercial e empresarial.

Para Di Pietro (2012, p. 9/10) a terceirização de serviços puramente públicos, ou seja, que é tarefa do Estado “o que muda é principalmente a ideologia, é a forma de conceber o Estado e a Administração Pública”. Complementa Menezes (2008, p. 350):

Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula que ajuda que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada. Desta forma, é necessário que se compreenda essas práticas no âmbito da legislação constitucional e infraconstitucional e o tratamento que os sistemas de controle interno e externo devem lhe emprestar.

Desta forma, o conceito de Serviço Público, definido por Meirelles (1993, p. 294) deve ser considerado como “variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas”.

Para Menezes (2008, p. 35) “os serviços públicos são o conjunto de atividades e obras pelas quais o Estado atende aos interesses gerais, satisfazendo às necessidades coletivas”, ou seja, é papel fundamental do Estado à prestação de serviços que não

podem ser prestados por outrem, sendo atribuição exclusiva do mesmo. Bastos e Soares (2007, p. 4) complementa:

De fato, pode-se constatar que algumas atividades entendidas como serviços públicos envolvem o exercício de prerrogativas tão próprias do Poder Público que seria mesmo impensável considerar a sua prestação por particulares. No nosso entender, no entanto, as atividades assim insuscetíveis de prestação por particulares, por poderem comprometer a própria soberania e a supremacia do Estado, nem serviços públicos devem ser consideradas, pois estas, algumas vezes, são na verdade atributos de outro Poder do Estado, como é o caso da justiça, que alguns autores têm por serviço público. Na verdade, a justiça é uma das funções básicas do Estado, não um serviço público. De qualquer sorte, é preciso reconhecer-se que alguns autores consideram serviço público essencial àquelas atividades configuradoras de situações intimamente presas ao Estado e ao exercício de atributos próprios da soberania, e não essenciais ou secundários aqueles serviços públicos que, não obstante o interesse coletivo, não reúnam a condição de serem de satisfação absolutamente necessária.

Assim, serviço público é definido por um conjunto de bens públicos, ou seja, que pertencem a toda a sociedade. Nesse conjunto de procedimentos, os propósitos de um empreendimento público, são claramente estabelecidos em estatutos emanados de órgãos legislativos ou em declarações formais assinadas pelas autoridades competentes eleitas. Como resultados conquistados arduamente em debates democráticos, esses mandatos forma legitimam os empreendimentos públicos, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 175 preceitua:

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão de concessão ou permissão; II

- os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter o serviço adequado.

A concessão consta dos arts. 21, incisos XI e XII; 25, § 2º, (alterados pela Emenda à Constituição nº 8/95) e art. 175 da Constituição Federal como uma alternativa do poder público para a prestação de serviços. Verifica-se que o constituinte não adotou critério uniforme no emprego da terminologia; primeiramente falam em concessão, permissão e autorização; depois, apenas em concessão; e, no terceiro, em concessão ou permissão (BRASIL, 1988).

A propósito é de se trazer à colação o ensinamento de Di Pietro (2012, p. 44).

No que diz respeito especificamente ao art. 175, cabe observar que, não obstante a abrangência do preceito nele contido, dando a impressão de que qualquer serviço público pode ser objeto de concessão, na realidade isso não ocorre. Isto porque, sendo a concessão, por sua própria natureza, uma forma de gestão do serviço público remunerada pelo próprio usuário ou com receitas decorrentes da exploração do próprio serviço, só é possível cogitar de sua utilização quando se tratar de serviço prestado a terceiros (usuários) e que admita uma exploração comercial, ou seja, a possibilidade de produção de renda em favor do concessionário. Faltando um desses elementos, não se poderá falar em concessão de serviço público. Por isso mesmo, os serviços públicos comerciais são os que se prestam à exploração mediante concessão ou permissão. No âmbito da legislação ordinária, a matéria está disciplinada pelas Leis n.º 8.987, de 13-2-95, e 9.074, de 07-7-95. Além disso, aplica-se subsidiariamente, em tudo o que não contrariar essas leis, a Lei nº 8.666, de 21-6-93, por força do que dispõe seu art. 124. Assim sendo, os casos omissos da legislação específica podem ser resolvidos, no que for compatível, pela aplicação da lei de licitações, com as alterações decorrentes da Lei nº 8.883, de 06-7-94.

Assim evidencia-se que a legislação brasileira permite a terceirização dos serviços, indicado quais objetivos em particular serão levados adiante pelos empreendimentos públicos e que meios em particular poder ser usados, outorgado

intuitu personae, o que significa que os serviços autorizados, em princípio, devem ser executados em caráter pessoal e intransferível a terceiros. É ato precário, a rigor outorgado sem prazo e, assim, revogável a qualquer momento, sem direito a indenização. Porém, se concedida com prazo, poderá o autorizatário invocar direito subjetivo, oponível mesmo à Administração, incluindo perdas e danos em caso de desfazimento extemporâneo (MEIRELLES, 1993).

Desde o final de 2003, vem funcionando o sistema de terceirização operacional dos presídios em Manaus, resultado de uma parceria entre o Estado do Amazonas, através da Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos – SEJUS no início e agora da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP, desde a promulgação da Lei n.º 4.213, de 08 de outubro de 2015, e uma empresa de Administração Prisional.

De acordo com o contrato de gestão, é da competência da contratada: selecionar, recrutar, contratar sob sua inteira responsabilidade, observadas as regras de seleção, os recursos humanos necessários para o pleno desenvolvimento dos estabelecimentos prisionais, assumindo os encargos administrativos dos mesmos, e cumprindo com todas as obrigações trabalhistas, fiscais, previdenciárias e outras, em decorrência de sua condição de empregadora/contratante (AMAZONAS, 2016).

Da análise dos termos do contrato firmado entre o Estado e a empresa privada gerenciadora dos estabelecimentos, conclui-se que ao primeiro remanesce a indelegável função de acompanhar a aplicação da pena, fazer a progressão dos regimes fechado para o semiaberto, e deste para o aberto. Nas palavras de um Magistrado, ligado à execução penal da Comarca de Manaus, publicada no Jornal Diário do Amazonas, de 25/10/2012: "nossa penitenciária é terceirizada. Então, essa questão de limpeza, alimentação e outros serviços que englobam a chama atividade-meio, é uma empresa que cuida. A parte referente à administração da pena, à execução mesma da pena, é da nossa competência".

Logo, compreende-se que ao Estado, através de seus órgãos encarregados da execução penal, incumbe o cumprimento da lei de execução penal, inclusive no que concerne à concessão de benefícios previstos naquela lei, tais como a suspensão condicional da pena e o livramento condicional (JACOB, 2016).

As palavras da diretora de recursos humanos da empresa gestora dos serviços terceirizados, que fazem parte de um documento avaliativo da Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos – SEJUS (2012) são bem elucidativas no sentido de

demonstrar a forma como é feita a execução da pena, quando se expressam nos seguintes termos: "você não pode comparar o que estamos fazendo aqui com uma simples detenção, uma simples cadeia. Aqui existe toda uma infraestrutura visando ao atendimento da lei de execução penal, e obviamente, a ressocialização do preso. O nosso maior desafio é provar tanto para o governo quanto para a sociedade, que essa experiência dá certo".

Nos presídios existem os primórdios de proporcionar toda uma infraestrutura no sentido de dar efetividade ao princípio da ressocialização do preso. A maior ênfase está ocorrendo no aspecto do trabalho executado na própria prisão. Isto está começando graças a uma parceria efetuada entre a empresa, o governo do Estado e algumas empresas da região. Por meio do trabalho, os internos ganham dignidade e obtém o benefício da remição, ou seja, para cada três (3) dia trabalhado diminui-se um dia no tempo do cumprimento da pena (JACOB, 2016).

É nesse sentido até os próprios presos reconhecem, como se pode depreender das palavras de um interno que consta do documento avaliativo da SEJUS (2012): "para quem tem uma pena longa como eu tenho, é melhor cumprir essa pena trabalhando. Por que eu trabalhando não passo o tempo ocioso; e a gente não estando na ociosidade não tem tempo para ficar pensando besteira".

Mas o problema do gerenciamento prisional adotado apresenta ineficiência sob o aspecto da corrupção e do tráfico de drogas entre os presos, pois conforme o próprio documento da SEJUS (2012): "que diz que o tráfico" de drogas e a corrupção de agentes de segurança ainda é muito forte nos presídios, por mais que para se evitar a intimidade dos internos com os agentes de disciplina é realizado um rodízio de funcionários por hora e setor, já que qualquer suspeita de intimidade do agente de disciplina com os internos, aquele (o agente) é desligado, para não se deixar nenhuma suspeita o que denota uma preocupação central com a questão. Nesse mesmo sentido o próprio promotor da execução penal atesta a eficiência do sistema dizendo, no documento avaliativo da SEJUS (2012):

Nesse sistema a fiscalização do comportamento dos internos se dá de maneira mais satisfatória, e o índice de corrupção entre os internos e os agentes penitenciários se encontra em níveis aceitáveis. Se algum destes tem algum envolvimento em atos de corrupção no relacionamento com os presos, ele pode ser

simplesmente demitido sem a necessidade de se instaurar um processo administrativo; isto por que a empresa privada é quem contrata diretamente esse agentes e os demais funcionários do estabelecimento; e é também quem arca com o ônus trabalhista e previdenciário decorrente dessa dispensa.

Buscando dar o máximo de efetividade à Lei de Execução Penal - LEP, a empresa também tem sua atenção voltada para os seguintes aspectos: individualização da pena, assistência jurídica, assistência religiosa, assistência à saúde, assistência educacional, trabalho prisional e assistência ao egresso (JACOB, 2016).

A individualização da pena, princípio insculpido no art.5º, XLVI e XLVIII, da Constituição Federal, é atendido, na medida em que os serviços de assistência psicológica, de orientação social e sexual, tanto ao interno quanto ao egresso, são efetuados por um quadro de funcionários próprio da empresa, levando-se em consideração as especificidades de cada preso (SÁ, 2016).

A assistência jurídica, regra constante dos artigos 15 e 16 da Lei 7.210/84 – LEP é prestada pela empresa por um quadro composto por advogados contratados e auxiliados por estagiários que prestam assistência jurídica aos internos que não possuem defensores, ou que não reúnem condições financeiras para contatar advogados particulares (SÁ, 2016).

Assistência religiosa, concebida como o direito de acesso à religião, bem como liberdade de culto em local apropriado (art. 24, da LEP), é considerado como o mais poderoso, senão o único fator de reforma do recluso. Em geral a assistência religiosa é prestada de forma satisfatória em todas as penitenciárias brasileiras, e nas duas prisões do sistema prisional manauara aonde se estabeleceu à terceirização são efetivadas por meio de diferentes cultos religiosos que lá são praticados em dias previamente determinados (SÁ, 2016).

A assistência à saúde, sem dúvida se constitui num drama que aflige a imensa maioria das penitenciárias brasileiras. O art. 14 da LEP garante que o atendimento à saúde do preso compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico, devendo o estabelecimento dispor de tais serviços. No caso específico das prisões de Manaus com sistema de gerenciamento operacional terceirizado, tal atendimento é prestado por uma equipe composta de um médico, um psiquiatra, dois psicólogos, um dentista, dois enfermeiros e três assistentes sociais (SÁ, 2016).

A infraestrutura física é dotada de um núcleo de saúde, em que são prestados atendimentos ambulatoriais, uma enfermaria e um centro médico no qual são feitos procedimentos médicos de baixa e média complexidade (JACONB, 2016).

A assistência educacional do preso, segundo a LEP, deve compreender a instrução escolar e a formação profissional (art. 17 da LEP). Sua relevância reside no fato de ser a educação à base de todo plano de desenvolvimento social, e sua carência implica a exclusão do preso do universo socioeconômico e cultural. No caso das prisões frutos deste trabalho (SÁ, 2016).

O trabalho prisional, interno e externo, possui inegável valor social e de administração interna. Seu escopo social reside na inserção do apenado no contexto socioeconômico da comunidade; já sua função interna fundamenta-se na total inviabilidade da administração penitenciária cujos internos não exerçam qualquer atividade laboral. Nesse sentido estabelece o art. 28 da LEP que o trabalho é condição de dignidade humana e dever social do preso, sendo sua responsabilidade pessoal (SÁ, 2016).

Assim, nas prisões terceirizadas o trabalho prisional é exercido internamente, englobando serviços de manutenção do próprio presídio, como limpeza, pintura e jardinagem, até trabalhos manufaturados, como confecções, folheados e produtos de limpeza e, o serviço agrícola com a plantação de várias culturas para o consumo interno e de outras unidades. A cada preso que trabalha é garantido à remuneração mínima de três quartos do salário-mínimo (art. 29 da LEP), bem como a empresa empregadora fica isenta das obrigações previdenciárias, trabalhistas e fiscais. O preso que trabalha tem direito ao benefício da remição, na proporção de um dia de pena por cada três dias trabalhados (ART. 126 DA LEP).

A superlotação prisional é outro grave problema que atinge o sistema penitenciário de Manaus e se constitui num violador do direito à integridade física e moral do preso (art.40 da LEP). Tanto no Puraquequara, como na Colônia Agrícola Anísio Jobim, o problema da superlotação ainda existe. As vagas estão totalmente ocupadas, lotando os dois centros prisionais (SÁ, 2016).

O serviço de assistência ao preso egresso é de fundamental importância na sua reabilitação, pois é após sua liberação e retorno ao convívio social que voltará a viver todas as condições que influenciam na reincidência. O serviço de assistência aos

egressos é feito por uma equipe de assistentes sociais dos quadros da própria empresa (JACOB, 2016).

As características arquitetônicas dos presídios terceirizados que deveriam facilitar sua abertura e seu intercâmbio com o ambiente externo, mas certamente, em função de terem sido construídos em outras circunstâncias acabam inspirando nos profissionais atitude desfavorável ao intercâmbio cárcere–sociedade, nas práticas penitenciárias (SÁ, 2016).

Nos presídios terceirizados, tal abertura pareceu está começando a existir, pois o os profissionais penitenciários do Estado, sobretudo os da segurança, talvez entendam o ambiente carcerário e todos os seus problemas como sendo de sua posse exclusiva e exclusiva responsabilidade, sentindo-se eles no dever e no direito de exercer sobre o cárcere e os presos total poder e controle, na medida em que têm, sobre essa realidade, saber exclusivo (SÁ, 2016).

Hipoteticamente, pode-se estabelecer os seguintes nexos: a aprovação em concurso público dá ao candidato o direito a ser nomeado para o cargo, desde que existente a vaga. Nomeado, a vaga é sua, e ninguém tem o poder de tirá-la dele (SÁ, 2016).

Nomeado e tendo assumido sua vaga no cargo, o funcionário ou o profissional automaticamente se investe do poder que lhe é conferido por força do exercício do cargo. Investido no cargo (poder), ele (tanto na sua subjetividade, como na de outros) passa a ser alguém diferente dos demais, ou seja, ele pode e deve, a partir desse momento, tomar medidas e decisões que, se tomadas por outras pessoas (da sociedade), não teriam valor legal, não seriam legitimadas pelo poder público. Consequentemente, os funcionários do Estado, por uma espécie de consenso, seriam os verdadeiros “titulares” no exercício profissional penitenciário, pelo que a participação de outras pessoas não pertencentes ao meio carcerário seria por eles tida como não legítima e, quem sabe, até mesmo como ameaça à exclusividade de seu “saber” e à titularidade de seu “poder” (SÁ, 2016).

Por outro lado, os profissionais dos presídios terceirizados, contratados pela empresa que os administra, talvez se sintam “contratados para” e, não, “concurados”, não se vejam como titulares de um saber e poder exclusivos nem pessoas especialmente destacadas e diferenciadas da sociedade para exercer essa função (SÁ, 2016).

Seu poder está legitimado unicamente no âmbito restrito da empresa, não lhes é “imane” e lhes pode ser retirado a qualquer instante, a critério da empresa. Quanto ao poder da empresa, pode-se dizer que ele é legitimado pelo Diretor do presídio, nomeado pelo Estado, cujo poder, portanto, tem legitimação pública. Os direitos que profissionais da empresa têm são de natureza unicamente trabalhista. Assim, é provável que, para eles, seja mais fácil aceitar a presença e a participação de segmentos da comunidade, já que as únicas diferenças é que as pessoas desses segmentos não teriam treinamento especializado e não estariam ligadas à empresa (KUEHNE, 2001).

Na questão do relacionamento entre agentes penitenciários, ou, como são denominados, agentes de disciplina, e os internos, o que se pode observar, nos presídios terceirizados, foi, sem dúvida alguma, um clima geral de muita disciplina e ordem. No entanto, ficou clara que eles têm sua responsabilidade pelo bem-estar e pela boa convivência dos internos, bem como por sua recuperação. Talvez seja mais cabível e aceitável estabelecer com os internos relações de proximidade (KUEHNE, 2001).

Beristains (2014, p. 67) observa que o processo de reintegração social, nos termos inicialmente propostos, pressupõe que as relações entre todos os atores (internos, profissionais, membros voluntários da sociedade) sejam predominantemente simétricas, ou seja, relações entre iguais, restringindo-se o poder ao minimamente necessário.

4 A VULNERABILIDADE DOS AGENTES PENITENCIÁRIOS DO SISTEMA PRISIONAL DO AMAZONAS

O estresse se tornou lugar-comum para maioria de brasileiros profissionalmente ativos, quase sempre justificando alguma insatisfação com aspectos relacionados ao mundo do trabalho, ou com o cotidiano de experiências múltiplas. O termo *stress* provém do latim *stringo, stringere, strinxi, strictum*, e significa apertar, comprimir, restringir. Na língua inglesa o termo stress já era utilizado desde o século XIV para designar pressão ou contração de natureza física (BICHO e PEREIRA, 2007, p. 4).

Na literatura inglesa o termo stress foi utilizado por muito tempo como sinônimo de adversidade e aflição até o século XVII (LAZARUS e LAZARUS apud LIPP, 2013).

Bicho e Pereira (2007, p. 5) definem estresse como uma resposta não específica do organismo a qualquer estímulo ou exigência externa sobre ele. Alguns estudos sugerem que o estresse não tem, essencialmente, um caráter patológico, mas tem um valor contributivo primordial para o surgimento de transtornos, sobre isso discorrem Lipp et. al, citados por Santana e Sabino (2013, p. 133):

Sendo assim, o estresse não é considerado, portanto, uma doença em si, mas pode tornar-se um fator desencadeante para o desenvolvimento de transtornos mentais caso o indivíduo seja submetido a uma ação constante de agentes estressores, podendo desencadear ainda o que é denominado de estresse crônico.

Rangé citado por Bicho e Pereira (2007), referindo-se aos fatores ambientais do mundo do trabalho, define o termo estressor como qualquer situação capaz de gerar um forte estado emocional, que leve a uma quebra da homeostase interna e exija alguma adaptação.

Ferreira e Valois (2006) em seu livro Sistema Penitenciário do Amazonas: história, evolução e contexto atual, afirmam que desde os primeiros anos de sua fundação a instituição prisional, já se deparava com o desafio da superlotação, utilizando até mesmo o dormitório e refeitório dos guardas, como celas para detentos, destacando a insalubridade e a falta de higiene, pavilhões deteriorados, sanitários em péssimo estado de conservação, revelando a precariedade de todo o prédio, que carente de reforma, confronta-se com consequentes desordens de caráter disciplinar realizado pelos presidiários.

Este é o ambiente ocupacional aonde trabalham os agentes penitenciários. De acordo com Calanzas apud Dantas et. al, (2010) a escolha pela profissão dar-se pela busca de status social, estabilidade do concurso público e ascensão, todavia, estes profissionais sofrem o impacto da falta de reconhecimento, percepção do risco de morte, perda de colegas de profissão e o sofrimento mental que a instituição ao qual preto serviço (pública ou priva) nega admitir como um fator real (TSCHIEDEL e MONTEIRO, 2013).

Também, sobre o contexto profissional de agentes penitenciários comenta Santos et al. (2013, p. 12):

O trabalho de agente penitenciário é muito ingrato, pois quando ele age corretamente não fez mais do que sua obrigação, mas as falhas são fatais [...]. O agente penitenciário está constantemente submetido a grandes pressões ocupacionais, quer por parte do estrito cumprimento da lei, por parte da imprensa, por parte das chefias, pela sociedade, pela família, etc. [...].

Oswaldo (2009, p. 02) avalia a importância do ambiente de trabalho na produção de vulnerabilidade e seu impacto na vida profissional em qualquer área do mercado de trabalho como fonte de problemas que acabam por ter consequências físicas e psicológicas:

O ambiente de trabalho tem sido considerado uma das principais fontes do estresse, devido ao impacto negativo na saúde e no bem-estar dos empregados e, conseqüentemente, no processo de desenvolvimento das organizações. O estresse laboral, ocupacional ou relacionado ao trabalho é conceituado como as situações em que as pessoas percebem o seu ambiente de trabalho como ameaçador às suas necessidades pessoal e profissional.

Dessa forma, as vulnerabilidades citadas por Oswaldo (2009) podem ser vistos como ameaçadores pelos agentes penitenciários no ambiente de trabalho, afetando a saúde e o bem-estar profissional.

Em seu estudo sobre os agentes penitenciários, Tschiedel e Monteiro (2013), em que analisam as condições socioeconômicas, de qualidade de vida, trabalho e saúde dos agentes penitenciários, as pesquisadoras concluíram que estes profissionais são as maiores vítimas do desempenho de suas funções, principalmente os terceirizados, que paralelamente a periculosidade de suas atividades ocupacionais, ainda, não gozam da estabilidade no emprego.

Somando-se a isto, o estudo mostrou que tais profissionais não têm perspectiva global quanto ao trabalho realizado, estão encerrados em um conflito entre a missão dada pela instituição administrativa e os sentimentos de medo da morte, fundamentados nas vivências de risco real ou imaginário. Para as pesquisadoras a falta de perspectiva desses profissionais sustenta ações imediatistas, reativas e inflexivas

quanto aos aspectos operacionais do trabalho, gerando grande sofrimento mental aos policiais (TSCHIEDEL e MONTEIRO, 2013).

O trabalho de Tschiedel e Monteiro (2013) destaca o perigo da atividade profissional de agente penitenciário, falta de perspectiva e sentimento de medo da morte, corroborando para o que Oswaldo (2009) que chamou de percepção ameaçadora às necessidades pessoais e profissionais, presente em seu ambiente de trabalho.

Santos et al., (2013, p. 12) em um estudo investigativo sobre as condições de trabalho e o bem-estar de agentes penitenciário na Bahia, destacam que as situações estressantes fazem parte do cotidiano do trabalho por estar lidando a toda hora com as expectativas da sociedade de que os presos, além de estarem em um lugar seguro não vão ameaçar a sociedade e muito menos praticar crimes que podem inferir problemas bem maiores dos já existentes:

O estresse é um perigo real para o trabalho do agente penitenciário, que afeta sua saúde, personalidade e/ou a sua performance profissional [...] juntamente com problemas físicos existe um número de problemas emocionais com alta repercussão no trabalho. Esses trabalhos acabam se manifestando através de divórcio e outras dificuldades familiares, alcoolismo, suicídio, perda de amigos, promiscuidade sexual e traumas de toda ordem [...].

De acordo com estimativas oficiais 70% dos problema de saúde de agentes penitenciários são oriundos do estresse provocado pela atividade expondo estes profissionais aos limites da estafa, e propenso ao descontrole, tudo isso associado à precariedade das moradias, que se concentram em bairros de periferia ou em proximidades de favelas, aonde também residem traficantes de drogas, sequestradores e assaltantes, impondo ao agente penitenciário um estilo de vida no qual se vê obrigado a se distanciar dos vizinhos, esconder a profissão, em constante estado de alerta, prejudicando a convivência familiar (TSCHIEDEL e MONTEIRO, 2013).

5 CONCLUSÃO

De acordo com as pesquisas que relacionam a atividade de agente penitenciário e a vulnerabilidade no exercício desta atividade, observou-se que as atribuições desta

profissão chocam-se com a falta de condições plenas para a realização do trabalho que compete a estes profissionais.

As variáveis ambientais referem-se a um conjunto de fatores impeditivos presentes na instituição prisional, aonde, por força de lei, faz-se necessária a presença do agente penitenciário.

Os dados observados na literatura pertinente sobre o assunto e em outras correlatas indicam elevada incidência de vulnerabilidade nestes profissionais, com a presença de sintomas físicos e psicológicos, percebidos por estes profissionais como resultado de uma elevada carga de obrigações impostas no âmbito de suas atribuições.

Alheios às críticas das condições de trabalho que limitam o poder do agente penitenciário, e desencadeiam reações nocivas à saúde estão profissionais que demonstram indiferença e baixa expectativa para mudanças.

Um dos problemas está aliado à insegurança do emprego. Isso está diretamente ligado à terceirização que ainda é objeto de muita discussão, tanto no meio acadêmico, quanto nas searas jurídica, profissional e política. Porém, em que pese os posicionamentos em contrário, alicerçados em argumentos até bem fundamentados, entende-se que a sociedade não poderá manter uma postura de resistência à implementação das parcerias público-privado no gerenciamento de estabelecimentos prisionais. Basta se fazer uma análise perfunctória do modo pelo qual a execução da pena privativa de liberdade vem sendo efetivada em algumas penitenciárias brasileiras, para se chegar a uma rápida conclusão sobre quão eficiente esse sistema pode se tornar.

Em consonância com a moderna linha adotada pela doutrina do Direito Criminal, deve-se compreender que o homem segregado somente pode perder sua liberdade e nada mais. O Estado é o responsável por aquele que se encontra preso, de tal sorte que todas as atrocidades por ele sofridas são da responsabilidade direta do Estado. De forma conclusiva pode-se atestar que as pessoas e autoridades que têm experiência com o sistema de administração penitenciária terceirizado têm se inclinado no sentido de considerá-lo mais eficiente do que o tradicional, principalmente por que a assistência aos presos é prestada de maneira mais adequada.

Os dados cedidos por estes agentes públicos no estudo de Coutinho (2013) confirmam os estudos de diversos autores citados neste trabalho, conduzindo-nos a

reflexão sobre o impacto negativo da vulnerabilidade no universo ocupacional de agentes penitenciários e colaborando para a compreensão dos fenômenos que surgem da interação entre Estado e sociedade civil, ética e desvio de conduta.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Avaliação dos serviços de terceirização dos presídios de Manaus. Manaus: SEJUS, 2012.

AMAZONAS. Contrato de serviços penitenciários terceirizado do Estado do Amazonas. Manaus: SEAP, 2016.

AMAZONAS. Lei n.º 4.213, de 08 de outubro de 2015. Manaus: Assembleia legislativa do Amazonas, 2015. Disponível em <http://www.serins.am.gov.br/wp-content/uploads/2017/06/LEI-N.%C2%BA-4.213-DE-08-DE-OUTUBRO-DE-2015-MODIFICA-SERGE-B-PARA-SERIRA-FUS%C3%83O-1.pdf> Acesso em 7 de abr de 2021.

BASTOS, S. A. P.; SOARES, T. D. L. V. A. de Macedo. Impacto estratégico dos fatores macro ambientais no desempenho de concessões de serviços públicos: a CEG e a CEG RIO na ótica relacional. RAP Rio de Janeiro 41(4):733-67, Jul./Ago. 2007.

BERISTAIN, A. Nova criminologia dentro do direito. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.

BICHO, Leandro; PEREIRA, Susete. Stress ocupacional. Coimbra: 2007. Disponível em: http://prof.santana-e-silva.pt/gestao_de_empresasa/trabalhos_06_07/word/Stress%20Ocupacional.pdf Acesso em 7 de abr de 2021.

BRASIL. Lei de execução penal. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de execução penal. Vademecum universitário de direito. São Paulo: Jurídica brasileira, 2001.

COUTINHO, K. C. de. O estresse da atividade policial militar em profissionais de uma unidade prisional do Estado do Amazonas: consequências somáticas e psíquicas. Monografia apresentada ao Curso de Psicologia da Faculdade Metropolitana de Manaus – FAMETRO, como requisito a obtenção do Título de Bacharel em Psicologia. Orientador Professor Jailton Neves da Silva, MANAUS, 2013. Versão digitalizada.

DANTAS, M. A. et al. Avaliação de estresse em policiais militares. Artigo, 2010. Disponível em <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/2092> Acesso em 28 de out de 2018.

DASSO JÚNIOR, A. É. O Papel do Servidor Público num Estado Democrático e Participativo. Artigo, 2012. Disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em 5 de abr de 2021.

DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 6ª. edição. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA, C. L. L.; VALOIS, L. C. Sistema penitenciário do Amazonas. Manaus: Valer, 2006.

JACOB, C. A evolução das penas e a contribuição do agente penitenciário na execução penal, como fator ressocializador do preso: uma análise frente à lei de execução penal. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal de Rondônia – UNIR – Campus de Cacoal, como requisito parcial para a Conclusão do Curso de Direito, sob a orientação da professora Me Ozana Rodrigues Boritza - Cacoal-RO, 2016. Disponível em <http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/760/1/monografia%20oficial.pdf> Acesso em 7 de abr de 2021.

JORNAL DIÁRIO DO AMAZONAS. Caderno cidade. 25/10/2012.

KUEHNE, M. Privatização dos presídios. R. CEJ, Brasília, n. 15, p. 12-29, set./dez. 2001.

LIPP, M. E. N. Stress e o turbilhão da raiva. 2ª ed. São Paulo, Casa do Psicólogo, 2013.

MEIRELLES, H. L. Direito administrativo brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENEZES, A. de. Teoria geral do Estado. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAES, P. R. Bodê de. A identidade e o papel de agentes penitenciários. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 25, n. 1, 2005.

MOREIRA, M. P. A especificidade do trabalho em segurança pública. Artigo, 2013. Disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br> Acesso em 6 de abr de 2021.

OSWALDO, Y. C. Vulnerabilidade ao estresse no trabalho. Monografia, 2009. Disponível em

http://webp.usf.edu.br/itatiba/mestrado/psicologia/uploadAddress/Yeda_Cicera_Oswaldo%5B11303%5D.pdf Acesso em 8 de abr de 2021.

PEREIRA, P. A. P. Estado, sociedade e esfera pública. Revista de Serviço Social da Universidade de Brasília, nº 4, Brasília, 2017.

ROSA, J. R. de O. O papel do profissional público moderno. Palestra proferida no Rotary Club de São José – São Paulo, 2014. (Versão digitalizada).

SÁ, A. A. de. A "ressocialização" de presos e a terceirização de presídios: impressões colhidas por um psicólogo em visita a dois presídios terceirizados. Artigo, 2016. Disponível em http://www.escolamp.org.br/arquivos/21_01.pdf Acesso em 26 de out de 2018.

SABINO, E. M. A.; SANTANA, T. R. Stress na enfermagem em terapêutica oncológica. Artigo, 2013. Disponível em www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CHIQFjAJ&url=http%3A%2F%2Fwww2.unirio.br%2Funirio%2Fccbs%2Fppgenf%2Farquivos%2Fdissertacoes-arquivo%2Fdissertacoes-2012%2Fjoszilene-teodoro-de-jesus&ei=A_DXUqOcGcTIsASC6oDQCA&usg=AFQjCNH4UmOBUjYJGhXZ_52jqhJ7YGCeW&sig2=2HQE9Ud8vQxHqd4eGb_1Kg Acesso em 7 de abr de 2021.

SANTOS, Arivaldo Souza; SAMPAIO, Marcos da Silva ; CERQUEIRA, Washington Luiz. Condições de trabalho e bem-estar dos agentes penitenciários da Bahia. Artigo 2013. Disponível em: http://www.progesp.ufba.br/twiki/bin/viewfile/PROGESP/Formacao3?rev=&filename=Condi%27%2F5es_Trabalho_e_bem_estar_dos_pra%27as_da_5%AA_CIA_BG_PM_BA.pdf. Acesso em 8 de abr de 2021.

SOARES, J. M. de. Prisão e Liberdade Provisória. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2013.

SOUZA, M. M. de O. Parcerias na administração pública. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TSCHIEDEL, R. M.; MONTEIRO, J. K. Prazer e sofrimento no trabalho das agentes de segurança penitenciária. Estudos de Psicologia, 18(3), julho-setembro/2013, 527-535.

A NOVA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS E SUA INTERFACE COTIDIANA COM A PRIVACIDADE DOS CIDADÃOS

RENAN FERNANDES NUNES:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Una Betim - MG

VITOR HUGO ALVES JANUARIO

(coautor)

WAGNER FELIPE MACEDO VILAÇA

(orientador)

RESUMO: Esta pesquisa apresenta a perspectiva do direito à proteção de dados pessoais e sua interface cotidiana com a privacidade dos cidadãos. Trata-se de uma discussão dicotômica entre a liberdade de autodeterminação informativa do cidadão e o dever de proteção de dados e da fiscalização do tratamento desses dados por parte do Estado, garantindo-se a privacidade do cidadão. Essa complexa análise exige uma harmonização entre o desenvolvimento tecnológico e a proteção de direitos fundamentais, franqueando ao cidadão o controle de seus dados pessoais e, ao mesmo tempo, exige uma fiscalização e tratamento legítimo, adequado e razoável dos dados por parte dos entes públicos e privados envolvidos. A pesquisa bibliográfica documental foi realizada pelo método dedutivo.

Palavras-chaves: direitos à privacidade; proteção de dados; sociedade da informação; Lei Geral de Proteção de Dados.

ABSTRACT: This research presents the perspective of the right to protection of personal data and its daily interface with citizens' privacy. It is a dichotomous discussion between the citizen's freedom of informative self-determination and the duty of data protection and inspection of the processing of these data by the State, guaranteeing the citizen's privacy. This complex analysis requires a harmonization between technological development and the protection of fundamental rights, giving the citizen the control of their personal data and, at the same time, it demands a legitimate, adequate and reasonable inspection and treatment of the data by public and private parties involved. The bibliographic documental research was carried out by the deductive method.

Keywords: privacy rights; data protection; information society; General Data Protection Law

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito fundamental à privacidade; 3. Dados pessoais na era digital: quarta revolução; 4. Contextualização da proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro; 5. A regulação dos dados pessoais na lei geral de proteção de dados; 6. Proteção de dados e sua interface cotidiana com a privacidade dos cidadãos; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo consiste em investigar a nova lei de proteção de dados e sua interface cotidiana com a privacidade dos cidadãos. É que a vida em sociedade vem exigindo novas reestruturações sociais e novas gamas protetivas com a conectividade massiva da população. A exposição em redes sociais e na própria internet em si acaba por obrigar o usuário a fornecer determinados dados, que são coletados e recebem tratamentos diversificados e, por vezes, ilegítimos e ilegais.

A Lei de Proteção de Dados de 2018 vem com o intuito de proteger essas informações e o tratamento dado a elas. Contudo, ela perpassa sobre o direito à privacidade do indivíduo. A divulgação massiva de dados e a tutela do direito à vida privada tornou-se uma emblemática no Direito, pois de um lado há um interesse do cidadão em expor-se nas redes e manter-se conectado, exercendo sua liberdade positiva de autodeterminação informativa e, por outro lado, há um interesse estatal e privado no uso desses dados para fins políticos, econômicos e sociais. E, paralelamente, há o dever do Estado em garantir e fiscalizar o uso adequado desses dados.

A temática da proteção de dados vem chamando a atenção dos governos e da sociedade civil face aos diversos escândalos acerca do uso indevido desses dados e os riscos que essas informações podem acarretar aos envolvidos, aos países e ao mundo. Em paralelo a isso há ainda a discussão acerca de uma sociedade totalitária em que predomina a busca do desenvolvimento tecnológico em desfavor da tutela do direito à privacidade.

Assim, a presente pesquisa busca evidenciar a necessária harmonização entre o desenvolvimento tecnológico e a preservação dos direitos fundamentais, sobretudo do direito à privacidade mediante o uso da liberdade positiva informativa e uma legítima utilização e tratamento desses dados por parte dos entes estatais, empresas privadas, organizações civis e da própria sociedade a partir dos parâmetros estabelecidos pela LGPD e pelos mandamentos constitucionais.

A pesquisa bibliográfica-documental, por meio do método dedutivo, parte da premissa macro de a privacidade e a tutela de dados representarem direitos fundamentais da pessoa humana em direção a uma análise micro acerca de como esse

direito será resguardado diante do desenvolvimento das plataformas e otimização de dados a partir da Lei Geral de Proteção de Dados.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

A privacidade representa uma ideia cultural introduzida enquanto direito fundamental por fatores sociais, políticos e econômicos diante uma necessidade humana de resguardar determinados elementos de sua vida particular. Essas transformações transcorridas durante o processo evolutivo da sociedade perpassa a relação entre o ser humano e seu habitat de convivência.

Esses espaços de convivência são definidos historicamente entre o público e o privado. Na antiguidade grega, a sociedade dividia-se nesses domínios público-privado, no qual os cidadãos livres mantinham relações entre si na denominada *polis* (esfera política) e também interagiam com os membros de sua família de modo mais privado na chamada esfera familiar. Assim, a pessoa exercia sua função política na *polis* e também em campo familiar, numa inserção privada ou público-política. (HABERMAS, 2014). Contudo, somente indivíduos considerados livres exerciam essa relação patriarcal, já que não se considerava cidadão os estrangeiros, escravos e mulheres. (CARDOSO JÚNIOR, 2014).

Assim, havia autonomia entre as esferas públicas e privadas, mas a primeira era o local no qual o cidadão apresentava sua liberdade de pensamento e, perante seus familiares apresentava sua individualidade. Com a descentralização de poder pós queda do Império Romano, a esfera pública passa a ser representada na pessoa do senhor feudal, ficando o domínio público equidistantes do indivíduo comum, mas, ao mesmo tempo, há uma valorização da esfera privada fortalecendo-se os ambientes familiares a partir de estratégias política e social. (CHAPAPUZ, 2006).

A modernidade acabou por acentuar a promoção do social, de modo que a seara pública tornou-se instrumento de sociabilidade para proteger a esfera privada da riqueza e da propriedade da casa. Assim, na mutação da esfera privada a propriedade adquire um significado especial por assegurar um lugar próprio e seguro ao indivíduo, de modo que o privado passa a ter supremacia e invade o domínio público. (CARDOSO JÚNIOR, 2014).

O direito à privacidade, assim como os demais direitos fundamentais passaram a ter uma importância maior pós Segunda Guerra Mundial em virtude da valorização de determinados direitos após os horrores trazidos pela Segunda Guerra. Houve uma participação maior do Estado na vida dos cidadãos transitando do Estado Liberal para o chamado Estado de Bem Estar Social. (DONEDA, 2006).

O direito à privacidade refere-se a um direito fundamental, cujo caráter universal lhe é peculiar. Trata-se de um direito inerente à pessoa humana, requisito para sua titularidade enquanto direito perpétuo, inato e indisponível. O ordenamento jurídico pátrio reconhece o direito à privacidade como direito fundamental tanto na perspectiva constitucional quanto na esfera civilista por meio das terminologias vida privada e intimidade. A Constituição reconhece tal direito em seu art. 5º, incisos X, XI e XII da CR/88 (BRASIL, 2021) e, o Código Civil em seu art. 21 do Código Civil (BRASIL, 2020).

Silva (2009, p. 206) define a privacidade como:

(...) o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso pode ser legalmente sujeito. A esfera da inviolabilidade assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos e, bem assim, as origens e planos futuros dos indivíduos.

Assim, a vida privada do indivíduo referenda um direito fundamental não apenas para se opor ao público, mas como extensão de seu direito à personalidade. Essa concepção contemporânea com a "(...) a evocação da privacidade supera o tradicional quadro individualista e se dilata em uma dimensão coletiva, no momento em que deixa de considerar o interesse do indivíduo enquanto o tal, porém como membro de um determinado grupo social." (RODOTÁ, 2008, p. 27).

A privacidade representa, pois, um direito categorizado como bem coletivo merecendo tutela estatal em todos os parâmetros e não somente na relação indivíduo-estado. Assim, o direito à privacidade traduz uma dimensão negativa, no sentido de garantia de não intervenção estatal, e também numa dimensão positiva, no sentido do Estado de garantir esse direito em face de condutas de terceiros.

Com a globalização e a intensificação da internet, o direito à privacidade assumiu novos contornos. A sociedade passou a receber informações instantaneamente e a tutela da privacidade tornou-se um fato primordial, um direito fundamental da pessoa humana. Atualmente, para participar da esfera social, como forma de garantir o ideal de felicidade contemporânea o indivíduo deve estar sempre conectado.

Como reflexo disso, essa interseção entre a vida real e as redes sociais acabam por introjetar no indivíduo uma vontade patológica em apresentar conteúdos no facebook, instagram e outras redes. Trata-se de uma realidade social em que a

digitalização do cotidiano na internet implica em ser integrante da sociedade. Vale dizer a “(...) divulgação de grande parte do ambiente privado como uma forma de participar da sociedade do espetáculo” (CARDOSO JÚNIOR, 2014, p. 85).”

Essa hiperconexão representa um marco de uma sociedade fluída, digitalizada cuja exposição da vida íntima constitui um fator essencial, quase que vital, para a vida da pessoa. Assim, essa exposição massiva na internet, nas redes sociais acaba por expor inúmeros dados dos indivíduos, o que enseja uma série de questões a serem analisadas, inclusive do direito da proteção de dados pessoais. Essa dicotomia entre tecnologia e privacidade acaba por ensejar o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental como extensão do direito à privacidade.

3. DADOS PESSOAIS NA ERA DIGITAL: QUARTA REVOLUÇÃO

O desenvolvimento e a difusão das tecnologias digitais nas últimas décadas, especialmente nos últimos anos, vem propiciando grandes transformações sociais e, por derradeiro, vem mudando a forma como se produz e consomem dados. Trata-se de uma era focada no consumo instantâneo de informações que foi acelerada com a chamada Quarta Revolução Industrial (CASTELLS, 2011) e, também, com os efeitos da pandemia da Covid-19. Essa crise sanitária acelerou ainda mais a chamada “informacionalização da sociedade” e seus reflexos atingem a vida cotidiana da população como um todo e acaba por impactar na seguridade dos dados dispostos na internet.

O mundo nunca esteve tão conectado. Esse termo “informacionalização da sociedade” ou “sociedade da informação” vem sendo utilizado para se referir a esse contexto temporal hodierno em que o acesso e uso de informações tornaram-se o eixo central da sociedade. Conquanto não há uma origem clara do termo, ele vem sendo utilizado em debates acadêmicos americanos e em países asiáticos para explicar as mudanças sociais provocadas por essas novas tecnologias que propiciam a fluidez em alta velocidade das informações. (CASTELLS, 2011).

Segundo Takahashi (2000), essa formação e desenvolvimento pode ser atribuído a alguns fatores como: a convergência da base tecnológica, a dinâmica da indústria e o crescimento da internet. A convergência de dados implica na possibilidade de se processar qualquer informação de forma digital apenas. O primeiro fator se refere à possibilidade de se processar qualquer tipo de informação a partir de uma única forma, qual seja, a digital. Assim, palavras, imagens ou outros meios de dados podem ser transmitidos e estarem disponíveis em celulares, computadores, tablets.

Como reflexo disso, a indústria trouxe uma dinâmica de queda nos preços e aprimoramentos tecnológicos que permitiu a difusão dos meios eletrônicos à população que foi potencializado pela rapidez de propagação de dados pela internet. Logo, o termo “sociedade da informação” acaba por resultar num paradigma social que estabelece novos rumos para a sociedade em termos econômicos, políticos e sociais, sobretudo numa era epidêmica em que o mundo digital tem sido a plataforma de vivência da sociedade. (CASTELLS, 2011).

Nesse atual contexto, a informação revela-se como um instrumento essencial, como uma matéria prima primordial das novas tecnologias. E, pelo fato da informação constituir parte integrante da atividade humana, os aparatos tecnológicos apresentam-se como fatores essenciais que moldam o processo de existência social e coletiva. (CASTELLS, 2011). Hoje, a maioria da população consegue acessar cada vez mais meios tecnológicos de informações de forma instantânea, realizando desde diálogos simples a transações bancárias e ou negociações comerciais por meio digitais.

Entretanto, todo esse arcabouço de informações deixa rastros que podem ser convertido em armazenamento de dados dos indivíduos. Esses mesmos dados podem facilitar a vida do cidadão, mas, paralelamente, empresas e governos podem fazer essa coleta de dados pessoais em massa e utilizar para diversos mecanismos. Trata-se de um efeito colateral da mudança de paradigma trazida pela chamada “Quarta Revolução Industrial:

A preocupação com o tratamento de dados pessoais como desdobramento da privacidade é um efeito colateral da mudança de paradigma trazida pela “Quarta Revolução Industrial”, cujo tom é dado pelo fenômeno da “informacionalização da sociedade”, iniciado na década de 1970. Seus reflexos impactam diretamente tanto a atividade econômico empresarial, quanto a atuação do próprio Estado, que, além de criar e consumir informação, controla o fluxo de informações. (BOFF; FORTES e FREITAS, 2018, p. 13).

Essas perspectivas de mudança social abrupta e radical denominada como quarta revolução industrial mudou a maneira como a sociedade compra, utiliza os meios bancários, modificando grande partes das atividades cotidianas dos cidadãos. Em razão disso, os dados pessoais dos indivíduos resultaram em elementos a serem explorados na rede mundial de computadores e, conseqüentemente, transformaram-se em ferramentas essenciais nesse novo formato de economia, inclusive com a monetização de dados e informações pessoais dos indivíduos. (CASTELLS, 2011).

A primeira revolução industrial ocorreu entre 1760 e 1840 por meio da produção mecânica realizada nas ferrovias e máquinas a vapor ao passo que a segunda revolução industrial ocorreu entre o final do século XIX e início do século XX impulsionada pela invenção da eletricidade e pela organização da indústria em linhas de montagem. Já a terceira revolução industrial transcorreu entre 1960 e 1990 a partir das tecnologias digitais com a criação de computadores, computação pessoal e da internet. (SCHWAB, 2016).

Nesse processo de criação da terceira revolução industrial que a chamada sociedade da informação se desenvolve e cria aparatos para o desenvolvimento e fomentação de uma quarta revolução industrial. Esta se baseia em processo de revolução digital que concilia diversas tecnologias que promovem uma evolução em ritmo acelerado, profundo e com forte impacto sistêmico, representando uma nova etapa no cotidiano humano. (SCHWAB 2016).

Essa quarta revolução acabou por permear o surgimento de dossiês digitais acerca da população mundial, com uma riqueza detalhada de aspectos individuais da pessoa. Essa composição de conteúdo individuais são extensos e são utilizados de forma que afeta profundamente a vida das pessoas em múltiplos fatores da sua vivência. E a adaptação à essa evolução, apesar de complexa, representa uma alternativa, quiçá, a única, para a própria evolução e inovação da sociedade:

A 4ª Revolução, marcada pela convergência de tecnologias digitais, físicas e biológicas, afetará o mercado, pois os homens terão que se adaptar às transformações, que certamente serão complexas, pois estarão ligadas diretamente à velocidade, ao alcance e aos impactos, portanto, as Organizações devem estar aptas para evoluir e inovar (MOLINA; SANTOS, 2020, p.40).

A ubiquidade trazida pela Internet revela esse cenário de impossibilidade ao *status quo* anterior. Isso porque a Internet está presente em diversos aparelhos domésticos, além dos automóveis, relógios e na própria residência por meio das inteligências artificiais. Essa última permite o processamento de dados para fins diversos e cada vez mais avançados, promovendo uma verdadeira ruptura com o contexto social que a antecede:

Ao permitir “fábricas inteligentes”, a quarta revolução industrial cria um mundo onde os sistemas físicos e virtuais de fabricação cooperam de forma global e flexível. Isso permite a total personalização de produtos e a criação de novos modelos operacionais. A quarta revolução industrial, no entanto, não diz

respeito apenas a sistemas e máquinas inteligentes e conectadas. Seu escopo é muito mais amplo. Ondas de novas descobertas ocorrem simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos nessa revolução, as tecnologias emergentes e as inovações generalizadas são difundidas muito mais rápida e amplamente do que nas anteriores, as quais continuam a desdobrar-se em algumas partes do mundo. A segunda revolução industrial precisa ainda ser plenamente vivida por 17% da população mundial, pois quase 1,3 bilhão de pessoas ainda não têm acesso à eletricidade. Isso também é válido para a terceira revolução industrial, já que mais da metade da população mundial, 4 bilhões de pessoas, vive em países em desenvolvimento sem acesso à internet. O tear mecanizado (a marca da primeira revolução industrial) levou quase 120 anos para se espalhar fora da Europa. Em contraste, a internet espalhou-se pelo globo em menos de uma década (SCHWAB, 2016, p. 19-20).

Esse conjunto de informações trazidas pela quarta revolução industrial apresenta inúmeras modificações tecnológicas como as chamadas tecnologias industriais extensíveis e a inteligência artificial que se valem de quantidade massivas de dados como mecanismo proliferador. Com isso, a questão é como o uso do *Big Data* impacta nas decisões de empresas e do governo. Trata-se de uma mudança radical cuja preocupação alarme os cidadãos em virtude dos estabelecimentos de perfis individuais a partir dessa coletânea massiva de dados pessoais.

Esse termo *Big Data* não apresenta uma conceituação única, ao revés, converte-se de inúmeros fatores para defini-lo. Ele pode ser referir ao alto crescimento na disponibilidade e utilização de informação como às massificações de dados produzidas por fontes distintas e na velocidade de processamento e variação dos dados. Assim, a expressão *Big Data* alude tanto aos grandes bancos de dados alicerçados pelos governos e empresários como a toda tecnologia de captura de dados, crescimento, disponibilidade e uso de informações estruturadas ou não que são difundidas por meio eletrônico (SIMÃO FILHO, A.; SCHWARTZ, 2018).

Assim, a partir desse sistema torna-se possível o cruzamento de diversos dados em alta velocidade cujos fins não necessariamente são explicados por

empresários ou governos. Com isso, o processo de datificação, o qual possibilita a medição e armazenamentos de dados para fins de análise, tornou-se mais sintético com a quarta revolução industrial, com o armazenamento e análise de fatores indistintos de dados. (SIMÃO FILHO, A.; SCHWARTZ, 2018).

Percebe-se essa integração de dados nos dispositivos de geolocalização de *smartphones*, o que redundando não só na localização da pessoa como também de seus dados comportamentais tal como ocorre nas redes sociais e sites específicos. Não se trata mais de algo estático, com uma coleta única. Os dados se tornaram modelos de comércio e negócio, um ativo econômico vital para criação e utilização constante em todos os tipos de serviços. Mas essa datificação dos mais variados aspectos da realidade e do comportamento humano acaba por atrair uma lógica de vigilância, já que as empresas acabam por buscar mais e mais informações para fins de compreensão do comportamento humano e conseqüentemente questões negociais.

Esse cenário de monitoramento e medição de comportamento humano realizado tanto pelo governo quanto por empresas é chamado de "Sociedade da Vigilância" por Stéfano Rodotá (2008). Segundo o autor há uma erosão na privacidade do indivíduo em que ele passa a ceder informações de forma compulsória para usufruir de eventuais oportunidades apresentadas na sociedade de informação. Esclarece o autor que "a pessoa é obrigada expor seu próprio eu, sua própria persona, com conseqüências que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de posse permanente da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito." (RODOTÁ, 2008, p. 113).

Nessa perspectiva, surge a emblemática a respeito do volume e da velocidade da geração de dados e a privacidade do indivíduo. São inúmeros os desafios a serem analisados no tocante ao acesso à difusão de dados na rede de computadores e a manipulação e mineração desses dados por parte das empresas e governos. Com isso, com esses avanços tecnológicos e desenvolvimento da economia digital, torna-se necessárias leis que regulamentem esse mercado para se garantir maior transparência no processo de coleta e tratamento desses dados pessoais, para se assegurar a proteção à privacidade.

4. CONTEXTUALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A internet, enquanto fator social de caráter essencial, não foi objeto de reconhecimento expresso no texto constitucional, não havendo um reconhecimento expresso de sua extensão por meio da privacidade dos dados pessoais, ficando a

encargo da legislação infraconstitucional esse âmbito de proteção. Contudo, há que se ressaltar que o habeas data constitui um remédio constitucional viável, mas muito limitado, para garantir a proteção de dados. Isso porque ele assegura o acesso às informações dos bancos de dados públicos, mas limita a proteção em domínio privado (FORTES, 2016).

Infraconstitucionalmente, a tutela de dados pessoais teve início com o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.070/90, mais precisamente em seu artigo 43, § 4º, alude que os registros de dados dos consumidores de qualquer espécie se equiparam ao registros de caráter público, além de garantir acesso, ele equipara os registros de dados dos consumidores de qualquer gênero àqueles de caráter público. Além disso, o código consumerista garante ainda acesso às fichas de registro e comunicação por escrito de abertura de cadastro, registros e fichas quando não houver sua autorização prévia.

Assim, o CDC (BRASIL, 1990) tratou dos dados com foco no inadimplemento do consumidor para fins de concessão de crédito, resguardando a vulnerabilidade do consumidor perante os bancos de dados forjados para fins creditícios. (POLIDO *et al*,) E também há ainda um conjunto de princípios basilares, como de acessibilidade e qualidade dos dados, da transparência no processo de formação da base de dados e da imperiosidade de limitação do armazenamento de dados negativos pelo prazo de cinco anos. (MENDES, 2014).

Em 2002, o Código Civil previu expressamente, em seu artigo 21 (BRASIL, 2020), a inviolabilidade da vida privada da pessoa humana, consagrando o direito à privacidade como direitos da personalidade, o qual se fundamenta como direito fundamental e guarda todas as características inerentes aos tais direitos, tais como inalienabilidade, imprescritibilidade, relatividade, irrenunciabilidade, historicidade e universalidade.

Preventivamente o código civilista expressou ainda a necessidade de inviolabilidade do direito à privacidade ao prevê no mencionado dispositivo a autorização para o juiz evitar o dano (BRASIL, 2020). Esse caráter preventivo é importante, pois uma vez que determinada coisa é divulgada na internet há uma probabilidade de nunca mais ser excluída, podendo se tratar de um dano irreversível à pessoa, atingindo inclusive o processo de formação de sua personalidade. Sob essa conjuntura, não se trata apenas de uma temática voltada à ideia de indenização, mas, sobretudo, de conceito de prevenção da vida privada em si. (CACHAPUZ, 2006).

A proteção constitucional e infraconstitucional do direito à privacidade estende-se à proteção de dados, vez que ambos se correlacionam intrinsecamente,

não havendo como se referir à vida privada resguardada em redes sociais e na internet em si sem se falar em uma legítima proteção de dados. A Lei de Acesso à informação, Lei nº 12.737/2012 (BRASIL, 2012), adveio de uma consulta pública *on line* realizada no ano de 2009, sendo a legislação que, de fato, impulsionou a proteção de dados pessoais.

O processo de criação dessa norma teve uma intensa participação da sociedade civil por meio de empresas, organizações sociais, ativistas e especialistas em tecnologia. Como resultado disso, o projeto foi reconhecido internacionalmente em virtude dessa participação da sociedade em que se equilibrou responsabilidades e direitos dos usuários, governos e corporações de rede.

Já a Lei nº 12.965 de 2014, Marco Civil da Internet (MCI), disciplina a tutela de proteção de dados, dispondo sobre a aplicação a toda operação relativa à coleta, armazenamento e tratamento de dados pessoais dos usuários e provedores de internet, trabalhando diversos setores ligadas à governança da internet. Essa legislação trouxe tanto princípios como garantias e direitos no uso da internet tutelando a privacidade. Essa norma conferiu mais eficácia aos direitos fundamentais já consagrados.

O Marco Civil não disciplina de forma completa toda a proteção de dados, já que essa regulamentação viria com a lei, conforme art. 3º (BRASIL, 2014). Mas ele trouxe medidas clássicas em matéria de tutela de dados pessoais como o: i) consentimento, disposta no art. 7º, incisos VII e IX e art. 16º, inciso I; II) a transparência prevista no art. 7º, incisos VI, VIII e XI; iii) a segurança da informação e dos sistemas, dispostas no art. 2º, inciso V, e art. 10, §4º; e artigo **45; iv)** o respeito ao contexto - compatibilidade com o contexto de coleta dos dados para a sua utilização, estabelecido no art. 7º, inciso VIII. E trouxe também medidas inovadoras como: a) o controle das práticas abusivas, no caso uso e compartilhamento de dados de forma incompatível com as finalidades do contrato inicial, assim como a garantia da confidencialidade da comunicação além da garantia da confidencialidade no armazenamento da nulidade de cláusulas contratuais previstas no art. 8º e da vedação da guarda de registros de acesso a serviços de internet para provedores de conexão disposta no art. 14.

Anteriormente à legislação do Marco Civil, o acesso a dados e registros de usuários na rede mundial de computadores não possuíam qualquer regulamentação específica, permitindo um arsenal de abusos e violações de direitos, uma chamada "terra sem lei". Daí a importância da Lei do Marco Civil no panorama legislativo brasileiro, estabelecendo fundamentos a princípios constitucionais já consagrados,

como a liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, inviolabilidade da vida privada. E, ainda, resguardou-se a preservação, segurança e funcionalidade e neutralidade de rede por meio de aparatos técnicos similares aos aparatos internacionais (FORTES, 2016)

Contudo, a Lei 12.965/14 (BRASIL, 2014), não se limitou a apresentar tutela criminal às violações ocorridas na internet. Ao revés, ela apresentou um conjunto de direitos e liberdades civis que traduzissem princípios fundamentais prevista na legislação brasileira, estabelecendo proteções mínimas para a tutela dos usuários brasileiros na utilização de redes sociais, da internet como um todo. Mas, esses princípios não resguardaram especificamente acerca das coltas de dados e o tratamento a ele dados, ainsa sendo utilizado o art. 43 do CDC como mecanismo de proteção (CANCELIER, PILATI, 2017).

Assim com essa insegurança, o Brasil ainda carecia de uma efetiva proteção de dados e mediante razões de ordem econômica para adequação brasileira aos padrões internacionais e, conseqüentemente relações negociais e/ou diplomáticas, a matéria de proteção de dados pessoais tornou-se medida emergencial e culminou na criação da Lei Geral de Proteção de Dados.

5. A REGULAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/18 foi objeto de um longo processo legislativo. Em seu artigo 1º, deduz seu objeto: tratamento de dados pessoais, tanto nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, com o escopo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa. (BRASIL, 2018),

Já o artigo segundo admite que a tutela os dados pessoais tem como meio de resguardar os direitos da privacidade, autodeterminação informativa, liberdade de expressão, de informação, comunicação, inviolabilidade da intimidade, imagem, honra, bem como o desenvolvimento econômico e tecnológico e a livre iniciativa, livre concorrência e a defesa ao consumidor ao mesmo tempo em que promove a defesa da autodeterminação informativa e a proteção dos direito humanos. (BRASIL, 2018).

A sistemática da LGPD volta-se à proteção de dados pessoais e também dos meios digitais, bem como do tratamento deles efetuado tanto pela pessoa natural quanto pela jurídica de âmbito privado e público, aplicando-se a norma desde que: a) ela ocorra em território nacional; b) a atividade de tratamento, tenha o fim na oferta, ou no fornecimento de bens, serviços, ou tal tratamento seja de indivíduos localizados

no território nacional; e c) o campo de coleta dos dados pessoais utilizados no tratamento esteja no território nacional, conforme dispõe art. 3º (BRASIL, 2018).

O dispositivo 4º refere-se às situações em que a lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais, destacando-se quando nos casos em que for realizado: a) por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; b) para fins exclusivamente jornalísticos e artísticos ou acadêmicos; c) para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, ou atividades de investigação e repressão de infrações penais; d) fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que esse país também proporcione grau de proteção adequado à lei brasileira.

Já no art. 5º há uma definição de conceitos-chaves, especialmente nesse último dispositivo:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;

V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD); (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador;

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; (...) (BRASIL, 2018).

Os princípios basilares da norma estão expressos no art. 6º: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas. Dentre esses destaca-se a finalidade e não discriminação. O primeiro estabelece que Deles, destaca-se o da finalidade e não discriminação. O primeiro estabelece que a “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades” (art. 6, inc. I). Já o princípio da “não discriminação pauta-se na impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos” (art. 6, inc. IX). (BRASIL, 2018).

A LGPD, em seu art. 7º, enumera as hipóteses em que o tratamento de dados poderá ser efetuado: a) autorização do titular mediante consentimento; b) cumprimento de obrigação legal ou regulatória, do controlador; c) utilização pela

administração pública, para fins específicos, como tratamento e uso compartilhado de dados para execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; d) estudos por órgão de pesquisa; e) execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato em que o titular seja parte e a seu pedido; f) exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo, ou arbitral, conforme Lei de Arbitragem; g) proteção da vida ou da incolumidade física própria ou alheia; h) proteção da saúde, realizado por profissionais desta área ou por entidades sanitárias; i) interesses lícitos do controlador ou de terceiro, salvo a prevalência de direitos e liberdades fundamentais do titular que requeiram a proteção dos dados pessoais; ou j) proteção creditícia. (BRASIL, 2018).

O consentimento do titular deve ser realizado por meio escrito ou outro meio idôneo que demonstre a vontade do indivíduo no fornecimento de dados (art. 8º), devendo, no primeiro caso, haver uma cláusula destacada das demais (art. 8º, § 1º). O ônus da prova cabe ao controlador (art. 8º, § 2º), sendo vedado o tratamento mediante vício de consentimento (art. 8º, § 3º). Note-se ainda que o consentimento deve ser específico, para finalidades determinadas, sendo as autorizações genéricas nulas (art. 8º, § 4º), podendo o consentimento ser revogado a qualquer momento, excepcionados alguns casos (art. 8º, § 5º). *E, no caso de alteração de informação*, o controlador deverá informar o titular que poderá revogar o seu consentimento na hipótese de não acordar com as modificações (art. 8º, § 6º). (BRASIL, 2018).

Resguarda-se ao titular acesso facilitado às informações a respeito do tratamento de seus dados, especialmente acerca: a) da finalidade específica do tratamento; b) da forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; c) da identificação do controlador; d) dos dados de contato do controlador; e) de eventual uso compartilhado de dados pelo controlador e finalidade; f) da responsabilidade dos agentes que realizarão o tratamento; (art. 9º). (BRASIL, 2018).

Note-se que a LGPD optou por criar uma tripartição dos dados, de modo que cada qual gozasse de um nível diferente de proteção. Assim, os dados sensíveis possuem um grau maior de proteção, posteriormente vem os dados pessoais e por último os dados anônimos ou anonimizados como são chamados.

Os dados pessoais sensíveis são enumerados taxativamente no art. 11 do dito diploma. O titular ou o seu ou seu representante legal deve consentir expressamente o uso e para quais finalidades específicas. Contudo, independente de consentimento, quando for indispensável para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo

controlador além de ser vedado a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis no tocante à saúde com o objetivo de obter vantagens econômicas. Obviamente nos casos em que a portabilidade de dados for consentida pelo titular ou na necessidade de comunicação para a adequada prestação de serviços de saúde suplementar elas serão permitidas. (BRASIL, 2018).

A anomização e pseudonimização remota a conceitos importante da LGPD, trazidos, respectivamente, em seus artigos 12 e 13. O primeiro aduz que os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins da norma apresentando algumas exceções. Já a pseudonimização “refere-se ao tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.” (art. 13, §4º). (BRASIL, 2018).

O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes também foi objeto da LGPD, se o qual os dados deverão ser realizados no melhor interesse dos menores, devendo haver o consentimento específico e em destaque por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal (art. 14). Já o art. 15 estipula que o término do tratamento de dados pessoais poderá se dar quando: a) a finalidade tiver sido alcançada ou os dados tiverem deixado de ser necessários; b) no caso de dar o fim do período do tratamento. D) houver comunicação do titular, “inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento”; d) a autoridade nacional assim determinar, quando houver violação ao disposto na LGPD. (BRASIL, 2018).

O artigo 16 trata dos dados pessoais deverão ser eliminados após o término do seu tratamento, contudo eles poderão ser conservados para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) estudo por órgão de pesquisa, “garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais”; c) transferência a terceiro, uma vez observados os requisitos legais para tanto; e d) “uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.”

Os direitos dos titulares de dados pessoais são tratados nos artigos 17 a 23 da LGPD. Resguarda-se a titularidade dos dados sob a tutela dos direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, bem como, a qualquer momento do direito a: a) obter do controlador a confirmação da existência de tratamento; b) ter o acesso aos dados; c) correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, como visto; d) anonimização, o bloqueio ou a eliminação de dados desnecessários, dentre outros (art. 18). Lembrando que a confirmação de existência ou o acesso a dados pessoais serão providenciados, mediante requisição do titular (art. 19) que poderá solicitar a revisão de decisões que foram tomadas unicamente com base em

tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, (art. 20). (BRASIL, 2018).

O tratamento de dados pessoais pelo poder público é regulamentado na LGPD nos artigos 23 a 30. Esse tratamento de dados poderá ser feito por pessoas jurídicas de direito público, tendo os serviços notariais e de registro esse mesmo tratamento (art. 23), tais como os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público, além de autarquias, fundações e empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Já os artigos 31 2 32 da LGPD tratam da responsabilidade acerca do tratamento de dados pelos órgãos públicos. (BRASIL, 2018).

A transferência internacional de dados pessoais é regulamentado nos artigos 33 e 34 da LGPD. Já os artigos 37 a 45 tratam dos agentes de tratamentos de dados pessoais, especificando acerca do controlador e operador, do encarregado pelo tratamento de dados pessoais, da responsabilidade e ressarcimento de danos. Nessa última situação estabelece-se que “o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.” (art. 42) (BRASIL, 2018).

Já a adoção segurança e do sigilo de dados e das boas práticas e da governança são normas dispostas nos artigos. 46 a 51. O art. 46 impõe aos agentes de tratamento a obrigação de se adotarem medidas de segurança, técnicas e administrativas, para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, inclusive evitando-se qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. Quanto às boas práticas e à governança, os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais devem atender a essas condições, juntamente com os requisitos de segurança, observando-se, ainda, os princípios gerais previstos na lei e as demais normas regulamentares pertinentes (art. 49). No tocante à fiscalização, as sanções administrativas são tratadas no art. 52 a 54. E do art. 55 adiante discute-se sobre a criação, sem aumento de despesa, da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD e da Do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e disposições finais e transitórias. (BRASIL, 2018).

6. PROTEÇÃO DE DADOS E SUA INTERFACE COTIDIANA COM A PRIVACIDADE DOS CIDADÃOS

O controle de informações representa a ideia de manutenção de poder e o contexto histórico hodierno acaba por permear esse cenário. Com o mundo globalizado e a instantaneidade dos meios de comunicação, o direito à privacidade acaba tomando uma relevância ainda maior diante da exposição de dados nas redes sociais e na internet em si. É que nessa sociedade pós-moderna, a pessoa quer interagir, se conectar aos artefatos midiáticos expostos na rede mundial de computadores.

Então para participar dessa esfera social torna-se necessário expor ao público dados de sua privacidade numa busca insana de admiradores virtuais, numa espécie de ideal de felicidade moderno. Essa digitalização do cotidiano impõe uma necessidade patológica de publicar, de enunciar ao mundo a sua prática cotidiana. Essa nova faceta de comunicação estabelecida pela internet abriu novas formas de comunicação, novos formatos de interatividade dos seres humanos.

A hiperdocumentação do cotidiano no atual século cresce exponencialmente na medida em que o indivíduo passa cada vez mais tempo no espaço virtual, mantendo-se uma interface diária entre a vida *online* e *off-line*. As redes sociais, como o Facebook, *Instagram*, *Twitter* e *whatsapp* não representam somente um passa tempo da sociedade atual, eles apresentam-se como verdadeiras ferramentas de trabalho, lazer e interatividade simultaneamente. Funcionam, pois, numa espécie de apresentação curricular do indivíduo, no qual se expõe atributos, ainda que não realísticos, vida social e diversas situações cotidianas.

Essa exposição massiva em uma sociedade hiperconectada exige uma proteção desses dados, não podendo o cidadão ser um mero fornecedor de "fornecedor de dados" aos órgãos públicos e entidades privadas em uma contrapartida dos benefícios de usar dos serviços por eles oferecidos, devendo ele ser efetivamente capaz de exercer controle sobre seus dados. Rodotà (2008) evidencia essa necessidade de uma infraestrutura informativa cada vez mais ampla e justificada, de uma garantia efetiva e da expansão dos direitos individuais ligados à privacidade e proteção de dados, não podendo o Estado e a sociedade fecharem os olhos para esse novo contexto.

Assim, a conceituação hodierna de privacidade deve abarcar um núcleo comum entre todas as situações que envolvem esse direito fundamental, sobretudo os dados dos cidadãos. Deve haver um conceito plural de privacidade, de modo que se atenda tanto as situações clássicas de invasão de privacidade quanto às novas situações advindas desse atual fluxo de informações. (LEONARDI, 2012).

Na visão de Rodotà (2008), essa atual noção de privacidade e suas novas características abarca as seguintes situações: a) o direito a ser deixado ou estar só

transpassa ao direito de manter controle sobre as informações que digam respeito ao indivíduo; b) a busca pela privacidade torna-se uma verdadeira autodeterminação informativa; c) a privacidade é vista como mecanismo garantidor de não-discriminação; d) busca-se proteção ao sigilo, passando-se a buscar o controle de dados e informações, públicos ou não.

Com isso, a compreensão tradicional de privacidade deveria conviver com essa nova dimensão, com uma espécie de intercâmbio entre as tutelas estática e dinâmica do direito à privacidade, não se tratando o direito à proteção de dados como uma era evolução do direito à privacidade e sim como uma categoria autônoma. (BIONI, 2019). Assim, enquanto categoria autônoma não se limita à dignidade humana:

O direito à proteção de dados pessoais angaria autonomia própria. É um novo direito da personalidade que não pode ser amarrado a uma categoria específica, em particular ao direito à privacidade. Pelo contrário, demandase uma correspondente ampliação normativa que clareie e não empole a sua tutela. (BIONI, 2019, p. 126).

Nessa perspectiva, tornou-se cada vez mais evidente uma necessária proteção de dados. Por óbvio foi preciso um escândalo em países desenvolvidos para que os governos e entes privados começassem a agir em prol da tutela de dados. Em 2013, com o escândalo do caso Snowden versus a Agência de Segurança Nacional Americana, a tutela à privacidade e a proteção de dados ficaram em evidência. Na situação fática, Edward Snowden, ex-assistente técnico da CIA criou um dossiê e o entregou ao jornalista Gleen Greenwald, que obviamente publicou o material em jornais de grande circulação, no caso o jornal britânico *The Guardian* e o americano *The Washington Post*. A matéria expôs toda a espionagem americana promovida em massa pelo governo americano por meio de um programa denominado com o codinome PRISM. Esse instrumento garantia a NSA acesso direto aos servidores das empresas *Microsoft, Yahoo, Google, Facebook, PalTalk, UOL, Skype, YouTube* e *Apple*, de modo que foram extraídos uma enorme quantidade de dados, como fotos, registros e emails, que permitiam ao governo americano traçar planos estratégicos. (G1, 2014, BOHRER, 2019).

Após esse episódio fatídico, surgiram outros casos, como *Cambridge Analytica*, divulgado pelo *New York Times* no mês de março de 2018, o qual refere-se acerca das desinformações espalhadas pelas *Fake News* nas redes sociais no ano da eleição americana em 2016, expondo a vulnerabilidade dos dados pessoais dos usuários nas redes sociais. Cerca de 87 milhões de usuários tiveram seus dados informados

ilegalmente à dita empresa sob a perspectiva de construção de campanhas eleitorais mais eficientes, manipulando o comportamento dos eleitores de acordo com o tipo de conteúdo que lhe era direcionado. (G1, 2018, BOHRER, 2019). Inclusive alguns veículos de imprensa chegaram a veicular que essa estratégia também foi utilizada no Brasil na campanha eleitoral de 2018, mas não teve investigação nem alardeamento como no caso americano.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal manifestou acerca do direito fundamental à proteção de dados pessoais. Em maio de 2020, o STF julgou a ADI 6387, relatoria da Ministra Rosa Weber, no qual foram julgadas cinco ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelos partidos políticos PSB, PSDB, PSOL e PCdoB. (BRASIL, STF, 2020). Da ementa da decisão extrai-se:

EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais não de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia

de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. 5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. 6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpra as exigências que exsurtem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros. 7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser

invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. 10. Fumus boni juris e periculum in mora demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. 11. Medida cautelar referendada. (BRASIL, STF, 2020).

A decisão suspendeu a eficácia da Medida Provisória n. 954, de 17/04/2020 que dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadores de serviço público para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020". (BRASIL, STF, 2020).

A decisão retrata que não existem mais dados neutros ou insignificantes, vez que esses bancos de dados podem identificar pessoas e que essas poderão ser usadas como forma invasiva, invadindo a esfera privativa dos cidadãos. Ademais, a relatora argui que o uso de dados tanto por entes estatais quanto por entes privados devem se dar de forma legítima mediante observação dos parâmetros estabelecidos pelos titulares dos dados, como a finalidade e o modo de utilização dos dados objeto da norma. (BRASIL, STF, 2020).

No caso julgado pelo STF, a relatora evidenciou que poderia haver uma ameaça à própria democracia na medida em que o aumento do poder de vigilância pode criar um enfraquecimento dos direitos e garantias fundamentais, não sendo legítimo e viável o compartilhamento dos dados dos usuários, devendo ser resguardada a necessidade, a adequação e proporcionalidade, de modo a se ter clareza e transparência quanto à compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e a sua limitação ao mínimo necessário para alcançar as suas finalidades. (BRASIL, STF, 2020).

Ademais, não se poderia conceder a medida pleiteada ante a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados, pois isso compromete a responsabilização dos agentes de tratamento por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais, o que vai de encontro aos ditames da LGPD. Ainda que o caso verse sobre a necessidade da coleta de dados para fins epidemiológicos da Covid, essa excessiva coleta de dados pessoais e com o poder computacional dos sistemas automatizados poderiam desencadear modelos

de negócios escusos e práticas ilegais que são rentabilizadas pelo uso de indevido dos dados, tal como ocorreu nos casos *Cambridge Analytica*.

E, esse cenário de medidas excepcionais poderiam se estender, como de fato tem ocorrido com a pandemia no Brasil, e correria um risco de uma vigilância permanente com o acesso a dados em períodos e contextos muito diferentes daqueles em que foram concedidos, o que afetaria as liberdades fundamentais e poderia criar uma verdadeira ditadura digital. (BRASIL, STF, 2020). Inclusive, nesse julgado o STF reconheceu o direito à proteção de dados como um novo direito fundamental, destacado e independente do direito à privacidade, sob o contexto de identificação das liberdades individuais, tal como defende Bioni (2019), entendimento do qual se comunga.

Essas situações evidenciam a realidade hodierna: como proteger os dados dos indivíduos nesse cenário massivo de informações veiculadas na internet? Como respeitar o espaço público-privado do indivíduo sem ferir-lhe o seu direito fundamental à privacidade? Essas emblemáticas contemporâneas apresentam uma enorme dificuldade devido ao fato da sociedade contemporânea valorizar extremamente a exposição e o interesse pelo íntimo numa eterna busca por notoriedade. Consequentemente há um intenso movimento de evasão da privacidade a qual, ainda que voluntária, merece tutela.

Por certo que o direito à privacidade tem sido historicamente articulado com base na dicotomia entre as esferas públicas e privadas. A habitação privada estabeleceria os contornos e demarcaria o refúgio no indivíduo em seu lar. Lá os indivíduos pensariam e refletiriam sobre as situações para retornar à esfera pública e se manifestar, o que evitaria que os indivíduos sofressem um nivelamento social e até mesmo a instalação de visões totalitárias. (BIONI, 2019).

Contudo, no contexto atual, a busca pela exposição tem sido a essência de vida de inúmeros cidadãos, de modo que postar as atividades cotidianos tornou-se uma necessidade e a grande dificuldade enfrentada pauta-se na separação entre as esferas públicas e privadas de cada indivíduo, do que se deve ou não estar disponível nos ambientes virtuais.

Por certo que o direito à privacidade é basilar à própria democracia, construindo-se numa "condição essencial ao livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos. Somente com a fuga da "pressão social", os indivíduos conseguiriam desenvolver cada qual a sua subjetividade para, posteriormente, projetá-la em meio à sociedade." (BIONI, 2019, p. 124).

A emblemática é ainda maior quando se passa a analisar o fato de que essa sociedade da informação vem imprimindo uma nova dinâmica de proteção de dados da pessoa humana, com a monetização desses dados. Esses dados apresentam-se como uma nova forma de prolongamento da pessoa, interferindo na sua esfera relacional e daí reclama uma proteção de dados, com direito de acesso e retificação dos dados e oposição a decisões automatizadas, discriminatórias. (BIONI, 2019).

Note-se que até a aprovação da LGPD, o Brasil contava com leis esparsas acerca da proteção de dados, que não cobria diversos setores da economia, além de direitos basilares da população, o que acaba por gerar uma assimetria e uma insegurança não somente nos cidadãos, mas também nas relações governamentais e internacionais:

Era uma verdadeira “colcha de retalhos” que não cobria setores importantes da economia e, dentre aqueles cobertos, não havia uniformidade em seu regramento. Essa assimetria gerava insegurança para: a) que os mais diversos setores produtivos trocassem dados entre si com o objetivo de desenvolver novos modelos de negócios; b) a formulação de políticas públicas e parcerias público-privadas igualmente dependentes desse intercâmbio de dados; e c) o cidadão que não detinha uma proteção integral e universal com relação a todas as atividades do cotidiano em que fornece seus dados, seja para o setor privado ou público 256 . Sendo a proteção do consumidor e a dignidade da pessoa humana erigidas como princípios da ordem econômica pela Constituição Federal (art. 170, caput e inciso V, da Constituição Federal) que conformam a li-vre-iniciativa 257 , mostra-se ainda mais pertinente o diagnóstico dessa dupla faceta de leis gerais de proteção de dados pessoais, especialmente para se cumprir com o que foi programado em termos de ordem econômica pelo texto constitucional. (BIONI, 2019, 134).

A LGPD adveio com essa missão de proteção dos dados e consequentemente proteger os direitos fundamentais, perpassando para disciplinar aspectos econômicos e desenvolvimento tecnológico. Por certo que a dicotomia entre tecnologia e privacidade não corresponde ao melhor meio de resolução dos questionamentos outrora proposto. Deve-se haver uma harmonização entre o desenvolvimento tecnológico e a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos.

A LGPD vem de encontro a esses objetivos, vez que em suas disposições preliminares enunciam que a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fim o proteger os direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade (art.

1º) em paralelo com o desenvolvimento econômico-tecnológico e da inovação (art. 2º). Há, assim, uma dialética normativa de conciliação entre todos esses elementos na lei geral de proteção de dados.

Mendes (2014) traça um paralelo entre essa harmonização entre o desenvolvimento tecnológico e a preservação dos direitos fundamentais do indivíduo, fazendo uma analogia entre a dicotomia vivenciada entre o desenvolvimento econômico e preservação ambiental, que nas décadas de 50 e 60 era vista como inevitável, buscando-se um caminho com o desenvolvimento sustentável. Na visão da autora esse mesmo entendimento deve ser aplicado às inovações tecnológicas e o resguardo da privacidade e a proteção de dados pessoais.

O triste cenário é que, ainda, hoje, a discussão entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental, embora tenha chegado a um nível de discussão altíssimo, ainda encontra-se muito aquém de um desenvolvimento sustentável satisfatório. E, se a dicotomia entre proteção de dados e desenvolvimento econômico for no mesmo viés, o direito à privacidade em alguns anos será ainda objeto de muita discussão em níveis alarmantes e preocupantes.

Com isso, o principal vetor para alcançar uma harmonização entre essas esferas dicotômicas seria franquear ao cidadão controle sobre seus dados pessoais. Note-se que essa estratégia vai além do consentimento do titular dos dados, da sua autorização de uso, pois, tão importante quanto esse elemento volitivo encontra-se o resguardo protetivo do fluxo informacional que esse ato de vontade gera. (BIONI, 2019).

Logo, não basta meramente que a norma proteja seus dados, ela deve atender às suas legítimas expectativas e, sobretudo, não constituir-se em elemento corrosivo ao livre desenvolvimento da sua personalidade. É que o processo de receber e utilizar a informação promove um processo de ajuste às contingências do meio ambiente e do efetivo viver nesse meio, de modo que a harmonização entre o desenvolvimento tecnológico e a garantia de proteção de dados deve seguir por um caminho racional.

Habermas (1997), evidencia que:

Neste Universo, a tecnologia proporciona igualmente a grande racionalização da falta de liberdade do homem e demonstra a impossibilidade “técnica” de ser autônoma, de determinar pessoalmente a sua vida. Com efeito, esta falta de liberdade não surge nem irracionalmente nem como política, mas antes como sujeição ao aparelho técnico que amplia a comodidade da vida

e intensifica a produtividade do trabalho. A racionalidade tecnológica protege assim antes a legalidade da dominação em vez de a eliminar e o horizonte instrumentalista da razão abre-se uma sociedade totalitária de base racional. (HABERMAS, 1997, p. 92)

Como forma de buscar eliminar uma sociedade totalitária em que predomine a busca do desenvolvimento tecnológico numa racionalidade extrema em desfavor da tutela do direito à privacidade, tem-se que ponderar que a privacidade constitui um fator fundamental à formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana e também funciona como um vetor que promove a liberdade e autonomia.

Trata-se de um interesse coletivo, já que a privacidade deve ser trabalhada também nessa perspectiva diante do fato de a sociedade contemporânea valorizar a exposição e o interesse pelo íntimo e, como reflexo disso, acaba por promover um intenso movimento de invasão de privacidade como reflexo da própria digitalização do cotidiano. Esse novo espaço de convivência do espaço *on line* deve promover determinadas garantias de tutela ao indivíduo, já que o texto constitucional, embora enalteça a liberdade de expressão, também veda a censura e declara inviolável a intimidade.

Desse modo, a tutela da privacidade no tocante à proteção de dados deve reprimir sua violação além de garantir eventual indenização ao dano ocasionado, já que, a partir do momento em que determinada informação deixa o âmbito privado, sendo objeto de veiculação em ambiente virtual não há como retomar essa posição, devendo o juiz tomar providências com o fito de impedir que o dano ocorra.

Por certo que o direito à privacidade na rede mundial de computadores implicará em sopesamento com outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, dentre outros. Contudo, ainda que as benesses advindas da privacidade tenha cunho pessoal e emocional intangíveis, cuja mensuração será complexa, o sopesamento desse bem face a outros direitos fundamentais demonstra-se igualmente relevante. Assim, a ausência de um sistema eficaz de avaliação e comparação dos bens em conflito não impede uma tomada de decisão judicial razoada e proporcional diante do caso concreto.

Isso porque o próprio julgado do STF apresentou uma mudança de entendimento concebendo a autonomia do direito fundamental à proteção de dados, como um direito derivados da própria dignidade da pessoa humana, da intimidade, reconhecendo o habeas data como instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa. (BRASIL, STF, 2020). E, por mais que essa última apresente uma perspectiva subjetiva, será através desse viés de autonomia que os

cidadãos poderão ser protegidos contra eventuais ingerências estatais e empresas privadas no âmbito de sua privacidade. Trata-se, pois, de uma dimensão objetiva, que exige do Estado obrigações positivas como forma de garantir desse direito, tanto nas relações com o poder público, quanto nas relações privadas.

Portanto, o direito fundamental à proteção de dados pessoais exige um tratamento específico, baseando-se em medidas necessárias, adequadas e razoáveis, de modo a se conceber tais medidas somente para fins legítimos, devendo ser exigido uma fiscalização por parte de uma autoridade de proteção de dados independente. Essa nova hermenêutica do STF trazida no jugado analisado evidencia a necessidade de compreensão dos direitos fundamentais a partir do contexto social contemporâneo e numa constante atualização deles em face da acelerada evolução tecnológica.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à privacidade refere-se a um direito fundamental inerente à pessoa humana. Trata-se de um conjunto de informações acerca do indivíduo, cujo sigilo ou divulgação deveria ficar a encargo do próprio. Mas, com os aparatos tecnológicos e o uso massivo da internet em todos os âmbitos da vida comum acabou por diagnosticar uma proteção maior desse direito face a exposição de dados nas redes sociais e na internet em si. A hiperdocumentação do cotidiano com a divulgação massiva de dados por meio de redes sociais e na internet na qual o indivíduo transforma-se em um fornecedor pessoal de dados acaba por exigir uma tutela maior do Estado, no sentido de reguardar ao indivíduo a proteção de seus dados e consequentemente do seu direito à privacidade.

A proteção desse direito fundamental em si já enfrenta inúmeros obstáculos no contexto contemporâneo diante da massificação de dados e a exposição frenética nas redes sociais em meio ao ideal de felicidade. E ela se torna ainda mais emblemática com o fato de a sociedade de informação monetizar esses dados. A posse dessas informações implica numa relação de poder extrema, num contexto em que o cenário pode modificar com o uso indevido desses dados. Os exemplos de Snowden versus a Agência de Segurança e o caso *Cambridge Analytica* evidenciam essa emblemática, sendo esse último utilizado em campanha eleitoral americana com a exposição massiva de dados de milhões de estadunidenses e divulgação de *fake news* que, segundo alguns analistas, podem ter influenciado nessas eleições.

Esse cenário é devastador e implica em consequências de âmbito mundial. Daí a necessidade extrema da proteção de dados e tutela do direito à privacidade. Isso porque não existem mais dados neutros ou insignificantes, vez que esses bancos de

dados podem identificar pessoas e que essas poderão ser usadas como forma invasiva, invadindo a esfera privativa dos cidadãos e para outros propósitos ainda mais obscuros.

Logo, o uso de dados por entes estatais, empresas privadas, organizações civis e da própria sociedade devem se dar de forma legítima mediante observação dos parâmetros estabelecidos pelos titulares dos dados, como a finalidade e o modo de utilização dos dados objeto da norma, como enuncia o texto da LGPD. Caso contrário, poderia haver uma ameaça à própria democracia se a divulgação desses dados não observar critérios de adequação, proporcionalidade e razoabilidade. Deve-se haver uma harmonização entre o desenvolvimento tecnológico e a preservação dos direitos, franqueando ao cidadão controle sobre seus dados pessoais e exigindo-se do estado uma intensa fiscalização e criação de meio protetivos que garantam ao usuário efetiva proteção do uso de seus dados, resguardando-se a sua privacidade.

8. REFERÊNCIAS

BOHRER, Igor Graeff. **A proteção de dados como direito da personalidade e seu risco diante do on line proffiling**. Monografia. Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm . Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL, **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 6387**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil x Presidente da República. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629> Acesso em: 02 jun. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. **Infinito Particular: Privacidade no Século XXI e a Manutenção do Direito de estar só**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CANCELIER, Mikhail Vieira; PILATI, José Isaac. Privacidade, Pós-Modernidade Jurídica e Governança Digital: **O Exemplo Do Marco Civil Da Internet Na Direção De Um Novo Direito**. v. 18, n. 1, p. 65-82, jan./abr. Joaçaba. 2017. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/7252>. Acesso 26 mai 2021.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CARDOSO JÚNIOR, Nerione Nunes. **Hannah Arendt e o declínio da esfera pública**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2014.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no Discurso Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

FORTES, Vinicius Borges. **Os direitos de privacidade de dados pessoais na internet**. Riode Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014

HARBEMAS. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. I/ Jürgen Habermas. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997

G1. Entenda o caso de Edward Snowden que revelou espionagem nos EUA. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>. São Paulo, 02/07/2013, 14h25 - Atualizado em 14/02/2014 07h29 Acesso em 01 junho. 2021.

G1. Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. BBC News. {S.l.}, 20/03/2018. Disponível em:

<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>, 07h29 Acesso em 01 junho. 2021.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOLINA, Letícia Gorri; SANTOS, Juliana Cardoso dos. **Gestão da Informação e a 4a Revolução Industrial**. Novas práticas em informação e conhecimento, 8(2), 39 – 48, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/atoz/article/view/65784>. Acesso em: 19 mai. 2021

POLIDO, Fabrício B. Pasquot et al. GDPR e suas repercussões no direito brasileiro: Primeiras impressões de análise comparativa. Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 20 jun. 2018. Belo Horizonte: Iris, 2018. Disponível em: <<http://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/GDPR-e-suas-repercuss%C3%B5es-nodireito-brasileiro-Primeiras-impress%C3%B5es-de-an%C3%A1lise-comparativa-PT.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2021

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Organização Maria Celina Bodin de Moraes. Tradutores Danilo Doneda e Luciano Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016,

SIMÃO FILHO, A.; SCHWARTZ, G. A. D. Big Data em tempos de internet das coisas. In: PARENTONI, L.; GONTIJO, B.M.; LIMA, H.C.S. Direito, Tecnologia e Inovação . Belo Horizonte: D'Placido, cap. 2.2, p. 217-246. v. I. 2018

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 32 ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

O PROCESSO POLÍTICO NOS BASTIDORES DO PROCESSO LEGISLATIVO: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI ANTICRIME

CAMILA DOS SANTOS: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Una

LARISSA GRAZIELLE PASSOS DO NASCIMENTO⁵⁶

(coautora)

JÉSSICA MARIA GONÇALVES DA SILVA⁵⁷

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo desenvolver uma análise da lei 13.964/2019, no que se refere as suas incongruências com o sistema acusatório brasileiro, decorrentes das diversas alterações a que se submeteu enquanto projeto de lei. O artigo tem como foco principal o estudo do artigo 492, inciso I, “e” do Código de Processo Penal, que trouxe a possibilidade de prisão após o julgamento pelo tribunal do júri. Para nortear o presente trabalho, faz-se necessário introduzir o contexto no qual se deu a criação do conhecido “Pacote Anticrime” e, para tanto, é delineado o processo de enfraquecimento político-legislativo enfrentado pelo país a época em que a lei se deu como pauta. Além do clamor político envolvendo a Lei 13.964/2019, será apresentada a expectativa legislativa que se criou com o assunto, abordando de forma didática as mudanças referentes à mesma, até a sua presente situação.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote Anticrime. Política. Legislativo. Projeto de Lei. Processo Penal.

ABSTRACT: The purpose of this article is to develop an analysis of Law 13.964/2019, regarding its inconsistencies with the Brazilian accusatory system, due to the various changes while submitted as a law project. The article's main focus is the study of article 492, item I, “e” of the Code of Criminal Procedure, which brought the possibility of imprisonment after the trial by the jury court. To guide the present work, it is necessary to introduce the context in which the well-known “Pacote Anti-crime” was created. For that, the process of political and legislative weakening is outlined which the country faces at the time when the law was given as an agenda. In addition to the political clamor surrounding Law 13.964/2019, the legislative expectation created with the

⁵⁶ Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Una

⁵⁷ Mestre em Direito Processual pela PUC/MINAS, Pós-graduada em Direito Processual pela PUC/MINAS, Graduada em Direito pela UFMG; Professora universitária e Orientadora no Centro Universitário Una.

subject will be susceptible, addressing in a didactic way the changes referring to it, up to its present situation.

KEYWORDS: Pacote Anticrime. Politics. Legislative. Law Project. Penal Precedure.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Histórico do Projeto de Lei. 1.1. O Contexto político anterior ao Projeto de Lei. 1.2. A apresentação e votação do Projeto de Lei. 2. Lei 13.964/2019: Projeto Apresentado X Lei Aprovada. 3. O Sistema Acusatório e o Processo Penal Brasileiro. 4. A desarmonia da Lei 13.964/19 com o Sistema Acusatório Brasileiro. 4.1 A Possibilidade de Execução Provisória da Pena no Tribunal do Júri (Art. 492 do CPP). 4.2 Dispositivos com eficácia suspensa da Lei 13.964/2019. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A lei 13.964/2019, conhecida popularmente como “pacote anticrime”, criada pelo ex- Ministro da Justiça Sergio Moro e sancionada pelo atual presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, em 24/12/2019, trouxe várias mudanças ao processo penal, mudanças estas que resultaram em inúmeras incongruências com o sistema acusatório brasileiro.

Buscando abordar o tramite político que sondou e deu origem ao então projeto de lei que veio a ser aprovado, mesmo com diversos vetos, o presente estudo delineará o contexto histórico no qual o país se encontrava a época em que foi anunciado tal projeto que envolvia, principalmente, o discurso trazido pelo então Governo Federal. Caberá esclarecer, também, as diferenças entre o projeto inicialmente apresentado e a lei aprovada pelo congresso, colocando em evidência as mudanças pertinentes à realidade jurídica e social do país segundo o entendimento dos legisladores, para, por fim, demonstrar sua desarmonia com o sistema penal brasileiro, uma vez que tais mudanças durante o processo de aprovação resultaram em inconstitucionalidades latentes diante da Carta Magna vigente em nosso país, que estabelece de forma intrínseca no rol de seu artigo 5º o sistema acusatório no Brasil, mas que, conforme será visto ao longo do artigo, não foi respeitado pela lei 13.964/2019, ao passo que esta traz em seu corpo dispositivos totalmente contrários ao sistema acusatório como o que estabelece a prisão após o julgamento no júri.

A metodologia empregada ao artigo se comprometerá a fazer uma análise científica e jornalística sobre as nuances relacionadas à empreitada do projeto, que, ao tempo do artigo, ainda é pautado e submetido à mudanças no ordenamento.

Para tanto, será demonstrado de maneira clara e objetiva os principais pontos modificados pela lei em sua ideia principal, bem como o que veio, até o presente momento, a ser admitido pelos legisladores brasileiros.

Por fim, o presente artigo utilizará, como carro chefe para o seu desenvolvimento, além da própria lei 13.964/2019, a doutrina de juristas, com a finalidade de buscar conceitos sobre os temas aqui desenvolvidos, além de correntes doutrinárias quanto às inconstitucionalidades abordadas ao longo do estudo. Por último, utilizará de jurisprudências e notícias recentes ao tempo do artigo, além de leis como a CRF88 e o CPP.

1 HISTÓRICO DO PROJETO DE LEI

1.1 O Contexto Político Anterior ao Projeto de Lei

Para adentrar no contexto em que se apresentou o projeto, primeiramente é preciso pautar os importantes acontecimentos que vieram a rondar o país em um momento anterior.

Como se sabe, no início do ano de 2014 instalou-se no Brasil a chamada “Operação Lava Jato” que até hoje se dá como um símbolo anticorrupção. Desde então, um dos assuntos mais debatidos na sociedade é a corrupção que, incontestavelmente, se faz presente até os dias de hoje.

Vale ressaltar a importância da operação, uma vez que se começa a superar a noção de impunidade no que tange o cenário político brasileiro. Na época, enfatiza-se ainda a realização de eventos como a Copa do Mundo de futebol, que impulsionou diversas obras pelo Brasil, majoritariamente superfaturadas, as quais também vieram a expor a situação de total descaso político com o patrimônio público.

Nesta oportunidade, o que se viu foram diversos grandes políticos e outros nomes de relevância nacional sendo presos dentro da operação, como exemplo a prisão de Alberto Youssef, do então ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa e do ex-diretor da área Internacional da Petrobras, Nestor Certero. Esses são apenas alguns dos nomes que se destacaram na operação, que perdura até os dias atuais, sendo a sua última atualização a 77ª fase.

Após a “Onda Lava Jato”, o que se percebeu foi uma crescente polarização política envolvendo, inicialmente, a luta entre os atuais nomes do governo e aqueles que se diziam “honestos”, os famosos “ficha-limpa”. Junto com a indignação popular, vieram a surgir candidatos que incentivavam o discurso de polarização política envolvendo a integridade e os problemas sociais.

Concomitantemente ao desenvolvimento da Operação Lava Jato, o Congresso Nacional votou pelo Impeachment da então presidente à época, Dilma Rousseff, vindo a cabo em 31 de Agosto de 2016, o segundo a ser concretizado na história do Brasil. A presidente, então, foi afastada do cargo temporariamente e, em seu lugar, assumiu Michel Temer (seu vice) como presidente interino.

Em momento anterior as últimas eleições presidenciais (2018), o assunto era a prisão do ex-presidente Lula, antecessor de Dilma Rousseff por dois mandatos (2003-2011). Condenado, naquele momento, a nove anos e meio de prisão pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro no caso do triplex no Guarujá/SP. A sentença foi do então juiz Federal Sergio Moro, da 13ª vara Federal de Curitiba. Lula foi preso pela Operação Lava Jato, se entregando a Polícia Federal em 7 de abril de 2018.

Diante de um momento político tão turbulento e da insatisfação da população com a falta de desenvolvimento (trazida, inclusive, pela instalação de desordem política), a situação esteve cada vez mais latente quanto às necessidades que o país enfrentava.

Em outubro de 2018, após muita instabilidade e enrijecimento da polarização, foi eleito o atual presidente, Jair Bolsonaro, que tinha como um dos pontos de maior força de sua campanha o combate à corrupção, como espelho do ocorrido na Operação Lava Jato. Além disso, um dos pilares sustentados pela campanha presidencial, também com reforço da operação, foi o problema da segurança pública, a qual Bolsonaro sustentou posicionamentos ditos “polêmicos” por parte dos brasileiros, como a frase bastante utilizada pelo mesmo: “Bandido bom é bandido morto”.

Com o “senso de justiça” elevado por grande parte dos brasileiros, a premissa de que “os fins justificam os meios” para constituir uma sociedade pacífica e sem corrupções se tornou cada vez mais forte.

Diante desse cenário, já no exercício da presidência, Bolsonaro nomeia o ex-juiz da Lava Jato, Sérgio Fernando Moro, para o Ministério da Justiça do Brasil. É nesta posição que, agora Ministro, Moro apresenta sua proposta: o Projeto de Lei Anticrime (lei 13.964/2019), prevendo modificações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Crimes Hediondos.

1.2 A Apresentação e Votação do Projeto de Lei

É certo dizer que a tramitação do projeto de lei foi regada de altos e baixos. Tendo como prioridade o combate ao crime organizado, ao crime violento e à

corrupção, o texto inicialmente apresentado, envolto em polêmicas, enfrentou resistência em diversos pontos logo em sua apresentação, já dando sinais do processo longo e desgastante que viria a ser a sua passagem pelo Congresso.

As primeiras alterações, na Câmara dos Deputados, deram início à “colcha de retalhos” que resultou no texto final da lei. O grupo de trabalho criado pela Câmara para analisar o pacote anticrime, na tentativa de sanear o projeto inicial, decidiu pela sua unificação ao projeto similar, já em tramitação desde 2018, apresentado pelo Ministro Alexandre de Moraes, acrescentando ainda mais 15 propostas desenvolvidas pelos Deputados, modificando por completo o projeto inicial.

Com o fim de dez meses de árduas discussões, apenas cerca de 30% do projeto original foi mantido e seguiu para o Senado Federal, sendo, dos 53 itens propostos no texto inicial pelo até então Ministro Sérgio Moro, apenas 11 deles aprovados em sua integralidade, 14 aprovados com alterações e os 28 restantes rejeitados.

Apesar da passagem do projeto, já com diversas alterações, pelo Senado Federal seguir sem modificações, a proposta recebeu uma nova onda de vetos ao que foi para a sanção Presidencial, em mais uma tentativa de reduzir algumas das inconstitucionalidades que ainda se faziam presentes no pacote anticrime.

Nos bastidores da exaustiva tramitação da lei ainda ocorria outro fato que estremeceria e influenciaram ainda mais o curso penoso do projeto de lei, a saída repentina do idealizador do “pacote anticrime”, Sergio Moro, do Ministério da Justiça e Segurança Pública do Brasil. Celebrizado pela mencionada Operação Lava Jato, ao decorrer do ano de 2019, a situação do ex-Ministro mudou com o novo cenário. Os questionamentos sobre a Lei viraram pauta relevante no país, e a sua imagem se tornou abalada com tantos malabarismos políticos.

Após quase 16 meses à frente do Ministério, Sérgio Moro acaba deixando a pasta em 24/04/2020, momento em que seu braço direito na Polícia Federal (PF), Maurício Valeixo, foi exonerado da diretoria geral da instituição. Moro, em seu pronunciamento, teria afirmado que a exoneração de Valeixo teria pesado em sua decisão em abandonar o cargo, abandono este que, inevitavelmente, somou para a conclusão desastrosa que teve o projeto de lei por ele idealizado.

A verdade, lamentavelmente, é que o resultado foi como já se podia prever: Após as inúmeras mudanças, a lei 13.964/2019 foi sancionada, sendo alvo de uma série de contradições e discrepâncias. Isto porque, em uma nítida tentativa de diminuir as inconstitucionalidades que o projeto inicial trazia em sua essência, as diversas costuras feitas pelo Congresso acabaram por transformar o texto legal, que tinha como

premissa melhorias à sistemática penal e processual penal, em uma confusão legislativa com diversas inconformidades frente ao sistema acusatório brasileiro.

2 LEI 13.964/2019: PROJETO APRESENTADO X LEI APROVADA

Ao longo de sua tramitação pelo congresso Nacional, como explicitado no capítulo anterior, o texto original sofreu diversas alterações, incluindo a sua unificação com um projeto semelhante proposto pelo ministro Alexandre de Moraes, alguns acréscimos dos Deputados do grupo de trabalho criado pela Câmara para analisar o pacote anticrime, e vetos do atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro. Abaixo, um quadro comparativo entre o projeto apresentado e a lei aprovada para ilustrar algumas das alterações.

Quadro comparativo: Projeto Apresentado x Lei Aprovada.

Projeto Apresentado	Lei Aprovada
Possibilidade de prisão após condenação pelo tribunal do júri.	Dispositivo integralmente aprovado. Previsto na redação do art. 492, I, alínea "e".
Isolamento de lideranças criminosas quando armadas ou com armas à disposição em presídios de segurança máxima.	Dispositivo integralmente aprovado. Previsto na redação do art. 2º, §8º da Lei 12.850/13.
" <i>Plea Bargain</i> " (termo em inglês que se refere à possibilidade de o acusado de um crime confessar o que cometeu e poder negociar a pena).	Não foi acolhido pela lei 13.964/2019.
Ilegalidade de prisões, caso os detidos não passem pela audiência de custódia em até 24 horas.	Suspensão após a sanção presidencial.

Suspensão da prescrição da pena quando houver recurso pendente em tribunais superiores.	Dispositivo aprovado com acréscimos na proposta original. Previsto na redação do art. 116 do Código Penal.
Legítima defesa de agentes.	Dispositivo parcialmente aprovado. Previsto na redação do art. 25, parágrafo único do Código Penal.
Prisão em segunda instância.	Vetado integralmente pela Câmara.
Audiência por videoconferência.	Vetado integralmente pela Câmara.

Fonte: G1 Política

3 O SISTEMA ACUSATÓRIO E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Uma vez retratadas algumas das diferenças entre o projeto de lei apresentado e a lei promulgada, antes que o presente artigo passe a tratar de seu problema central, isto é, a desarmonia da lei 13.964 com o sistema penal brasileiro, para uma maior compreensão do tema a ser abordado, faz-se necessário discorrer sobre o que se entende por processo penal brasileiro e o sistema que o permeia, qual seja, o sistema acusatório.

O processo penal, tal como se entende atualmente pelo direito brasileiro, trata-se do instrumento por meio do qual o Estado, aplica o poder punitivo a ele atribuído.

Nas palavras de Nucci (2020), o processo penal seria o “corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular a persecução penal do Estado, através de seus órgãos constituídos, para que se possa aplicar a norma penal, realizando-se a pretensão punitiva no caso concreto”.

Entretanto, para além da perspectiva do processo penal como um mero instrumento da aplicação da lei, este também deve ser analisado por outra concepção, a de que cuida-se do meio necessário para garantir que os direitos positivados constitucionalmente sejam devidamente efetivados. Em outras palavras, tem-se um processo penal democrático que atua, não só como um instrumento de efetivação do

Direito Penal, mas, sobretudo, como um instrumento de satisfação de direitos humanos.⁵⁸

Nesse sentido, inclusive, pontua Lopes Júnior (2021):

“O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 12).”

Isto se deve ao fato de que no Brasil, com o advento da CF/88, inaugurou-se a ideia de que o Estado Democrático de Direito se estabelece como o eixo estrutural do sistema jurídico brasileiro, motivo pelo qual o Processo Penal, como um dos ramos do direito, passou a ter suas bases principiológicas nucleares fixadas no texto constitucional, conseqüentemente resultando em um Processo Penal Democrático como um sistema de salvaguarda dos nos princípios e garantias fundamentais elencados na Carta Magna .⁵⁹

Nucci (2020) trata que a democratização do processo penal:

“[...] cuida-se da visualização do processo penal a partir dos postulados estabelecidos pela Constituição Federal, no contexto dos direitos e garantias humanas fundamentais, adaptando o Código de Processo Penal a essa realidade, ainda que, se preciso for, deixe-se de aplicar legislação infraconstitucional defasada e, por vezes, nitidamente inconstitucional. (NUCCI, 2020, e-book não paginado).”

Neste contexto, como reflexo de um processo penal brasileiro democrático temos a fundamental predominância do modelo de sistema acusatório como base da aplicação de tal instrumento.

Partindo de sua origem no direito grego (LOPES, 2007, p.58), no modelo acusatório há uma evidente separação das funções de acusar, defender e julgar, que

⁵⁸Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/6301/o-processo-penal-como-instrumento-de-democracia>

⁵⁹ Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/450/edicao-1/processo-penal-e-estado-democratico-de-direito>

são observados a diferentes personagens partes, entretanto, em harmonia de condições na relação processual.

Diante da separação das funções de julgador e acusador, é nítida a relevância da distinção de tais personagens. Entretanto, tal distinção não supre toda a peculiaridade em que se baseia um sistema processual penal, sendo necessário considerar a atuação do juiz no processo.

Neste cenário, em face do enorme apoio popular, baseado na polaridade política, o Projeto de Lei Anticrime se mostrou pouco congruente com as normas processuais penais e direitos fundamentais adotado pelo sistema acusatório, sendo revelada uma base totalmente contrária, uma base processual inquisitiva.

Isto porque o que se vislumbrou durante todo o trâmite da lei e com a recente mudança presidencial, foi uma incessante busca por justiça, tanto pelo povo, quanto por seus representantes.

O que se percebeu a época do projeto foi que, inegavelmente, existiu uma tendência em abraçar o punitivismo, fazendo com que as mudanças mais bem vistas pela população fossem aquelas que justamente menos continham senso de justiça, fazendo com que, de certa forma, fossem ignorados princípios relevantes para o processo penal brasileiro.

O art. 3º A do Código de Processo Penal, inserido pela lei 13.964/19, declara expressamente que o processo penal terá natureza acusatória, sendo este o sistema adotado pelo Brasil. No entanto a mesma lei insere em seu texto a execução de pena automática em caso de condenação no júri (falado em tópico próprio), nos ditames do art. 492, I, "e" do CPP.

Tal atitude fere um dos elementares princípios do ordenamento pátrio e do sistema acusatório, a presunção de inocência do acusado, notoriamente consagrado pela Constituição de 1988 em seu art. 5º, LVII, que declara: "ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Em outras palavras, só poderá considerar um indivíduo definitivamente culpado quando todos os recursos para defender sua inocência forem esgotados.

Fato é que a lei visa, atendendo a situação político-social vivenciada, um endurecimento carcerário. Diante desse espectro, observa-se a latente confusão jurídica em que a lei foi proposta, resistindo à ideia de que o projeto veio para satisfazer o ímpeto de classes políticas antes enfraquecidas pela exaltação constitucional vivida pós 88, ano de promulgação da Carta Magna vigente.

4 A DESARMONIA DA LEI 13.964/19 COM O SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

A desarmonia da Lei Anticrime com o sistema acusatório se dá, principalmente, pela confusão das propostas e a vontade do legislador de modificar um sistema que, a princípio, está sob a guarda constitucional.

Como já explicitado, o sistema adotado pelo Brasil é o acusatório, ainda que alguns doutrinadores defendam que na prática o país possua um viés inquisitório, resquício de anos em um sistema ditatorial. Isso é justamente o que a Constituição Federal de 1988 buscou modificar: um país que viveu anos à sombra de uma ditadura, se reerguendo em bases sólidas democráticas.

Se a lei apresenta em seu bojo a definição processual aplicada em território brasileiro como sendo de estrutura acusatória, como narra em seu art. 3º-A, espera-se que o legislador busque redigir leis que se apoiem em tal estrutura, e não meramente em ideais populistas de melhora, sem que antes se analise a real função e cabimento de tais medidas.

Os maiores exemplos dessa contradição estão abarcados pelos artigos que foram promulgados com a sua eficácia suspensa e o art. 492, I, alínea "e" do Código de Processo Penal, que trata da prisão após o tribunal do júri.

4.1 A Possibilidade de Execução Provisória da Pena no Tribunal do Júri (Art. 492 do CPP)

A competência do Tribunal do Júri encontra-se entre os art. 406 a 497 do CPP. Quanto a Lei 13.964/2019, esta modificou o art. 492 em seu inciso I, alínea "e", que se trata da condenação pelo tribunal após o proferimento da sentença, aplicando a execução provisória da pena, com a expedição do mandado de prisão. Na prestabilidade do dispositivo, este prevê que, em caso de condenação pelo Tribunal do Júri, quando for aplicada pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, será determinada a execução provisória da pena, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento dos recursos que vierem a ser interpostos¹.

O ordenamento jurídico pátrio estabelece três tipos de prisão, sendo a prisão em flagrante; prisão cautelar (temporária ou preventiva) e prisão-pena, de acordo com a redação do art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal e art. 283 do CPP.

Aqui, tem-se o princípio da soberania dos veredictos, ou seja, a decisão coletiva do júri, sobrepondo-se diante de outros princípios constitucionais como a presunção de inocência. Por mais que o Tribunal do Júri se encontre no texto constitucional, a presunção de inocência está no rol de direitos fundamentais inalienáveis. A mudança na lei carrega um nítido abafamento de um direito

fundamental garantido a todo indivíduo para abraçar outro princípio, colocando o segundo em detrimento do primeiro.

Nos ensinamentos de José Frederico Marques (1963):

“A soberania dos veredictos não pode ser atingida enquanto preceito para garantir a liberdade do réu. Mas se ela é desrespeitada em nome dessa mesma liberdade, atentando algum se comete ao texto constitucional. Os veredictos do júri são soberanos enquanto garantem o *ius libertatis*. (MARQUES, 1963, p.54-55).”

A mudança fere ainda o tratado internacional da Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 8º, 2, h.

A inconstitucionalidade abordada aqui se trata, principalmente, da supressão do princípio da presunção de inocência, mas também diz respeito ao princípio do direito ao duplo grau de jurisdição, também tutelado pela Constituição em seu art. 5º, XXXV, que define “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Para abordar a inconstitucionalidade do artigo inserido pela Lei 13.964/2019, deve-se observar que no ano de 2019 o STF julgou procedentes as ADCs 43, 44 e 54 declarando constitucional o art. 283 do CPP e afastando a possibilidade de execução provisória da pena no ordenamento jurídico. Entretanto, o assunto não está pacificado no STF, mesmo havendo decisão nas ADC's 43, 44 e 54. A situação depende do julgamento no RE 1.235.349, de repercussão geral, que ainda não ocorreu até a data do presente artigo. Os julgamentos ocorreram antes da vigência da nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal, que também é fruto da lei 13.964/19.

Conclui-se, novamente, que a redação do art. 492, inciso I, alínea “e”, veio com o intuito de fazer do Tribunal do Júri um “show” qual a plateia seria a parcela da população indignada com a ocorrência de crimes violentos, pagando para ver uma série de princípios constitucionais serem suprimidos pela mera visibilidade punitivista do Estado, fruto de discursos igualmente violentos e de propostas imediatistas.

4.2 Dispositivos com Eficácia Suspensa da Lei 13.964/2019

Em sua estrada de controvérsias, vale mencionar mais uma das discussões nascidas com a promulgação da lei 13.964 que causam certa estranheza e acabam por abrir mais uma vez questionamentos quanto a real finalidade de sua promulgação, a entrada da lei em vigor com a suspensão da eficácia dos dispositivos que estabelecem a implantação do juiz das garantias, o que dispõe sobre a soltura automática dos

presos que não passarem pela audiência de custódia em até 24 horas após sua prisão em flagrante, o trecho do artigo 28 do CPP que trouxe modificações no que diz respeito as regras para o arquivamento de inquéritos policiais e o dispositivo que trata da proibição quando a decisão dos juízes nos processos nos quais tiveram acesso a provas consideradas inadmissíveis¹

Tal estranheza pode ser facilmente explicada quando analisa-se, ainda que de forma breve, os dispositivos que vigoraram com eficácia suspensa: De todo o escopo da lei 13.964 de 2019, são os dispositivos que mais demonstram a verdadeira natureza de um sistema acusatório. Tal sistema, como exaustivamente tratado no decorrer do presente artigo, tem por função intrínseca a harmonização das condições dos diferentes partícipes da relação processual sendo, inclusive, definido pela própria lei como o modelo a ser adotado pelo sistema penal brasileiro, motivo pelo qual fica evidente a controvérsia sobre tais suspensões.

Veja-se primeiramente o dispositivo que trata do juiz das garantias. Conforme conclui-se pela leitura dos artigos que positivam a sua criação, se trata de uma divisão entre a fase investigativa e a fase processual no tocante a tomada de decisões sobre diligências processuais e investigativas, onde caberá ao juiz das garantias atuar na fase da investigação e ao juiz do processo julgar o caso. Tal previsão, sob a ótica de um sistema acusatório, é um dos meios para obter uma maior segurança quanto à imparcialidade do juiz que atua processo. Isto porque, tendo o seu primeiro contato com o fato ocorrido apenas a partir da denúncia, o juiz do processo passaria a formar sua convicção sob uma visão mais imparcial, e não contaminada pela parcialidade que carrega a fase investigativa, garantindo, conseqüentemente, a eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais de que o réu é detentor no processo penal.

O mesmo ocorre com o idealizado pelo §4º do artigo 310 do Código de Processo Penal acrescentado pela Lei 13.964 de 2019, que trata da soltura automática dos presos que não passarem pela audiência de custódia em até 24 horas após sua prisão em flagrante.

Nas palavras de Aury Lopes Jr. e Caio Paiva (2014):

“A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão (LOPES e PAIVA, 2014, p.15).”

Nesse Sentido, ao estabelecer que o agente que não passar pela audiência de custódia em até 24 após sua prisão em flagrante deverá ter sua soltura imediata declarada, a Lei 13.964 de 2019 demonstra seu caráter acusatório, vez que, quando determina que caso o acusado não tenha o seu direito de contestar a legalidade de sua prisão ou apresentar ao juízo possíveis ameaças a sua integridade ou a seus direitos não deve ser mantido preso, traz de volta o equilíbrio entre os entes do processo, fazendo cumprir uma das diretrizes do sistema acusatório.

Quanto ao trecho adicionado ao caput do artigo 28 do CPP que trouxe as modificações das regras para o arquivamento de inquéritos policiais, a história se repete. Segundo consta da nova redação do referido artigo, a decisão final sobre o arquivamento dos inquéritos deixa de ser Juiz do processo e passa a ser unicamente do Ministério Público, em outras palavras, a decisão deixa de ser um ato de natureza jurisdicional para se tornar um ato de natureza administrativa.

Tal alteração evidencia, mais uma vez, a base acusatória trazida pela Lei 13.964 de 2019. Ao tirar a obrigação de que as decisões sobre o arquivamento ou não dos inquéritos passem pelo crivo do Juiz do processo, diminui-se a possibilidade de que este seja mais uma vez contaminado pela etapa investigativa, ao passar por cima de um requerimento elaborado pelo órgão com a função acusatória, decidindo pelo não arquivamento e a conseqüente instauração do processo, nitidamente com base interesses da parte acusadora em prol dos interesses da parte acusada, contaminando assim a imparcialidade de sua decisão final.

Por fim, é necessário mencionar também dispositivo que trata da proibição das decisões dos juizes nos processos nos quais tiveram acesso a provas consideradas inadmissíveis. Sendo um dos preceitos constitucionais (art. 5º, LVI da Magna Carta), a proibição da prova ilícita é um dos princípios latentes ao sistema penal brasileiro, é ele quem estabelece que nos processos penais, as convicções para as decisões devem ser formadas com base em provas admitidas por meios legais.

Assim, quando o legislador define que o juiz que teve acesso a provas consideradas ilícitas, ou seja, aquele que já teve a sua convicção contaminada por provas que não foram obtidas de maneira legítima, não poderá emitir a decisão no processo a qual teve acesso a tais provas, reforça a ideia da importância da imparcialidade do juiz na decisão dos processos penais.

Em resumo, é nítido que cada um dos dispositivos tem por finalidade a premissa geral da não contaminação do juiz do processo, a fim de que todo o tramite processual seja regido almejando obter a decisão mais imparcial possível, sendo tal premissa um verdadeiro espelho do sistema acusatório. Desta maneira, a suspensão de tais dispositivos pode ser facilmente explicada pelos caminhos que envolveram a

promulgação da Lei 13.964 de 2019: Um processo legislativo controverso, pautado em um viés político de demanda popular. O resultado foi uma solução rápida e mal formulada para um problema complexo, acarretando um desfecho previsível.

CONCLUSÃO

Diante da "ferida constitucional" aberta pela Lei 13.964, deve-se observar a existência de uma premissa verdadeira diante do exposto: ainda que não fosse a intenção do legislador causar tanto desconforto diante do projeto inicial, é visível que a lei veio para mostrar a fragilidade político-legislativa vivenciada pelo Brasil atualmente.

O caminho de vetos, unificações e acréscimos que a lei percorreu até ser promulgada resultou em uma lei manifestamente desarmônica com o sistema acusatório brasileiro, sistema este que, demonstrando mais uma das inúmeras contradições trazidas pela lei, fora determinado por ela como o modelo a ser seguido.

Regada de incoerências, a lei admite a possibilidade de prisão após sentença emitida pelo tribunal do júri, mas suspende a eficácia de dispositivos como o que permite a soltura imediata do agente preso em flagrante que não passou pela audiência de custódia em até 24 horas, unicamente numa tentativa falha de trazer uma lei que atendesse tanto o viés político quanto o viés popular, demonstrando como funciona o jogo político e o despreparo dos representantes ao buscar meios para tornar o Brasil um "país justo".

Por justiça, não deve se considerar apenas a função do legislativo e do judiciário, e sim como a disseminação de uma ideia pode se perpetuar dentro de um sistema político complexo como o do Brasil. São ideias que partem do "homem médio" e que fazem da vontade das massas uma necessidade proeminente.

Exemplo disso é a própria lava jato, que pode ser tomada como o pontapé inicial que plantou na população a ideia cega da necessidade de uma legislação mais dura, na intenção de combater a corrupção, e que perdeu seu sentido ao rumar para um ambiente puramente político. Nesse aspecto, se a própria operação que inflamou todo um sistema político perdeu o seu sentido, poderia se esperar que a proposta de lei "Anticrime" que teve como espelho a operação, tomasse o mesmo caminho.

Assim se deu a importância de apresentar um projeto de lei a fim de atender a maior demanda populista, e até esse ponto, política da atualidade: a violência. É a partir da euforia estatal em corresponder ideais de campanha que se nota o

descompasso entre realidade e ficção. O objeto principal do projeto se trata do enrijecimento das leis para que, por fim, se alcance justiça.

A realidade é que, mesmo cheia de boas intenções, a lei se confunde incessantemente, sendo apenas uma aberração legislativa que não atendeu nem a demanda política, nem a demanda popular.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 5 de Out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/05/2021.

BRASIL. **LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 24 de Dez. de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 10/05/2021.

Bolsonaro sanciona lei, aprovada pelo Congresso, que endurece legislação penal. **Portal da Câmara dos Deputados**, 26 de Dez. de 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/629256-bolsonaro-sanciona-lei-aprovada-pelo-congresso-que-endurece-legislacao-penal/>>. Acesso em 30/03/2021.

Conheça a Linha do tempo. **Portal do Ministério Público Federal**, (não datado). Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo>>. Acesso em: 15/11/2020.

Conheça os principais pontos do Anteprojeto de Lei Anticrime. **Portal do Ministério da Justiça e Segurança Pública**, (não datado). Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549457294.68>>. Acesso em: 03/04/2021.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 01/05/2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. As Regras sobre a Decisão do Arquivamento do Inquérito Policial: o que muda com a Lei 13.964/19? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 330, maio/2020. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/290>>. Acesso em: 30/04/2021.

Decisão de Fux suspende mais três pontos do pacote anticrime. **Agência Brasil**, 22 de Jan. de 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-01/decisao-de-fux-suspende-mais-tres-pontos-do-pacote-anticrime>>. Acesso em: 30/04/2021.

Entenda o pacote anticrime aprovado na Câmara. **Portal G1 Política**, 05 de Dez. de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/12/05/entenda-o-projeto-anticrime-aprovado-na-camara.ghtml>>. Acesso em: 29/03/2021.

Grupo de trabalho finaliza relatório do pacote anticrime. Veja como ficou. **Gazeta do Povo**, 30 de Out. de 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/pacote-anticrime-grupo-de-trabalho-finaliza-relatorio/?ref=link-interno-materia->>. Acesso em: 29/03/2021.

Juiz das Garantias. **Agência Senado** (não datado). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd_167.html>. Acesso em: 30/04/2021.

JUNIOR, Aury Celso Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book (não paginado) Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>>. Acesso em: 10/05/2021.

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, p. 11-23, set. de 2014. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewi31vy3hLwAhV1sDEKHa3OB5YQFjADegQIBxAD&url=https%3A%2F%2Fedisciplinas.usp.br%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D601313&usq=AOvVaw35eZRmGwmqTPEHqCaZArV1>>. Acesso em: 01/05/2021

MACHADO, Leonardo Marcondes. Ainda sobre o arquivamento do inquérito policial na lei "anticrime". **Conjur**, 5 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/academia-policia-ainda-arquivamento-inquerito-policial-lei-anticrime>>. Acesso em: 01/04/2021.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 54-55.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia. **Migalhas**, 18 de agosto de 2004. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/depeso/6301/o-processo-penal-como-instrumento-de-democracia>>. Acesso em: 07/04/2021.

Moro apresenta projeto anticorrupção e antiviolação com alterações em 14 leis. **Portal G1 Política**, 04 de Fev. de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/moro-apresenta-a-governadores-projeto-anticrime-com-14-alteracoes-em-leis.ghtml>>. Acesso em: 29/04/2021.

Moro faz apresentação de projeto de lei anticrime na Câmara e vê atrito entre deputados. **Congresso em Foco**, 06 de Fev. de 2019. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/moro-faz-apresentacao-de-projeto-de-lei-anticrime-na-camara-e-ve-atrito-entre-deputados/>>. Acesso em: 03/04/2021.

NETO, Elias Marques de Medeiros. A lei 13.964/2019: A relevante alteração do artigo 157 do Código de Processo Penal e o Princípio da Proibição da Prova Ilícita. **Migalhas**, 13 de Fev. de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/320325/a-lei-13-964-2019--a-relevante-alteracao-do-artigo-157-do-codigo-de-processo-penal-e-o-principio-da-proibicao-da-prova-ilicita>>. Acesso em: 02/05/2021.

NOVO, Benigno Nuñez. O princípio da presunção da inocência. **Âmbito Jurídico**, 1 de Abril de 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/o-principio-da-presuncao-da-inocencia>>. Acesso em: 29/04/2021.

NUCCI. Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book (não paginado) Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990282/>>. Acesso em: 02/05/2021.

Projeto de Moro Pacote anticrime é aprovado pela Câmara dos Deputados após 10 meses de tramitação. **Gazeta do Povo**, 04 de Dez. de 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/pacote-anticrime-sergio-moro-aprovado-camara/>>. Acesso em: 29/03/2021.

Pacote anticrime segue para sanção presidencial. **Portal Senado Notícias**, 12 de Dez. de 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/12/pacote-anticrime-segue-para-sancao-presidencial>>. Acesso em: 29/03/2021.

Pacote anticrime entra em vigor nesta quinta; veja ponto a ponto o que passa a valer. **Portal G1 Política**, 23 de Jan. de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/23/pacote-anticrime-entra-em>>

[vigor-nesta-quinta-veja-ponto-a-ponto-o-que-passa-a-valer.ghtml](#)>. Acesso em: 29/03/2021.

Pacote anticrime é sancionado com vetos. **Portal Senado Notícias**, 26 de Dez. de 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/26/pacote-anticrime-e-sancionado-com-vetos>>. Acesso: 30/03/2021.

RIBEIRO, Gustavo de Almeida. A audiência de custódia e a lei 13.964/19. **Migalhas**, 23 de Jan. de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/318754/a-audiencia-de-custodia-e-a-lei-13-964-19>>. Acesso em: 01/05/2021.

Senado aprova pacote anticrime, que vai para sanção presidencial. **Portal Senado Notícias**, 11 de Dez. de 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/senado-aprova-pacote-anticrime-que-vai-para-sancao-presidencial>>. Acesso em: 30/03/2021.

Sergio Moro confirma saída do Ministério da Justiça. **Agência Brasil**, 24 de Abril de 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-04/sergio-moro-confirma-saida-do-ministerio-da-justica>>. Acesso em: 29/03/2021.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Processo penal e Estado Democrático de Direito. **Tomo Processo Penal**, Edição 1, Agosto de 2020. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/450/edicao-1/processo-penal-e-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 07/04/2021.

TRF-4 mantém condenação de Lula a 17 anos de prisão. **Migalhas**, 06 de Maio de 2020. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/326261/trf-4-mantem-condenacao-de-lula-a-17-anos-de-prisao>>. Acesso em: 15/11/2020.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS

MÁRCIO BARSANULFO DA SILVA:

Acadêmico cursando atualmente, o 10º período em Direito, pelo Instituto Luterano de Ensino Superior, ILES/ULBRA Itumbiara-GO. Ex-estagiário concursado pelo Ministério Público do Estado de Goiás, com passagens pela 5ª e 6ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itumbiara-GO, entre 03/2019 a 12/2020.

RESUMO: Este trabalho visa demonstrar que o conceito da dignidade da pessoa humana deve ser visto como valor supremo que induz o conteúdo de todos os direitos fundamentais inerentes ao homem. As crises de segurança, econômicas, sociais e “morais” são usualmente invocadas como argumentos de legitimação da inversão da ideia de dignidade como plataforma de fundamentação de direitos, já que unidos pela razão, os homens seriam legisladores universais de si mesmos e esse liame de racionalidade é que permite se reconheça a existência, propriamente, de uma humanidade, cujo valor fundamental é o da liberdade (liberdade pelo uso incondicional da razão pura), que obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional, não podendo se reduzir o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

Palavras-chave: Dignidade. Direito da Pessoa Humana. Relação Homoafetiva. Reconhecimento.

ABSTRACT: *This work seeks to demonstrate that the concept of the dignity of the human person must be seen as a supreme value that induces the content of all fundamental rights inherent to man. The security, economic, social and “moral” crises are usually invoked as arguments to legitimize the inversion of the idea of dignity as a platform for the foundation of rights, since united by reason, men would be universal legislators of themselves and this link of rationality is what allows the existence of a humanity, whose fundamental value is that of freedom (freedom through the unconditional use of pure reason), which requires a not being able to reduce the sense of human dignity to the defense of traditional personal rights, forgetting it in cases of social rights, or invoking it to build individual “core personality theory”, ignoring it when it comes to guaranteeing the bases of human existence.*

Keywords: *Dignity. Human Rights. Homo-affective relationship. Recognition.*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Início da dignidade – 3. Conceito de dignidade de pessoa humana – 4. Dignidade da pessoa humana nos relacionamentos homoafetivos – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento do direito, principalmente no pós-guerra, a pessoa (ser humano) passou a integrar o centro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Estado. Hoje, o principal núcleo de proteção da ordem jurídica é a pessoa humana e, pelo fato desse ser humano ser revestido de personalidade própria, quando se tutela a pessoa, não se pode retirar do âmbito de proteção a personalidade, estando ambas diretamente relacionadas. Daí nasce a ideia de dignidade da pessoa humana como princípio norteador da proteção pelo Estado.

Não se pode garantir uma dignidade à pessoa humana se não lhe é facultado o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre e autônoma. Não pode haver um molde de personalidade, onde um terceiro (Estado ou particular) venha impor à pessoa um modelo de como deverá conduzir sua vida, criando, assim, uma pessoa modelo, ou até artificial, posto não ser fruto de seu desenvolvimento, mas da criação de outrem.

Assim começou a salvaguarda do desenvolvimento da personalidade, já que para garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário que se permita que a pessoa se desenvolva com base em critérios subjetivos, e não em critérios objetivos impostos forçosamente por outro. Para garantir um efetivo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, é necessário entender a noção de personalidade e o que representa para o Direito.

Muito embora a matéria em debate não seja inédita, já havendo artigos e mesmo obras jurídicas que abordam o assunto, pretende-se trazer à baila não só a revisão do que já foi escrito a respeito, como também apresentar novos enfoques à luz dos últimos acontecimentos jurídicos com relação à dignidade da pessoa humana nos relacionamentos homoafetivos no Brasil. E é, justamente, dentro dessa temática, que este trabalho tem como foco central, qual seja, descer o véu do silêncio que ainda insiste em envolver o tema das uniões homossexuais, no intuito de demonstrar que também sob o enfoque jurídico as uniões homoafetivas são verdadeiras entidades familiares e que, por isso, não há nenhuma razão plausível para tratá-las de forma diferente, sendo que qualquer argumento fora disso é oriundo do mais puro preconceito.

2. INÍCIO DA DIGNIDADE

Desde o início da civilização greco-latina que nos vemos como seres racionais, implicando essa concessão que as nossas ações seriam lógicas, refletidas e que tudo poderia ser compreendido. Todavia, cada um é como é, “somos seres humanos radicalmente singulares, diferentes uns dos outros”. A dignidade da espécie humana repousa, pois, sobre a nossa singularidade entre todas as outras espécies e sobre a nossa singularidade de uns em relação aos outros. A razão para a libertação parcial da espécie humana em relação à natureza é a aptidão humana única para usar a linguagem em moldes muito evoluídos, o que caracteriza e distingue a espécie humana das outras espécies animais.

A linguagem é a chave para a exclusividade humana no grande ambiente que é o universo, porque ela permite uma criação e recriação permanentes do artifício humano total. Por outras palavras, a linguagem permite a criação de um segundo mundo para além do mundo natural. A linguagem abre a possibilidade da liberdade humana; os seres humanos são criativos nos múltiplos significados que atribuem às palavras, assim como são adaptáveis e, daí, continuamente imprevisíveis, ao contrário de todas as outras espécies.

Eis a razão pela qual os animais podem ser classificados como egoístas, mas apenas o homem pode ser classificado como calculista. Neste sentido, acompanhamos o pensamento de Schopenhauer, que sustenta que a estima entre os homens não é uma característica inata. Pelo contrário: “A motivação principal e fundamental, tanto no homem, como no animal, é o egoísmo, quer dizer, o ímpeto para a existência e o bem-estar.” (SCHOPENHAUER, 2001, p. 120-121, 123).

3. CONCEITO DE DIGNIDADE DE PESSOA HUMANA

Cronologicamente, não podemos situar, com precisão, o aparecimento dos direitos do homem (*avant la lettre*), já que muitos Estados soberanos incluíram, nas suas leis, ao longo dos séculos, muitos direitos e garantias tendo como destinatários grupos variados de indivíduos. No entanto, é na Idade Média que se encontram os seus precedentes mais chegados. Sem prejuízo deste facto, foi já na fase avançada da modernidade e, posteriormente, na época contemporânea, que surgiram os marcos mais relevantes visando a proteção dos direitos humanos, ao que se seguiu a própria teorização dos direitos humanos. Entre outros documentos relevantes para a história dos direitos humanos, destaca-se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Assembleia Constituinte Francesa de 1789, e a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que foi ratificada por muitos países.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu art.1º, põe em destaque os dois pilares da dignidade humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e percepção e devem agir em relação umas

às outras com espírito de fraternidade.” (REALE, 1983, p. 277). Consta-se, cronologicamente, a presença de, basicamente, três entendimentos da dignidade da pessoa humana: individualismo, trans personalismo e personalismo.

Para o individualismo, o homem, ao zelar pelas suas conveniências e pelo seu benefício, zelar, automaticamente, pelas conveniências e benefício coletivo. É concretizando o que para si é conveniente que cada homem realiza o que é conveniente para a coletividade política. Nas palavras de Miguel Reale, “Cada homem, realizando o seu bem, realizaria, mediante espontâneo equilíbrio de egoísmos, o bem social ou o bem comum”. (REALE, 1983, p. 278).

O individualismo significa o predomínio do egoísmo sobre o coletivo e não tanto do egoísmo sobre o altruísmo. Envolve declarar que o Estado tem o papel fundamental de garantir as liberdades individuais, com todas as consequências em matéria de organização social. A felicidade comum será uma “inevitável” consequência (há aqui um certo teleologismo, ou até fatalismo, a-histórico) da particular realização da felicidade por cada indivíduo. As liberdades individuais, antes de tudo, são direitos inatos e anteriores ao Estado, impostos como limites à atividade estatal, que, tanto quanto possível, deve coibir-se de intervir na esfera social.

O trans personalismo é o entendimento oposto. Para tal entendimento, não há hipótese de uma concordância imediata entre o benefício individual e o coletivo. O benefício coletivo seria o atributo imprescindível para se alcançar a felicidade pessoal. Prevaecem, portanto, os valores coletivos em prejuízo dos valores individuais. A essência humana só obtém totalidade e legitimidade quando tem por objetivo o bem social. Em antítese ao individualismo, o exemplo do trans personalismo é assim explicado por Miguel Reale:

Se, ao contrário, predominar numa sociedade a concepção coletivista, que der ao todo absoluta primazia sobre as partes, a tendência na interpretação das normas jurídicas será sempre no sentido da limitação da liberdade em favor da igualdade. Não se põe, com efeito, o problema da composição entre o indivíduo e a sociedade, sem que concomitantemente não surja o problema das relações entre liberdade e a igualdade. (REALE, 1983, p. 278).

O terceiro entendimento, o personalismo promove, através do Direito e da democracia, a dignidade da pessoa humana como trave-mestra da organização da sociedade. Tal entendimento, ultrapassando os restantes, procura atestar que entre as expressões indivíduo e sociedade não existe nem a congruência simples que a inicial fantasia, nem a inescapável sujeição que a segunda nos oferece.

Suplantando e conciliando as criações anteriores, o personalismo assevera não haver possibilidade de integrar harmonicamente os egoísmos individuais como instrui o individualismo e, da mesma forma, refutando o trans personalismo, assevera que nem sempre a concretização daquilo que é considerado o bem da coletividade significa a satisfação de cada indivíduo, que possui algo de inflexível em relação ao bem social.

A dignidade da pessoa humana passa a ser um alicerce que afasta a ideia de predomínio das concepções trans personalistas de Estado e Nação em detrimento da liberdade pessoal. Da mesma forma, entendendo todo e qualquer ser humano como um indivíduo inserido num contexto social e não individualista, os valores particulares deixam de ter preeminência soberana na colisão com os interesses coletivos. Para tal teoria, há uma tensão constante entre os valores do indivíduo e os valores da sociedade, donde a exigência permanente de composição entre esses grupos de fatores, de maneira que venha a ser reconhecido o que toca ao todo e o que cabe ao indivíduo numa ordenação progressivamente capaz de harmonizar as duas forças.

Nesse passo, para encontrar o que é justo, o intérprete terá que elaborar um juízo de valor muito mais completo do que simplesmente dar prevalência incondicional a um ou outro valor, seja ele pessoal ou coletivo. dignidade da pessoa humana é o valor supremo da ordem jurídica. As limitações feitas aos direitos fundamentais, nos termos constitucionais, não põem em risco a dignidade da pessoa humana, pois são limites necessários para a conservação da ordem jurídica democrática, como, por exemplo, o encarceramento do condenado por crime decisivamente sentenciado.

Conforme adverte Ingo Sarlet (2001, p. 50) “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na dimensão em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção”. Nesta asserção, Sarlet (1988, p. 56) faz alusão ao duplice papel do princípio da dignidade humana: defensivo e prestacional. Dentro do seu papel defensivo, o princípio “encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade)”; já no seu papel prestacional, o princípio “impõe condutas positivas no significado de proteger e promover a dignidade”.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado legal e constitucionalmente, então, naturalmente, isso implica aceitar que ele é apto a produzir efeitos jurídicos, que tanto podem ser positivos como negativos. Além disso, segundo vários autores, o princípio proíbe o retrocesso. Dentro da eficácia positiva do princípio, temos que o Estado está obrigado a proteger a dignidade humana através da adoção de normas e políticas públicas que garantam um mínimo de existência indispensável para assegurar uma vivência digna (queremos mesmo dizer “vivência” e não mera “sobrevivência”).

Para evitar uma interpretação do Direito por parte do Estado que se desvie, de forma significativa, da opinião das pessoas, estas têm o direito de refutar a validade de todas as normas que firam o núcleo essencial de uma existência digna, ferindo assim o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Isto constitui a eficácia negativa do princípio.

4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS

A Carta Magna veda a discriminação e confere amparo aos segmentos marginalizados, como é o caso dos relacionamentos homoafetivos. De ordem espiritual e material dos valores, o princípio da dignidade da pessoa humana confirma que cada pessoa pode exercer livremente sua personalidade, conforme seus desejos mais íntimos, devendo-se reconhecer que dignidade está presente na união homoafetiva, pois, perante a falta de regulamentação legal explícita, referida decisão veio para confirmar que a união entre pessoas do mesmo sexo forma um núcleo familiar digno de tutela, bem como deflagrando os seus efeitos decorrentes da união estável. Sobre o tema, a preciosa lição de Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias:

As transformações da sociedade estão associadas a um novo discurso sobre a sexualidade, cuja base foi assentada pela Psicanálise, ensejando constar que a sexualidade se insere antes na ordem do desejo, que na genitalidade, como sempre fora tratada pelo Direito. Ante essa mudança, o pensamento contemporâneo ampliou seu horizonte sobre as diversas formas de manifestação da afetividade, compreendendo as várias possibilidades de constituir uma família. Principia, aí, a liberdade de afeto. Ou seja, a possibilidade de não se sujeitar aos modelos herdados e ainda postos como lei. Ganho curso histórico a libertação dos sujeitos.

(...) A legislação vigente regula a família do início do século passado, constituída unicamente pelo casamento, verdadeira instituição, matrimonializada, patrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual, ao passo que o moderno enfoque dado à família se volta muito mais à identificação dos vínculos afetivos, que - enlaçando os que a integram - consolidam a sua formação (Direito de Família e o Novo Código Civil - Ed. Del Rey: 2002 - p. VII apud ARPEN.SP, 2017).

Da mesma forma que dantes, o princípio da isonomia ou da igualdade trazido por Aristóteles e, posteriormente, por Rui Barbosa preceitua que se devem tratar os

iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de suas desigualdades. Não obstante, também está de forma expressa na Carta Magna. Portanto, não há que se distinguir um ou outro apenas pela opção sexual. Tampouco se devem restringir os direitos da personalidade de homossexuais, tendo em vista que são personalíssimos, irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis. A igualdade entre as pessoas, no mais das vezes, confundir-se-á com o pálio da justiça.

Não há que se olvidar a máxima "faça-se justiça ainda que o mundo pereça". Para tanto, há que ser reconhecido de forma categórica o direito à união homoafetiva como corolário do que aqui exposto. A Constituição Federal, ao outorgar a proteção do estado à família, reconhecendo como união estável somente o laço entre um homem e uma mulher, ignorando as entidades familiares homoafetivas, infringe a norma que veda qualquer tipo de discriminação, bem como afronta o fundamental princípio constitucional da igualdade, consagrado em regra pétrea. (DIAS, 2001, p. 172).

Ao excluir do alcance das entidades familiares protegidas pelo ordenamento jurídico constitucional pátrio, as famílias formadas através da União Homoafetiva violam frontalmente o texto da Constituição Federal, notadamente o art. 3º, IV, art. 5º, I e o art. 226, §3º.

Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família. De qualquer modo, por certo é difícil a denominação do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana. Reconhecendo a submissão de outros preceitos constitucionais à dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio em questão como "o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas". Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana (TARTUCE, 2006).

O princípio da dignidade da pessoa humana conjuga-se perfeitamente com o princípio da isonomia. Com efeito, a Constituição Federal erigiu os princípios da igualdade e isonomia como direitos fundamentais da pessoa humana, sem que se admita distinção de sexo e de orientação social (art. 5º, caput e I, CF). É também objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV, CF).

Ora, diferentemente do que apregoa a sociedade conservadora, o conceito de entidade familiar ampliou-se consideravelmente ao longo dos tempos, para incluir, inclusive, relacionamentos não advindos do casamento legal, como a união estável. A discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos restou afastada pelo legislador. A paternidade socioafetiva é tema relevante nas ações de investigação de paternidade do vínculo biológico, chegando ao ponto de superá-la, por vezes (CC/02, art.1.597, V) (ANDRADE, 2004).

Enfim, o delineamento da família contemporânea tem no afeto sua mola propulsora. O afeto hodiernamente é elemento essencial das relações interpessoais e a união homoafetiva, como entidade familiar, é uma realidade social. A convivência com base no afeto não é um privilégio dos heterossexuais. Nos relacionamentos homossexuais, o amor, o afeto, o desejo, o erotismo e as relações sexuais estão tão fortemente presentes que saltam as barreiras do estigma social. Esse complexo de fatores, da ordem do não-racional e até do subconsciente, manifesta-se independentemente da orientação sexual e representa uma das melhores maneiras de se realizar como ser humano. (ADI-LGBT, 2019).

A inclinação sexual não pode ser fator de exclusão do indivíduo, nem tampouco retirar-lhe a garantia de viver com dignidade. Maria Berenice Dias falou sobre o tema:

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade (Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41).

Importante também a lição do doutrinador Sérgio Gischkow Pereira:

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais. A renovação saudável dos vínculos familiares, estruturados na afeição concreta e na comunicação não opressiva, produzirá

número muito menor de situações psicopatológicas, originadas de ligações inadequadas, quer pela dominação preponderante, quer pela permissividade irresponsável. (Tendências modernas do direito de família. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 648, fev, 1988, p. 19).

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A orientação ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. As uniões homoafetivas, não se pode negar, fazem parte da realidade social e, por isso, devem receber a mesma proteção garantida às uniões heteroafetivas. É por isso que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento paradigmático da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277 e na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto, reconheceu como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, além de haver proclamado que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas estendem-se aos companheiros nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

O reconhecimento da união homoafetiva pelo STF veio para reforçar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais da admissibilidade da união homoafetiva com entidade familiar e sua conversão em casamento, tendo como base as várias decisões favoráveis advindas do judiciário brasileiro nos últimos tempos, porém a legalização é o próximo avanço jurídico importante para extrair essas pessoas da marginalização imposta pelo costume tradicionalista que defende a diversidade de sexo para constituição da família e, conseqüentemente, para a realização do casamento.

Em decorrência da decisão do STF, pode-se dizer que é admissível a conversão da união estável em casamento, observados os requisitos legais, com base no artigo 1726, que dispõe: "A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil." Tanto é admissível o casamento homoafetivo que em 10 de outubro de 2012, foi publicado no Diário Oficial da Justiça o Provimento Conjunto Nº CGJ/CCI 12/2012, que permite aos cartórios de registro civil de pessoas naturais do Estado da Bahia receberem habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ficando, portanto, os órgãos obrigados a acolher a solicitação. Essa autorização reforçou o que diversos juízes do Estado da Bahia já vinham fazendo com base na supracitada decisão do STF.

No Brasil o procedimento a se realizar é o mesmo dos casais héteros: levar a documentação necessária e se casar com juiz de paz. No caso de pessoas que já vivem com o parceiro(a), podem ir ao cartório e transformar a união estável em casamento. Caso haja recusa do cartório em realizar o casamento, o casal pode e deve entrar com

recurso ao juiz da comarca ou no Conselho Nacional de Justiça (que criou a Resolução 175), com a alegação de violação da resolução nº 175 e violação dos direitos humanos. Vale recordar também que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma questão com base nos Direitos Humanos Universais, e que está amparada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, que reconhece que o casamento é um direito que assiste a todas as pessoas, independentemente da sua orientação sexual (NASCIMENTO, 2020).

Apesar do avanço, o casamento homoafetivo no Brasil ainda não é lei. Em 2017 o CCJ aprovou no Senado um projeto de lei que passa a reconhecer o casamento homoafetivo no código civil brasileiro, substitutivo do senador Roberto Requião (MDB-PR) ao projeto que permite o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo (PLS 612/2011), de autoria da senadora Marta Suplicy (MDB-SP). A matéria, terminativa na comissão, poderia seguir para a Câmara dos Deputados. Porém, Magno Malta apresentou recurso para manter o instituto do casamento, no Código Civil, apenas como ato entre um homem e uma mulher. Desse modo, a proposta ainda não foi a plenário para votação.

A garantia do casamento homoafetivo no Brasil pela justiça sem a proteção de um projeto de lei abre brecha para proibições e decretos que possam ser efetivadas pelo presidente e sobrepor às decisões do STF, por isso a importância da aprovação do projeto de lei que protegerá os casais homoafetivos, uma pauta importante da comunidade LGBT. Vale frisar, que não existe nenhum tipo de vedação no ordenamento jurídico brasileiro sobre o casamento homoafetivo, inclusive a Carta Magna brasileira veda qualquer tipo de preconceito e/ou discriminação; contudo, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro precisa passar por uma atualização normativa. Primeiro, em sede constitucional, a fim de garantir expressamente proteção às entidades familiares compostas por pessoas do mesmo sexo. Em segundo momento, faz-se necessário alterar o art. 1.723, do Código Civil, com o mesmo objetivo.

5. CONCLUSÃO

É, pois, patente que o Estado e os órgãos públicos em geral estão vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana imputando-lhes o Direito (ou, num registro mais positivista, a ordem jurídica como um todo) um dever de respeito e proteção das pessoas reconhecível quer na proibição de o Estado se intrometer, para além de um certo limite, na vida privada das pessoas, quer na obrigação do Estado de proteger essa mesma esfera privada contra agressões por parte de terceiros, sejam eles quem forem e vierem de onde vierem.

Quanto à proibição do retrocesso, refere-se à ideia de que a evolução para um novo patamar de proteção dos direitos fundamentais da pessoa não pode ser revogada posteriormente pela eliminação das normas jurídicas que as estabeleciam, podendo os cidadãos, nessa altura, por via judicial impedir essa revogação sempre que não haja a precaução normativa do desenvolvimento de uma política pública equivalente, tanto do ponto de vista quantitativo, quanto qualitativo.

De acordo com Canotilho (2011), deve-se considerar inconstitucional qualquer medida governamental ou de qualquer outro poder público que, sem contemplar a criação de alternativas ou, de alguma forma, sem compensar a perda do núcleo essencial de direitos sociais constitucionalmente garantidos e legislados, se traduza, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade dos poderes executivo e legislativo está, portanto, limitada ao núcleo essencial já concretizado, sendo esse o limite da sua ação.

A Carta de 1988 apregoa, a partir do seu "Preâmbulo" e com continuidade no exposto nos demais títulos e capítulos que a compõem, mensagens imperativas contendo propósitos de homenagem à instituição de um Estado democrático, com finalidade primordial voltada para a proteção dos direitos sociais e individuais, tendo como centro maior a valorização da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade, da justiça, tudo endereçado a que seja alcançado um estágio representativo de absoluta eficácia e efetividade da dignidade humana. (FAHD AWAD, 2012)

A pretensão é de ser construída uma democracia para o tempo presente e futuro com preceitos que, ao serem aplicados, abram espaços para a execução de medidas concretas, que resultem em oferecer ao cidadão qualquer que seja a escala a que ele pertença na grade social, segurança pública e jurídica, assistência à saúde, atendimento escolar, moralidade, liberdade, amplo emprego, respeito aos seus direitos fundamentais e outros valores que estão inseridos no contexto representativo da dignidade humana.

O mundo deu muitas voltas. Caíram barreiras, referências, mitos e muros. A história não coube em teorias. As teorias negaram suas promessas. O capitalismo continuou produzindo miséria, mas o socialismo avançou sem conseguir eliminá-la. Depois de 100 anos de socialismo e capitalismo, a miséria no mundo aumentou, e a economia transformou-se num código de brancos e numa fábrica de exclusão racionalizada. A modernidade produziu um mundo menor do que a humanidade. Sobram bilhões de pessoas. Não se previu espaço para elas nos vários projetos internacionais e nacionais. No Brasil, essa exclusão tem raízes seculares. De um lado, senhores, proprietários, doutores. Do outro, índios, escravos, trabalhadores, pobres, homossexuais etc.

Toda forma de preconceito é indigna e a sua manifestação é antijurídica. Lesa-se por ela o princípio enfatizado neste estudo. A exclusão social é fator de indignidade e de indignação que põe o homem à margem de sua própria sociedade, carente de seu respeito próprio e de sua honorabilidade social, porque se põe como alguém que não é útil e, note-se aqui, no sentido utilitário, de não dar lucro, de não ser fonte de utilidade segundo os paradigmas de uma economia que rejeita o homem. Contra todas as formas de desumano tratamento, em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana, pela inclusão no direito e pelo direito de todos os homens, é que as próximas décadas que se aproximam apontam para o humanismo ético voltado à realização do ser humano integral, aquele que integra o homem ao todo e propõe a crença no homem, certo de que o homem se supera sempre e em todos os sentidos.

A atual sociedade brasileira é considerada uma das mais homofóbicas, sendo assim o casamento homoafetivo não representará apenas a conquista da igualdade jurídica e social por gays e lésbicas, mas sim será um instrumento normativo que irá regular as relações amorosas homoafetivas, garantindo assim todos os direitos decorrentes do matrimônio. “A dignidade da pessoa humana põe-se na lágrima vertida sem pressa, sem prece e, principalmente, sem busca de troca. [...] a dignidade não provoca, não intimida, não se amedronta. Tem ela a calma da Justiça e o destemor da verdade [...]” (ROCHA, 2004, p. 27). O direito não deve ser apenas um mero instrumento de estabilização, mas sim um meio de transformar a sociedade em um meio menos preconceituoso com a edição de novas leis.

A sexualidade individual (inerente a cada pessoa e oriunda de diversos fatores, como o genético, psicológico, sócio cultural, pois não há consenso na ciência) não pode ser também motivo que erga segregações jurídicas entre seres humanos, uma vez entendidos sob uma ótica igualitária. A dignidade da pessoa humana é a prova de que o homem é um ser de razão compelido ao outro pelo sentimento, e entender que o casamento não é uma dádiva divinal e nem destinado somente a uniões entre homens e mulheres; é um direito dos homossexuais o reconhecimento do casamento deles frente ao ordenamento jurídico brasileiro. O preconceito não pode ser usado como um argumento jurídico para coibir tal tipo de relacionamento, já que a prática dele é vedada por lei.

Apenas o fato, da lei dizer o “homem e a mulher” não constitui razão lógica para a discriminação e não reconhecimento pela lei das uniões homoafetivas, pois, é trabalho dos operadores do direito interpretar a lei de forma extensiva, permitindo o total desenvolvimento da dignidade da pessoa humana em escolher sua própria opção sexual, por exemplo. Da mesma forma que não constitui indignidade o fato de se optar em construir uma família com alguém do mesmo sexo que o seu, tampouco,

inconstitucionalidade, pois, a lei em momento algum proibiu expressamente a união entre pessoas do mesmo.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 4, n. 43, p. 4394-4404, set. 2004. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe. Acesso em: 26 jan. 2021.

ARPEN.SP. **TJMG RECONHECE DIREITO DE HOMOSSEXUAL**. 2017. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjIzMQ==>. Acesso em: 06 dez. 2020.

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

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o novo código civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 23 jan. de 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.277/DF**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05 mai. 2011. Publicado no DJe em 14 out. 2011. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. **ADI-LGBT**. 2019. Disponível em: <https://ptnacamara.org.br/portal/wp-content/uploads/2019/09/ADI-LGBT-DF.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2020.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual – o preconceito e a justiça**. Revista brasileira de Direito de Família, nº. 6. Julho, agosto, setembro de 2000. P. 137-9.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. 8. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

FAHD AWAD. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 2012. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/2182/1413/>. Acesso em: 06 dez. 2020.

NASCIMENTO, Babi. **Casamento gay no Brasil**: o que diz a lei e os direitos de um casal LGBT. Zankyou. Disponível em: <https://www.zankyou.com.br/p/casamento-homoafetivo-no-brasil>. Acesso em: 13 fev. 2021.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 1983.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 Ed.; São Paulo: Saraiva, 2002, 768 p. ISBN:9788502041479.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Vida Digna**: Direito, Ética e Ciência (os Novos Domínios Científicos e Seus Reflexos Jurídicos). Publicado na obra coletiva O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS LIMA, Ana Carolina. **Casamento homoafetivo**. Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64395/casamento-homoafetivo>. Acesso em: 11 fev. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2001, p. 50.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre o Fundamento da Moral**. (2ª Edição); Editor: Martins Fontes; Coleção: Clássicos. Edição/reimpressão: 2001, 226p.; ISBN: 9788533614956.

SENADO FEDERAL. **Portal atividade legislativa**. Projetos e matérias legislativas. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=10258. Acesso em: 09 mar. 2021.

_____. **União Homossexual: O Preconceito & a Justiça**. Revista brasileira de Direito de Família, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora. P. 71-83 e P. 85-99, 97.

SUPLICY, Marta. **Aspectos jurídicos**. Revista Consulex. Ano 2, nº 16, abril/1998.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006.

(IN)IMPUTABILIDADE E INCERTEZAS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA CONDIÇÃO DO PSICOPATA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

LETÍCIA CRISTINA FLORÊNCIO CARVALHO ROSA:
Bacharelada em Direito pelo do Centro Universitário
UNA/BH.

LISSA APARECIDA MARQUES STAINO⁶⁰

(coautora)

NATÁLIA SILVA TEIXEIRA RODRIGUES DE OLIVEIRA.

(orientadora)

Resumo: O presente artigo analisa a temática do tratamento penal conferido ao psicopata, na doutrina e na jurisprudência, em face do Código Penal Brasileiro. Desta forma, será demonstrado o conceito de psicopatia, tanto sob o aspecto médico quanto jurídico, o tema no contexto histórico, relatando alguns tipos de transtornos de personalidade, no contexto da criminologia e dos elementos dogmático-penais. No escopo do trabalho, também será abordado o tema em outros ordenamentos jurídico-penais, utilizando-se do método do direito comparado. Por fim, será realizada uma reflexão acerca de uma possível readequação do tratamento penal conferido aos psicopatas, qual seja, a semi-imputabilidade, prevista no art. 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: psicopatia, transtorno, comportamento, tratamento penal

Abstract: This article analyzes the theme of criminal treatment given to psychopaths, in doctrine and jurisprudence, in the face of the Brazilian Penal Code. In this way, the concept of psychopathy will be demonstrated, both under the medical and legal aspects, the theme in the historical context, reporting some types of personality disorders, in the context of criminology and dogmatic-criminal elements. In the scope of the work, the topic will also be addressed in other legal and penal systems, using the method of comparative law. Finally, there will be a reflection on a possible readjustment of the penal treatment given to psychopaths, that is, the semi-imputability, provided for in art. 26, sole paragraph, of the Brazilian Penal Code.

Key words: psychopathy, disorder, behavior, penal treatment

⁶⁰ Discente do 10º período do Curso de Direito do Centro Universitário UNA/BH. Email: branca_staino23@hotmail.com

Sumário: 1 Introdução. 2 A psicopatia na medicina: conceito e aspectos históricos. 3 A psicopatia no Direito Penal. 3.1 O psicopata à luz do art. 26, do Código Penal Brasileiro: imputável ou inimputável. 3.2 O tema no direito comparado. 4 O tema na jurisprudência: pena ou medida de segurança? 5 Considerações finais. 6 Referências

1 Introdução

A psiquiatria e a ciência são capazes de estabelecer um perfil da psicopatia, justificando sua potencialidade criminosa⁶¹. Já no âmbito do direito penal, a psicopatia encontra-se, por vezes sim, por vezes não, dentre as hipóteses normativas que excluem a imputabilidade, ou seja, em determinados contextos, podem ser considerados até mesmo inimputáveis.

Assim, apesar dos psicopatas, que cometem fatos definidos como crimes, poderem ser encaixados dentre aquelas hipóteses de inimputabilidade, para a psicanálise, todo agir quer dizer algo e, por isso, todo sujeito, independentemente de sua estrutura clínica, deve ser responsabilizados por seus atos. Ainda que ele não entenda o caráter ilícito do ato praticado, terá “algo a dizer” em face do cometimento do delito, tendo em vista que tem conhecimento do caráter ilícito de sua conduta, sendo questionável, pois, a exclusão das consequências penais dela decorrentes.

É conhecida a existência de uma série de casos concretos famosos na história e na mídia, resultado de fatos tidos como criminosos, praticados por indivíduos frios, calculistas, sedutores, dissimulados, desprovidos de emoções, muitas vezes consideradas pessoas fora de qualquer suspeita, mas que, no entanto, são psicopatas.

Diante desse contexto, o presente artigo tem, como objetivo, refletir sobre essa “(in)consciência” do indivíduo, considerado psicopata, acerca da conduta cometida, ou seja, compreender a que limite os portadores de psicopatias são realmente incapazes de compreender o caráter ilícito de seu ato ou de se conduzir de acordo com esse entendimento.

Além disso, o presente estudo pretende “montar” um perfil do psicopata diante de fatos considerados criminosos, cometidos de forma reiterada e cruel, e, por fim, questionar a posição da legislação penal brasileira no que concerne à (in)imputabilidade de tais indivíduos.

A presente questão mostra-se relevante, pois, na sociedade contemporânea, a cada dia que passa, aumenta o número de casos “bárbaros”, com alto grau de

61 DERCIRIER, Freire. **Paranoia e crime**: do direito à psicanálise. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2015.

manipulação e frieza, cometidos por agentes considerados psicopatas⁶². De acordo com a psiquiatra e escritora Ana Beatriz Barbosa Silva, de cada 25 pessoas no Brasil, uma é psicopata, somando ao todo um percentual de 4% da população mundial⁶³.

Para agravar a situação, demonstrar-se-á que esses indivíduos, em sua maioria, não estão “acautelados” em presídios, mas transitam livremente na sociedade e, em razão de uma possível impunidade, as pessoas podem se tornar vulneráveis a eles.

Diante a reiteração de condutas tidas como criminosas, cometidas por indivíduos portadores de psicopatia, é de especial relevância a análise e a reflexão sobre o perfil e a potencialidade dos psicopatas diante de sua (ir)responsabilidade penal, evidenciando-se o seguinte problema: *O direito penal brasileiro deveria alterar o tratamento legal conferido ao psicopata em razão da prática de condutas tidas como criminosas?*

Tendo em vista o referido problema, a hipótese metodológica vincula-se à necessidade de se alterar o tratamento penal conferido aos psicopatas no ordenamento jurídico-penal brasileiro, já que, neste, muitas vezes, eles são considerados inimputáveis, nos termos do art. 26, *caput*, do Código Penal, para serem considerados imputáveis e, portanto, responsáveis penalmente.

Para viabilizar a presente reflexão, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, a saber: leitura de livros, revistas científicas, reportagens e jornais, pesquisas na internet, etc., que dará suporte para esta pesquisa. Salienta-se a importância da realização de revisão da literatura em torno dos conceitos de “psicopatologia” e “imputabilidade/inimputabilidade”.

Num segundo momento, estabelecer-se-á uma correlação entre a doutrina e a jurisprudência acerca do tema, analisando as diversas correntes, lançando mão, inclusive, do direito comparado, de modo a melhor fundamentar o artigo.

Ressalta-se que o direito penal brasileiro parece ainda não estar suficientemente preparado para analisar as particularidades de tais casos, haja visto que os estudos e os métodos aplicáveis aos psicopatas são insuficientes, urgindo que o legislador busque se adequar aos avanços que a psiquiatria tem alcançado na definição do perfil da psicopatologia.

⁶² Disponível em: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/doencas-e-tratamentos/doenca-mental-eresponsavel-por-10-dos-crimes-diz-estudo,7b2b5f5a86e95410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁶³ Disponível em: <http://www.revistacorporoemente.com.br/noticias/a-cada-25-pessoas-no-brasil-uma-epsicopata-diz-autora-de-best-sellers>. Acesso em: 20 out. 2020.

2 A psicopatia na Medicina: conceito e aspectos históricos

Conceituar o que é um psicopata e a psicopatia são tarefas complexas, visto que esse assunto foi e ainda é tratado de formas muito diferentes tanto na medicina, quanto pela sociedade. Algumas pessoas não sabem o real significado do que é uma "pessoa louca" e enxergam psicopatas como loucos também. Influenciam no conceito desses termos o local, a legislação respectiva, a tradição científica, entre outros aspectos, portanto, não há uma definição padrão.

Atualmente, "psicopatia" (ou "sociopatia") é sinônimo de "personalidade antissocial", que denota uma disposição permanente do caráter no sentido da agressividade, da crueldade e da malignidade, determinando inexoravelmente o mal de outrem.

A partir de 1994, com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM5) criado pela American Psychological Association (APA), a psicopatia passou a ser conceituada pelo termo "Transtorno de Personalidade Antissocial".

Esse transtorno trata-se de uma doença, que tem, como principal característica, um padrão difuso de indiferença e violação dos direitos das outras pessoas, o qual surge na infância ou no início da adolescência, perdurando pela vida adulta (APA, 2014).

Para ser diagnosticado com tal transtorno, o indivíduo deve ter, no mínimo, 18 anos e deve ter apresentado alguns sintomas do transtorno de conduta antes dos 15 anos de idade. Esse transtorno de conduta envolve um padrão repetitivo e persistente de comportamento, no qual as regras básicas inerentes à idade são violadas, bem como direitos básicos de outros cidadãos. Comportamentos específicos desse transtorno de conduta se encaixam em uma das quatro categorias: agressão a pessoas e animais, destruição de propriedade, fraude ou roubo ou grave violação de regras (APA, 2014).

No citado transtorno de personalidade, como disposto no Manual Diagnóstico e Estatísticos de Transtornos Mentais (APA, 2014), o indivíduo apresenta três ou mais dos comportamentos listados a seguir:

1. Fracasso em ajustar-se às normas sociais relativas a comportamentos legais, conforme indicado pela repetição de atos que constituem motivos de detenção.

2. Tendência à falsidade, conforme indicado por mentiras repetidas, uso de nomes falsos ou de trapaça para ganho ou prazer pessoal.
3. Impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro.
4. Irritabilidade e agressividade, conforme indicado por repetidas lutas corporais ou agressões físicas.
5. Descaso pela segurança de si ou de outros.
6. Irresponsabilidade reiterada, conforme indicado por falha repetida em manter uma conduta consistente no trabalho ou honrar obrigações financeiras.
7. Ausência de remorso, conforme indicado pela indiferença ou racionalização em relação a ter ferido, maltratado ou roubado outras pessoas.

Dessa forma, podemos apontar que esses indivíduos possuem pré-disposição para cometer condutas tipificadas como crime.

Outras características que costumam ser presentes nesses indivíduos são a falta de empatia, falta de sensibilidade, arrogância, autoconfiança, charme desinibido e superficial, além de apresentar disforia, incapacidade de tolerar e humor deprimido. Podem, ainda, apresentar outros transtornos, tais como, transtorno de ansiedade, transtorno depressivo, transtorno por uso de substância, entre outros (APA, 2014).

No passado, o termo “psicopatia” foi utilizado para indicar os comportamentos que eram vistos pela sociedade como moralmente repugnantes. Essa discussão sobre psicopatia começou quando alguns filósofos e psiquiatras passaram a questionar se os indivíduos praticantes de atitudes imorais seriam capazes de, no momento da conduta, entender seus atos.

O referido termo originou-se no grego e significa “psiquicamente doente”. Foi nos séculos XIX e XX que o tema ganhou relevância e os estudos tiveram consideráveis avanços. Tendo em vista, as pesquisas clínicas desenvolvidas, mais precisamente no campo da neurobiologia, sobretudo referente à personalidade, permitiu-se detectar alguns pontos que possam denunciar um traço psicopático.

Entretanto, somente essa análise não é suficiente para diagnosticá-lo, mas, a partir dela, somada a um estudo antropológico, sociológico e, até mesmo, filosófico, é possível estabelecer uma base para o que se entende por “psicopatia”.

Com o intuito de demonstrar a evolução histórica do termo, destacam-se as seguintes visões e estudiosos⁶⁴:

- *Girolano Cardamo* (1501-1596), professor de medicina da Universidade de Pavia, deu início à identificação do traço psicopata. Ele fala em "improbidade", o que não alcançava a insanidade total, porque as pessoas que sofriam disso mantinham a aptidão para dirigir sua vontade.
- *Pablo Zacchia* (1584-1654), considerado por muitos como o fundador da Psiquiatria Médico-Legal, descreve, em "Questões Médico-Legais", importantes concepções que logo conceituariam as "psicopatias" e os "transtornos de personalidade".
- *Philippe Pinel* que, em 1801, publica o "Tratado Médico-Filosófico" sobre a alienação mental e descreve as manias que todas as pessoas possuem, mas não criam a face ao delírio. Pinel chamava de mania os estados de furor persistentes e comportamento florido, distinto do conceito atual de mania (BERRIOS, 1993a, p. 98).
- *James Cowles Prichard* que, em 1835, publica sua obra *Treatise on insanity and other disorders affecting the mind*, que tratava da "insanidade moral". A partir dessa obra, o historiador G. Berrios (1993c, p. 102) discute o referido conceito como o equivalente ao atual conceito de psicopatia.
- *Kraepelin*, quando faz a classificação das doenças mentais em 1904, usa o termo "personalidade psicopática" para se referir às pessoas que não são neuróticos nem psicóticos, não estão incluídas no esquema de mania-depressão, mas que se mantêm em choque contundente com os parâmetros sociais vigentes. Incluiu, aí, os criminosos congênitos, a homossexualidade, os estados obsessivos, a loucura impulsiva, os inconstantes, os embusteiros e farsantes e os querelantes (SCHNEIDER, 1980b, p. 59). Para ele, as personalidades psicopáticas são formas frustras

64 *Apud* OLIVEIRA, Valéria Santos. **O psicopata frente ao Código Penal Brasileiro**. 2017. Disponível em: <https://alerinha.jusbrasil.com.br/artigos/492181526/o-psicopata-frente-ao-codigo-penal-brasileiro>. Acesso em: 14 mar. 2021.

de psicose, classificadas segundo um critério fundamentalmente genético e considera que seus defeitos se limitam essencialmente à vida afetiva e à vontade.

- *Schneider* que, em 1923, elabora um conceito e classificação do que é, na sua concepção, a "personalidade psicopática". *Schneider* (1980c, p. 64) descarta, no conjunto classificatório da personalidade atributos, tais como, a inteligência, os instintos e sentimentos corporais e valoriza como elementos distintivos o conjunto dos sentimentos e valores, das tendências e vontades. Para *Kurt Schneider*, as Personalidades psicopáticas formam um subtipo daquilo que classificava como personalidades anormais, de acordo com o critério estatístico e da particularidade de sofrerem por sua anormalidade e/ou fazerem outros sofrer (SCHNEIDER, 1980d, p. 65). A classificação de "personalidade psicopática" não pode ser reconhecida ou aceita pelo próprio paciente e, às vezes, nem mesmo por algum grupo social, pois, a característica de fazer sofrer os outros ou a sociedade é demasiadamente relativo e subjetiva: um revolucionário, por exemplo, é um psicopata para alguns e um herói para outros.

- *Cleckley* escreveu, em 1941, um livro chamado "A máscara da saúde", que se referia a esse tipo de pessoas. Em 1964, descreveu as características mais frequentes do que hoje chamamos de "psicopatas", estabelecendo alguns critérios para o diagnóstico, tendo sido complementado por Hare, Hart e Harpur, em 1976.

Somando-se as duas listas podemos relacionar as seguintes características (BRUNO, 1996, p. 152):

Problemas de conduta na infância; Inexistência de alucinações e delírio; Ausência de manifestações neuróticas; Impulsividade e ausência de autocontrole; Irresponsabilidade; Encanto superficial, notável inteligência e loquacidade; Egocentrismo patológico, autovalorização e arrogância; Incapacidade de amar; Grande pobreza de relações afetivas básicas; Vida sexual impessoal, trivial e pouco integrada; Falta de sentimentos de culpa e de vergonha; Indigno de confiança, falta de empatia nas relações pessoais; Manipulação do outro com recursos enganosos; Mentiras e insinceridade; Perda específica da intuição; Incapacidade para seguir qualquer plano de vida; Conduta antissocial sem aparente arrependimento; Ameaças de suicídio

raramente cumpridas e Falta de capacidade para aprender com a experiência vivida.

Portanto, foi-se definindo, aos longos dos anos, os traços característicos da psicopatia com termos como: perturbações afetivas, perturbações do instinto, deficiência superegóica, tendência a viver só o presente, baixa tolerância a frustrações. Esse transtorno apresenta anomalias do caráter e da personalidade, ressaltando sempre a impulsividade e a propensão para condutas anti-sociais (KOLB, 1976, p. 41).

Com base nos trechos das obras destacadas acima, pode-se dizer que a psicopatia não é, portanto, exógena, sendo sua essência constitucional e inata, no sentido de ser pré-existente e emancipada das vivências. A conduta do psicopata nem sempre é toda psicopática, existindo momentos, fases e circunstâncias de condutas adaptadas, as quais permitem que ele passe despercebido em muitas áreas do desempenho social, por seus atos possuírem uma margem de “normalidade” emocional e comportamental.

Assim, pode-se “caracterizar” o indivíduo chamado “psicopata”, apresentando as características inerentes ao seu transtorno, e se “construir”, por meio das visões históricas dos estudiosos citados, um paralelo entre a forma como o transtorno de comportamento antissocial era visto na antiguidade e como é visto hoje, com o intuito de iniciar o estudo acerca da (in)imputabilidade do indivíduo psicopata em consonância com o Direito Penal Brasileiro.

3 A psicopatia no Direito Penal

3.1 O psicopata à luz do art. 26, do Código Penal Brasileiro: imputável ou inimputável?

Antes de enfrentar o problema proposto acima, importante esclarecer os conceitos de imputabilidade e inimputabilidade.

A imputabilidade é a condição do indivíduo considerado responsável penalmente, ou seja, que detém a capacidade de realizar uma conduta descrita como típica na lei, com pleno discernimento para compreender o seu caráter ilícito e de se portar de acordo com esse entendimento:

A imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além

dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento. (Capez, 2016, p. 332-3)

Já a inimputabilidade, conforme esclarece Damásio E. de Jesus (1999, p. 499), é o contrário, a ausência de capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou, ainda que o compreenda, não consegue se porta de acordo com essa compreensão:

não havendo a imputabilidade, primeiro elemento da culpabilidade, não há culpabilidade e, em consequência, não há pena. Assim, em caso de inimputabilidade, o agente que praticou o fato típico e antijurídico deve ser absolvido, aplicando-se medida de segurança.

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 26, *caput*, adota o sistema biopsicológico (ou biopsicológico normativo ou misto), que se traduz numa junção dos sistemas biológicos (etiológico) e psicológico.

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.

Assim, considera-se imputável aquele que, em razão de uma causa biológica (= doença mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto), é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito da conduta praticada ou de portar-se de acordo com esse entendimento, vale dizer, uma consequência psicológica (= ausência total de discernimento).

No sistema biopsicológico, para se concluir pela inimputabilidade ou não do agente, faz-se uma investigação da capacidade mental do indivíduo ao tempo do cometimento da conduta típica, verificando se entendia o caráter ilícito do fato.

Com isso, se não possui tal capacidade, será considerado imputável e deverá ser, pois, absolvido, conforme determina o art. 386, VI, do Código de Processo Penal, aplicando-se, no caso, uma medida de segurança, a denominada "absolvição imprópria".

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...]

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; [...]

Já os psicopatas, em princípio, são considerados, pelo sistema penal brasileiro, como semi-imputáveis, ou seja, portadores de uma perturbação da saúde mental, não sendo, assim, inteiramente capaz de compreender o caráter ilícito do fato. É uma espécie de capacidade parcial, ressalvando-se, entretanto, que, sob o ponto de vista penal, não gera a sua irresponsabilidade. É o que prevê o artigo 26, Parágrafo único, do Código Penal Brasileiro:

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A doutrina majoritária se insere na compreensão de que os psicopatas estariam inseridos na hipótese da culpabilidade reduzida da semi-imputabilidade:

Entre a imputabilidade e a inimputabilidade existe um estado intermediário com reflexos na culpabilidade e, por consequência, na responsabilidade do agente. Situam-se nessa faixa os denominados *demi-fous* ou *demi-responsables*, compreendendo os casos benignos ou fugidios de certas doenças mentais, as formas menos graves de debilidade mental, os estados incipientes, estacionários ou residuais de certas psicoses, os estados Inter paroxísticos dos epiléticos e histéricos, certos intervalos lúcidos ou períodos de remissão, certos estados psíquicos decorrentes de especiais estados fisiológicos (gravidez, puerpério, climatério, etc.) e as chamadas personalidades psicopáticas. Atendendo à circunstância de o agente, em face dessas causas, não possuir a plena capacidade intelectual ou volitiva, o Direito Penal atenua sua severidade, diminuindo a pena ou somente impondo medida de segurança. (Jesus, 2010, p. 143)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Júlio Fabbrini Mirabete (2010, p. 140) classifica os psicopatas como semi-imputáveis, ou seja, os colocando na mesma categoria dos portadores de neurose profunda, como escrito a seguir:

Os psicopatas, as personalidades psicopáticas, os portadores de neuroses profundas etc. em geral têm capacidade de entendimento e determinação, embora não plena. [...] Em todas as hipóteses, comprovada por exame pericial, o agente será condenado, mas, tendo em vista a menor reprovabilidade de sua conduta, terá sua pena reduzida entre um e dois terços, conforme art. 26, parágrafo único. A percentagem de redução deve levar em conta a maior ou menor intensidade de perturbação mental, ou quando for o caso, pela graduação do desenvolvimento mental, e não pelas circunstâncias do crime, já consideradas na fixação da pena antes da redução. Entretanto, tendo o Código adotado o sistema unitário ou vicariante, em substituição ao sistema duplo binário de aplicação cumulativa da pena 19 e medida de segurança, necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena pode ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial.

Em nossa jurisprudência, também é corrente majoritária o entendimento onde a psicopatia deve ser tratada sob a ótica da semi-imputabilidade, com a aplicação do benefício da diminuição da pena, como se vê no julgado a seguir:

A personalidade psicopática não se inclui na categoria das moléstias mentais acarretadoras de irresponsabilidade do agente. Inscreve-se no elenco das perturbações de saúde mental, em sentido estrito, determinantes da redução da pena. (TJMT – AP. Crim – Relator Des. Costa Lima – RT 462/409).

Entretanto, nota-se que a utilização direta de tal entendimento ao psicopata, sem uma análise mais criteriosa, pode gerar graves e irreparáveis prejuízos sociais, uma vez que, se condenado, não será realizado o exame de sanidade mental, sendo esse essencial para se constatar a psicopatia, cumprindo pena normalmente, inclusive juntamente com os demais presos.

Para além da própria periculosidade em si, o portador da psicopatia poderá ter, no período de cumprimento da pena, um fortalecimento de seu transtorno, já que não foi diagnosticado, de forma adequada, por profissionais qualificados na área. Inclusive, se faz necessário o diagnóstico desse condenado, visto que, estando cumprindo pena

juntamente com outros presos, poderão ser esses manipulados por aquele, contribuindo, ainda mais, para o incremento da periculosidade.

De acordo com o conceito analítico de crime, esse é o fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável, e, ausente qualquer um destes elementos, ausente estará o crime, de modo que o agente não poderá ser por ele condenado e submetido à punição estatal correlata, vale dizer, a pena.

Inexistindo, pois, discussão acerca da possibilidade, a priori, do indivíduo psicopata realizar condutas penalmente típicas e ilícitas, subsistem, contudo, questionamentos acerca de sua culpabilidade, vez que controvertida a possibilidade de preenchimento de todos os seus requisitos pelo indivíduo que ostenta personalidade psicopática.

Assim, a partir do explanado no parágrafo anterior, pode-se inferir que, salvo se presentes outros fatores ou circunstâncias capazes de justificar que se chegue a uma conclusão distinta, é seguro afirmar que o psicopata é, de modo geral, apto a preencher pelo menos dois dos requisitos da culpabilidade: a exigibilidade de conduta conforme o direito e a potencial consciência da ilicitude. Resta, portanto, concluir em que medida ele é, ou não, imputável.⁶⁵

Feitas todas essas considerações, cumpre assinalar que o Código Penal Brasileiro se manteve “ inerte ” desde a reforma ocorrida em 1984, que suprimiu da exposição de motivos da parte geral o item 19 que lhe fazia menção, deixando para o intérprete, a tarefa de enquadrar o psicopata entre os penalmente imputáveis, entre os inimputáveis ou a meio caminho entre um e outro, isto é, entre os semi-imputáveis do parágrafo único do art. 26. ⁶⁶

3.2 O tema no direito comparado

Diferente do Brasil, é possível identificar, no direito comparado, sistemas jurídicos que apresentam leis específicas e individuais acerca do tratamento penal dos psicopatas, destacando-os dos demais agentes. Há um extremo cuidado para separar

65 NUNES, Rafaela Pacheco; SILVA, Roberta Christie P. da. *et al.* A psicopatia no direito penal brasileiro: respostas judiciais, proteção à sociedade e tratamentos adequados aos psicopatas – uma análise interdisciplinar. *In:* Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Disponível em: www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-9.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

66 NUNES, Rafaela Pacheco; SILVA, Roberta Christie P. da. *et al.* A psicopatia no direito penal brasileiro: respostas judiciais, proteção à sociedade e tratamentos adequados aos psicopatas – uma análise interdisciplinar. *In:* Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Disponível em: www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-9.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

os agentes com características da psicopatia para os que não têm, possibilitando, assim, que regulamentações distintas.

Nesse sentido, países como EUA, Austrália, Holanda, Noruega, China utilizam o instrumento denominado "*Psychopathy checklist*" ou PCL-R. Segundo Robert Hare, países que o instituíram apresentam redução da reincidência criminal considerável (HARE, 1998). É composto de um teste com 20 itens a fim de verificar a psicopatia por meio da estrutura da personalidade. o PCL-R (*Psychopathy Checklist Revised*) é um instrumento de pesquisa criado por Robert Hare para auferir o nível de psicopatia de uma pessoa. Nesse método, utiliza-se uma lista com 20 perguntas, tendo um total de 40 pontos:

A administração do PCL-R provê um método padronizado para quantificar e organizar atitudes e comportamentos observáveis [...] O Rorschach acrescenta e refina a hipótese sugerida pelo PCL-R [...] os itens do PCL-R quantificam atitudes observáveis e documentam comportamentos, enquanto os dados do Rorschach os correlacionam. O PCL-R e o Rorschach avaliam diferentes dimensões da personalidade, mas que se complementam. (GACONO, 1998)

No cenário brasileiro, houve a tentativa, por meio de um projeto de lei, de se adaptar o referido diagnóstico psicopático, a partir de uma validação da Escala Hare feita por Hilda Morana (2003, p.76-104), que traduziu todo o *checklist* em sua tese de doutorado. Assim, as pontuações do PCL-R para a população brasileira são: não criminoso 0 a 11; transtorno parcial 12 a 22; e transtorno dissocial 23 a 40. A psiquiatra Ana Beatriz Silva (2008) assevera sobre a temática:

A psiquiatra forense Hilda Morana, responsável pela tradução, adaptação e validação do PCL para o Brasil, além de tentar aplicar o teste para a identificação de psicopatas nos nossos presídios, lutou para convencer deputados a criar prisões especiais para eles. A ideia virou um projeto de lei que, lamentavelmente, não foi aprovado.

Com isso em mente, casos notórios relacionados a psicopatas que aconteceram no Brasil causam revolta na população, pois muitos desses indivíduos cruéis, ardilosos e extremamente inteligentes, tiveram suas penas reduzidas devido ao disposto no art. 26, Parágrafo único, do Código Penal Brasileiro.

Outro mecanismo, utilizado nos Estados Unidos, em vários de seus estados, bem como no Canadá, é a criação de leis específicas para psicopatas. Isso demonstra que

esses países já entenderam que a gravidade das condutas, que podem ser cometidas por pessoas portadoras de transtorno da psicopatia e que, por este motivo, merecem uma visão individualizada, a fim de se proteger a sociedade da periculosidade de tais agentes.

4. O tema na jurisprudência: pena ou medida de segurança?

Como foi tratado no tópico anterior, há correntes doutrinárias que consideram que o indivíduo psicopata é portador do denominado Transtorno da Personalidade Antissocial e, por esse fundamento, deveria ser considerado semi-imputável. Assim, o juiz tem a faculdade de aplicar, ao agente, a pena cominada ao delito, com a sua redução prevista no Parágrafo único, do art. 26 do Código Penal, ou determinar-lhe uma medida de segurança, caso fosse constatada a sua periculosidade.

Portanto, caso for constatado que o agente é imputável, aplicar-se-á uma pena prevista na lei de forma plena, sem redução; se constatar que o agente é semi-imputável, será facultado ao juiz decidir se aplicará a pena reduzida ou uma medida de segurança levando em consideração o caso concreto, vale dizer, se há necessidade de especial tratamento; e, caso seja o agente considerado inimputável, aplicar-se-á uma medida de segurança. Dessa forma, o sistema penal brasileiro não permite, de acordo o sistema vicariante, a aplicação conjunta de pena e de medida de segurança, sendo autorizada apenas uma ou outra.

A medida de segurança é uma espécie de resposta tratativa do Estado, ou seja, não é uma pena, mas um tratamento preventivo diante da doença ou da perturbação mental do agente. Isso é o que a distingue de uma pena:

A pena é sanção penal, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença ao culpado pela prática de infração penal, consistente na restrição ou na privação de um bem jurídico, com finalidade de retribuir o mal injusto causado à vítima e à sociedade bem como a readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade e as penas podem ser, pena privativa de liberdade; pena restritiva de direito e penas pecuniárias” 67

Já a medida de segurança é uma sanção de caráter preventivo, aplicada ao sujeito que não tem plena ou parcial capacidade de

67 JUSBASIL. Conceito de Pena. 2016. Disponível em: <https://jmnassessoria.jusbrasil.com.br/artigos/352321585/conceito-de-pena>. Acesso em: 23 mar. 2021.

culpabilidade, em decorrência da prática de um injusto penal, com a finalidade de retirá-lo do convívio social e submetê-lo a tratamento com o intuito de cessar a sua periculosidade.⁶⁸

Percebe-se, entretanto, que falta, no ordenamento jurídico brasileiro, uma aplicação mais segura de uma pena ou de uma medida de segurança, a partir de uma análise psiquiátrica do agente portador de psicopatia, como o PCL-R. Como visto, países que aplicam o sistema do PCL-R e que possuem leis específicas para os psicopatas, conseguem ter uma precisão maior do nível de consciência que o agente possuía no momento da conduta, podendo, assim, adequar a melhor medida ao caso concreto.

Com base nas jurisprudências a seguir, pode-se verificar como está sendo feita essa aplicação de pena ou medida de segurança em relação a esses indivíduos:

INCAPACIDADE CIVIL POR PSICOPATIA. O SÓ FATO DO INTERNAMENTO DA PESSOA EM ESTABELECIMENTO PSIQUIATRICO, SEM DECLARAÇÃO MEDICO-PERICIAL DE SER ELA PSICOPATA, NÃO INDUZ PRESUNÇÃO LEGAL ABSOLUTA DE SUA INCAPACIDADE PARA ATOS POSTERIORES A CESSAÇÃO DO INTERNAMENTO. INTERPRETAÇÃO ADEQUADA DO ART. 27, PAR. 1 DO DECRETO N. 24.559/34. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (AI 72060 AgR, Relator(a): XAVIER DE ALBUQUERQUE, Primeira Turma, julgado em 18/04/1978, DJ 05-05-1978 PP-02978 EMENT VOL-01094-01 PP-00256) PROCESSUAL CIVIL. CIVIL.RECURSO ESPECIAL. INTERDIÇÃO. CURATELA. PSICOPATA. POSSIBILIDADE. 1. Ação de interdição ajuizada pelo recorrente em outubro de 2009. Agravo em recurso especial distribuído em 07/10/2011. Decisão determinando a reautuação do agravo em recurso especial publicada em 14/02/2012. Despacho determinando a realização de nova perícia psiquiátrica no recorrido publicado em 18/12/2012. 2. Recurso especial no qual se discute se pessoa que praticou atos infracionais equivalentes aos crimes tipificados no art. 121, §2º, II, III e IV (homicídios triplamente qualificados), dos quais foram vítimas o padrasto, a mãe de criação e seu irmão de 03 (três) anos de idade, e que ostenta condição psiquiátrica descrita como transtorno não especificado da personalidade (CID 10 - F 60.9), está sujeito à

68 JUSBASIL. Medidas de segurança na legislação penal. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/652994258/medidas-de-seguranca-na-legislacao-penal>. Acesso em: 23 mar. 2021.

curatela, em processo de interdição promovido pelo Ministério Público Estadual. 3. A reincidência criminal, prevista pela psiquiatria forense para as hipóteses de sociopatia, é o cerne do presente debate, que não reflete apenas a situação do interditando, mas de todos aqueles que, diagnosticados como sociopatas, já cometeram crimes violentos. 4. A psicopatia está na zona fronteira entre a sanidade mental e a loucura, onde os instrumentos legais disponíveis mostram-se ineficientes, tanto para a proteção social como a própria garantia de vida digna aos sociopatas, razão pela qual deve ser buscar alternativas, dentro do arcabouço legal para, de um lado, não vulnerar as liberdades e direitos constitucionalmente assegurados a todos e, de outro turno, não deixar a sociedade refém de pessoas, hoje, incontroláveis nas suas ações, que tendem à recorrência criminosa. 5. Tanto na hipótese do apenamento quanto na medida socioeducativa - ontologicamente distintas, mas intrinsecamente iguais - a repressão do Estado traduzida no encarceramento ou na internação dos sociopatas criminosos, apenas postergam a questão quanto à exposição da sociedade e do próprio sociopata à violência produzida por ele mesmo, que provavelmente, em algum outro momento, será replicada, pois na atual evolução das ciências médicas não há controle medicamentoso ou terapêutico para essas pessoas. 6. A possibilidade de interdição de sociopatas que já cometeram crimes violentos deve ser analisada sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição - ainda que parcial - dos deficientes mentais, ébrios habituais e os viciados em tóxicos (art. 1767, III, do CC-02). 7. Em todas essas situações o indivíduo tem sua capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrolável, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade, e que podem atingir até a sua própria integridade física sendo também ratio não expressa, desse excerto legal, a segurança do grupo social, mormente na hipótese de reconhecida violência daqueles acometidos por uma das hipóteses anteriormente descritas, tanto assim, que não raras vezes, sucede à interdição, pedido de internação compulsória. 8. Com igual motivação, a medida da capacidade civil, em hipóteses excepcionais, não pode ser ditada apenas pela mediana capacidade de realizar os atos da vida civil, mas, antes disso, deve

ela ser aferida pelo risco existente nos estados crepusculares de qualquer natureza, do interditando, onde é possível se avaliar, com precisão, o potencial de auto-lesividade ou de agressão aos valores sociais que o indivíduo pode manifestar, para daí se extrair sua capacidade de gerir a própria vida, isto porquê, a mente psicótica não pendula entre sanidade e demência, mas há perenidade etiológica nas ações do sociopata. 9. A apreciação da possibilidade de interdição civil, quando diz respeito à sociopatas, pede, então, medida inovadora, ação biaxial, com um eixo refletindo os interesses do interditando, suas possibilidades de inserção social e o respeito à sua dignidade pessoal, e outro com foco no coletivo - ditado pelo interesse mais primário de um grupo social: a proteção de seus componentes -, linhas que devem se entrelaçar para, na sua síntese, dizer sobre o necessário discernimento para os atos da vida civil de um sociopata que já cometeu atos de agressão que, in casu, levaram a óbito três pessoas.10. A solução da querela, então, não vem com a completa abstração da análise da capacidade de discernimento do indivíduo, mas pela superposição a essa camada imediata da norma, da mediata proteção do próprio indivíduo e do grupo social no qual está inserido, posicionamento que encontrará, inevitavelmente, como indivíduo passível de interdição, o sociopata que já cometeu crime hediondo, pois aqui, as brumas da dúvida quanto à existência da patologia foram dissipadas pela violência já perpetrada pelo indivíduo. 11. Sob esse eito, a sociopatia, quando há prévia manifestação de violência por parte do sociopata, demonstra, inelutavelmente, percepção desvirtuada das regras sociais, dos limites individuais e da dor e sofrimento alheio, condições que apesar de não infirmarem, per se, a capacidade do indivíduo gerenciar sua vida civil, por colocarem em cheque a própria vida do interditando e de outrem, autorizam a sua curatela para que ele possa ter efetivo acompanhamento psiquiátrico, de forma voluntária ou coercitiva, com ou sem restrições à liberdade, a depender do quadro mental constatado, da evolução - se houver - da patologia, ou de seu tratamento. 12. Recurso especial provido. (REsp 1306687/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 22/04/2014)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CUMPRINDO PENA DE 12 ANOS, 9 MESES E 18 DIAS DE RECLUSÃO, EM

REGIME FECHADO, POR EXTORSÃO QUALIFICADA E ROUBO QUALIFICADO. ANTERIOR CUMPRIMENTO DE MEDIDA DE SEGURANÇA, EM RAZÃO DE DIVERSOS OUTROS DELITOS. PEDIDOS INDEFERIDOS DE PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. REALIZAÇÃO DE EXAME PSICOLÓGICO PERICIAL. CONSTATAÇÃO QUE O PACIENTE É PORTADOR DE TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISOCIAL. NÃO COMPROVADO O MÉRITO SUBJETIVO DO PACIENTE PARA O ALCANCE DOS BENEFÍCIOS PLEITEADOS. EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE DE SUA REALIZAÇÃO. SÚMULA 439/STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT, COM CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO, PARA QUE O JUÍZ DA EXECUÇÃO PENAL EXAMINE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. ORDEM DENEGADA, COM RECOMENDAÇÃO QUE O JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL AVALIE A NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO DO PACIENTE EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA PARA FINS DE TRATAMENTO DOS TRANSTORNOS MENTAIS DIAGNOSTICADOS NO LAUDO PERICIAL. 1. Conforme entendimento cristalizado nesta Corte Superior, a realização do exame criminológico pode ser solicitada quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem. Súmula 439/STJ. 2. O exame criminológico constitui um instrumento necessário para a formação da convicção do Magistrado, de maneira que deve sempre ser realizado como meio de se obter uma avaliação mais aprofundada acerca do merecimento do apenado para obter a progressão de regime, ocasião em que o terá maior contato com a sociedade. De outra parte, é procedimento que não constrange quem a ele se submete, pois se trata de avaliação não-invasiva da pessoa, já que se efetiva por meio de entrevista com técnico ou especialista, não produzindo qualquer ofensa física ou moral. 3. O paciente foi submetido a exame pericial, onde foi constatado que ele é portador de Transtorno de Personalidade Antissocial (CID-X:F 60.2), e os peritos esclareceram que pessoas portadoras desse tipo de transtorno são de difícil tratamento, pois possuem atitudes persistentes de irresponsabilidade e desrespeito por normas e regras e que o comportamento prisional do sentenciado foi marcado por conduta desafiadora e agressiva. 4. Parecer do MPF pela denegação da ordem; opina pela concessão

da ordem de ofício, para que o Juízo das Execuções Penais avalie a possibilidade de internação do ora paciente em hospital de custódia para fins de tratamento dos transtornos mentais diagnosticado em laudo pericial. 5. Ordem denegada, com recomendação para que o Juízo da Execução Penal avalie a necessidade de internação do ora paciente em hospital de custódia para fins de tratamento dos transtornos mentais diagnosticado em laudo pericial. (HC 141.640/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 21/03/2011)

Com base nas jurisprudências, ressalta-se a importância da adoção de um mecanismo eficiente para se medir o grau de consciência dos agentes portadores de transtorno da psicopatia, para uma determinação mais adequada e segura da resposta estatal: se pena ou medida de segurança.

Válido, ainda, chamar a atenção para a questão relativa aos ambientes de execução tanto da pena quanto da medida de segurança, visto que, tanto numa quanto noutra, importante frisar que o sistema penal brasileiro deve focar na recuperação do agente, vislumbrando o não retorno à prática de crime ou de injusto penal, vale dizer, sua recuperação penal, no caso do imputável, ou um tratamento eficaz que viabilize uma possível cura ou o controle da doença mental, no caso do inimputável.

5 Considerações finais

A partir desse estudo, foi possível constatar que a psicopatia não consiste em uma doença mental ou tampouco no desenvolvimento mental incompleto ou retardado, vez que não provoca qualquer mudança na capacidade psíquica do indivíduo. Trata-se portanto, de um transtorno de personalidade e não uma enfermidade psíquica.

O psicopata conhece as normas e leis, bem como suas consequências. Por serem indivíduos instáveis e pelo fato de não sentirem medo, frustração, culpa ou remorso, são propensos à reincidência em condutas típicas, fatores que devem ser considerados no momento de reduzir a pena de um indivíduo portador do transtorno de personalidade.

Apesar da existência de pesquisas que buscam respostas para o fenômeno da psicopatia, ainda há muitos posicionamentos controversos no que diz respeito ao seu conceito, origens, diagnóstico e possibilidades de tratamento. A divergência entre as classes médicas e jurídicas pode gerar um debate complexo durante o curso do

processo, pois a culpabilidade do agente e a sua responsabilização entram em conflito com a eficaz aplicabilidade da pena.

Por outro lado, a incapacidade de uma prestação jurisdicional plena tem como causas principais o aumento de reincidência delituosa destes agentes, a deficiente reinserção na sociedade, a interação entre psicopatas e não psicopatas, aumentando a propagação deste mal, a possibilidade de sanção infrutífera etc.

É cediço que as leis específicas de ordenamentos jurídicos de outros países produzem resultados com bons efeitos e indicam a possibilidade de uma diminuição nos casos em que agentes psicopatas atuam, conferido, a eles, a devida responsabilização com as respostas adequadas e satisfatórias. Destaca-se positivamente o PCR-L, modelo padrão utilizado em determinados países, o que veio a demonstrar uma diminuição nos episódios mais violentos e grande repercussão midiática.

Assim, pela forma como vêm sendo considerados os autores de condutas, portadores de psicopatia, ou seja, considerados imputáveis sem diferenciá-los dos demais apenados, percebe-se a importância da realização de exames criminológicos de maneira segura e objetiva, não apenas no momento da execução da pena, mas, durante a própria instrução criminal. Vale citar a possibilidade da utilização de métodos de identificação, como o PCL-R, aplicado por profissionais especializados, com autonomia e independência para a elaboração de seus laudos técnicos.

Dessa forma, diante da realidade do sistema penal brasileiro, no qual não existe preparo para enfrentamento desses casos, deixar apenas a cargo do juiz, o destino desses indivíduos não seria a melhor solução.

Por fim, conclui-se que, mesmo que se denote a necessidade de se aplicar, ao psicopata, uma medida protetiva com a devida internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, na prática, não é o que ocorre.

A maioria dos magistrados entende que tais agentes devem ser privados de sua liberdade, em presídios de segurança máxima, em virtude de seu alto grau de periculosidade, mas sem a substituição da pena por uma medida de segurança. Para além disso, por cometerem várias condutas em concurso de crimes, o que culmina em penas demasiadamente longas, acabam sendo mantidos na condição de reclusos por muito tempo, mas, em algum momento, serão colocados em liberdade sem ao certo se saber se terão realmente condições de reinserção na sociedade.

5 Referências

Associação Americana de Psiquiatria. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. Tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento. 5. ed. Porto Alegre: Artmed. 2014. 947 p.

BRUNO, A. Tórtora G. **Psicologia forense, sexologia e práxis.** Ano 3, vol. 2, n. 4, 1996. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/site/DefaultLimpo.aspx?area=NO/LerNoticia&idNoticia=72>. Acesso em: 14 mar. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal simplificado.** Parte Geral. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 341 p.

DERCIRIER, Freire. **Paranoia e crime:** do direito à psicanálise. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2015. 151 p.

GACONO, C. B. ***The Use of the psychopathy check list Revised (PCL-R) and Rorschach in treatment palnning with antissocial personality Disordered Patients.*** v. 42. 1998.

HARE, Robert D. ***Psychopathy and Antisocial Personality Disorder: A Case of Diagnostic Confusion.*** 1998. Disponível em: <http://www.psychiatrictimes.com/antisocial-personality-disorder/psychopathy-and-antisocial-personality-disorder-case-diagnostic-confusion>. Acesso em: 10 mar. 2021.

HISTÓRIAS DA MEDICINA(ASKLEPIO). HISTÓRIA DA PSICOPATIA E PERSONALIDADE PSICOPÁTICA. Disponível em: <https://asklepio.com.br/2019/11/14/historia-da-psicopatia-e-personalidade-psicopatica/>. Acesso em: 19 out. 2020.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1 ISBN 978-85-02-01804-4. 764 p.

JUSBRASIL. **Conceito de Pena.** 2016. Disponível em: <https://jmnassessoria.jusbrasil.com.br/artigos/352321585/conceito-de-pena>. Acesso em: 23 mar. 2021.

JUSBRASIL. **Medidas de segurança na legislação penal.** 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/652994258/medidas-de-seguranca-na-legislacao-penal>. Acesso em: 23 mar. 2021.

KOLB, L. C. **Psiquiatria clínica**. Interamericana, 1976, RJ. Disponível em: <http://psiquiatriabiblica.blogspot.com.br/2008/11/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas 2010. 576 p.

MORANA, H. **Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial**. São Paulo, 2003. 178f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-14022004-211709/publico/HildaMorana.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

NUNES, Rafaela Pacheco; SILVA, Roberta Christie P. da. *et al.* **A psicopatia no direito penal brasileiro: respostas judiciais, proteção à sociedade e tratamentos adequados aos psicopatas – uma análise interdisciplinar**. *In*: Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Disponível em: www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-9.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

OLIVEIRA, Priscila. **Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>. Acesso em: 14 mar. 2021.

OLIVEIRA, Valéria. **O Psicopata frente ao Código Penal Brasileiro**. 2017. Disponível em: <https://alerinha.jusbrasil.com.br/artigos/492181526/o-psicopata-frente-ao-codigo-penal-brasileiro>. Acesso em: 14 mar. 2021.

PORTAL ÂMBITO JURÍDICO. **Psicopatas: como são tratados no sistema penal brasileiro**. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/psicopatas-como-sao-tratados-no-sistema-penal-brasileiro/>. Acesso em: 20 out. 2020.

Revista Corpo e Mente: **A cada 25 pessoas no Brasil, uma é psicopata**. Disponível em: <http://www.revistacorpoeamente.com.br/noticias/a-cada-25-pessoas-no-brasil-uma-epsicopata-diz-autora-de-best-sellers>. Acesso em: 20 out. 2020.

SANTOS, Luciana. **O tratamento à psicopatia no Direito Penal Brasileiro**. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54432/o-tratamento-psicopatia-no-direito-pena-brasileiro#:~:text=Pois%20como%20foi%20visto%2C%20s%C3%B3,car%C3%A1ter%20il%C3%ADcito%20do%20ato%20praticado>. Acesso em: 14 mar. 2021.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado.** Rio de Janeiro: Objetiva. 2008.

SITE TERRA. **Doença mental é responsável por 10% dos crimes.** 2014. Disponível em: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/doencas-e-tratamentos/doenca-mental-e-responsavel-por-10-dos-crimes-dizestudo.html>. Acesso em: 10 out. 2020.

SPÍNOLA, Camila. **A Ineficácia da Pena Privativa de Liberdade em Face do Psicopata Criminoso: um Estudo à Luz do Artigo 26 do Código Penal Brasileiro.** 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-ineficacia-da-pena-privativa-de-liberdade-em-face-do-psicopata-criminoso-um-estudo-a-luz-do-artigo-26-do-codigo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 14 mar. 2021.

ARBITRAGEM: MEIO ADEQUADO À SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

SÔNIA MARIA VALGAS: Servidora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais aposentada. Discente do 10º Período do Curso de Direito.

ISABELA CRISTINA DA SILVA⁶⁹

(coautor)

Resumo: Ladeando o formalismo do poder jurisdicional do Estado, a arbitragem mostra-se como alternativa viável, pois, utiliza mecanismos mais ágeis e flexíveis para a solução dos conflitos. Amparado nos ditames da liberdade e da autonomia da vontade, em todas as etapas do procedimento arbitral são resguardados, como no processo tradicional, as garantias do Estado Democrático de Direito, constitucionalmente estabelecidas e sobre as quais se solidificam os pilares da democracia. Da análise destes temas, tem-se a formação do que se espera da arbitragem na atualidade, não como mágica solução para todas as dificuldades enfrentadas no processo tradicional, mas como alternativa adequada, disponível aos que se enquadrarem aos seus pressupostos.

Palavras-chave: Arbitragem, autonomia da vontade, liberdade, jurisdição, flexibilidade.

Abstract: Flanking the formalism of the State's judicial power, arbitration is shown to be a viable alternative, as it uses more agile and flexible mechanisms to resolve conflicts. Supported by the dictates of freedom and autonomy of the will, in all stages of the arbitration procedure, as in the traditional process, the guarantees of the Democratic State of Law, constitutionally established and on which the pillars of democracy are solidified, are safeguarded. From the analysis of these themes, there is the formation of what is expected from arbitration today, not as a magic solution to all the difficulties faced in the traditional process, but as an adequate alternative, available to those who fit their assumptions.

69 Discente do 10º período do Curso de Direito do Centro Universitário UNA/BH.

Key-words: Arbitration, autonomy of will, freedom, jurisdiction, flexibility.

1 Introdução

Muito tem se debatido acerca da utilização de métodos adequados para a solução de conflitos e, diante realidade atual, emerge a necessidade de se buscar alternativas que minimizem o cenário caótico porque passa o sistema jurisdicional brasileiro.

Diante desse contexto, a arbitragem apresenta-se como uma dessas alternativas, pois se mostra de efetiva qualidade ao aliar a celeridade, a flexibilidade, a eficácia da sentença, a imparcialidade e a especialidade do árbitro à participação mais democrática das partes, tudo em procedimento de caráter sigiloso, o que garante uma maior segurança aos litigantes.

A arbitragem trata-se de um método heterocompositivo de solução de conflitos, definido por Selma Ferreira Lemes como “modo extrajudiciário de solução de conflitos em que partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral”(2007, p. 59).

Ao lado da jurisdição exercida pelo Estado, para César Fiuza, (1995, p. 63) a arbitragem é, como forma de resolução de conflitos, anterior à própria justiça pública, quando comunidade, voluntariamente, buscava um de seus membros, geralmente um ancião da confiança de todos, para que, dotado de sabedoria, desse a solução para as controvérsias surgidas entre os membros. Assim, os primeiros juízes, de que se tem notícia, eram “árbitros”, cuja atuação se dava pela exclusiva vontade dos contendores, exercendo a tarefa de dirimir conflitos, independente do poder do chefe da comunidade.

Assim, a decisão das demandas pela força, num regime de vingança privada, evoluiu para a escolha da pessoa que mais se destacava em uma comunidade primitiva para resolver as desavenças.

Desta forma, pode-se dizer que a origem da arbitragem, no decorrer da história da humanidade, remete-se à Babilônia, passando pela Judéia e, posteriormente, pela Grécia antiga, onde se tinha, inclusive, no Tratado Atenas-Esparta, datado de 445 a.C, um conteúdo muito parecido com a atual cláusula compromissória. Vale lembrar que o referido Tratado pôs fim ao conflito entre aquelas duas cidades. Já os Romanos

utilizaram amplamente a arbitragem, prevista no *Corpus Iuris Civilis*, organizado no governo do Imperador Justiniano.

No Brasil, o primeiro diploma legal que tratou da arbitragem foi a Constituição Imperial de 1824, e, logo após, o Código Comercial de 1850, seguindo-se por outros diplomas normativos e culminando-se com a promulgação da Lei de Arbitragem Brasileira - Lei 9.307/1996.

Intrinsecamente ligada ao princípio da autonomia da vontade, na arbitragem, as partes livremente pactuam quanto à eleição de tal via, renunciando à jurisdição do Estado, isto quando ainda nem há litígio, ou seja, ainda na fase contratual.

Surgido o conflito, numa perspectiva estrutural diversa da oferecida pelo Judiciário e independente da existência de prévia cláusula compromissória, as partes podem abrir mão do poder estatal e eleger a arbitragem para processá-lo e julgá-lo. Nesse sentido, caberá aos próprios litigantes desde a escolha do local em que se dará a arbitragem e o árbitro de sua preferência até a definição do procedimento a ser seguido, não mais se sujeitando às normas processuais rígidas, com procedimentos pré-estabelecidos e de pouca ou nenhuma flexibilidade, além de serem muito demorados.

Nos dizeres de Antônio Carmona, (2004, p.21) “a Lei de Arbitragem está centrada numa pilastra importantíssima, que é a autonomia da vontade”, mas assevera que tal autonomia traz, consigo, a significativa responsabilidade de não mais poder dela abrir mão, a não ser por mútuo consentimento das partes. Afirma, ainda, o renomado arbitralista (2004, p.21), que o árbitro não está restrito às regras do Código de Processo Civil, o que torna o procedimento arbitral mais flexível.

Por outro lado, Leonardo Corrêa (2017), pondera que:

as festejadas maravilhas da flexibilidade devem ser vistas *cum granus salis*. Um formalismo exacerbado, de fato, não é solução. Todavia, não me parece razoável que duas partes em um conflito de interesses sejam desprovidas de regras básicas de modo a regular sua disputa adversarial.

Assim, partindo dos fundamentos jus-filosóficos acerca da arbitragem, o presente artigo analisará a sua natureza jurídica e a sua adequação ao Estado

Democrático de Direito, a partir dos pilares da liberdade e da autonomia da vontade, bem como seus principais norteadores sem, no entanto, perder de vista os fundamentos constitucionais, marcos capitais impostos tanto à jurisdição estatal quanto à jurisdição privada.

A busca do procedimento mais adequado para a solução do conflito posto no direito material há que se dar em observância às garantias do devido processo legal, quais sejam, a igualdade (art. 5º, *caput* e I, da Constituição Federal), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal), a imparcialidade e a independência jurídica dos árbitros (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal, e arts. 13 a 18 da Lei 9.307/1996) e o livre convencimento, princípios que, mesmo em sede de arbitragem, formam, com a liberdade e a autonomia da vontade, o sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se que a própria Lei de Arbitragem – Lei 9.307/1996, em seu art. art. 21, §2º, aduz que “serão sempre respeitados, no procedimento arbitral, os princípios do livre contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”, culminando em nulidade o desrespeito a tal norma, como determina o art. 32 da mesma lei: “é nula a sentença arbitral se: VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”.

A relevância do tema, portanto, dar-se-á com a análise acerca da convivência entre a jurisdição, poder do Estado, e a arbitragem, esfera privada do indivíduo. Conforme o Professor Frank Sander (2018, p. 505), dentre os outros métodos postos à disposição dos envolvidos em um sistema “multiportas”, ladeando a jurisdição, a arbitragem mostra-se como uma alternativa viável e significativa de solução de conflitos.

2 Arbitragem: natureza jurisdicional e sua adequação ao Estado Democrático de Direito

Em 23 de outubro de 2000, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Fátima Nancy Andrighi, numa palestra proferida na Junta Comercial do Estado de São Paulo, quando da solenidade de instalação do Tribunal Arbitral do Comércio daquele Estado. Na referida oportunidade, discorrendo sobre o acesso à justiça, apresentou o trecho de um decreto do Imperador chinês Hang Hsi, datado de meados do século VII (Sprenkel, 1962, p. 77):

Ordeno que todos aqueles que se dirigirem aos tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração, de tal forma que se desgostem tanto da ideia do Direito quanto se apavorem com a perspectiva de comparecerem perante um magistrado. Assim o desejo para evitar que os processo se multipliquem assombrosamente, o que ocorreria se inexistisse o temor de se ir aos tribunais. O que ocorreria se os homens concebessem a falsa ideia de que teriam à sua disposição uma justiça acessível e ágil. O que ocorreria se pensassem que os juízes são sérios e competentes. Se essa falsa ideia se formar, os litígios ocorrerão em número infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade.

A inspiração colacionada pela renomada Ministra do STJ leva à reflexão acerca dos mecanismos de acesso à uma ordem jurídica justa, que se molda ao Estado Democrático de direito, bem como se estes vêm desempenhando a contento as diretrizes constitucionais, sendo certo de que tal preceito vai muito além do mero acesso ao judiciário.

Segundo recente diagnóstico do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, publicado na Revista Justiça em Números, ano 2020, o Poder Judiciário encerrou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação no Brasil, para uma população de pouco mais de duzentos milhões de habitantes, o que demonstra uma morosidade e uma baixa efetividade da jurisdição estatal na finalização das demandas.

Neste sentido, abrem-se as portas para que se alinhem outras formas de busca à tão almejada ordem jurídica, não sendo estritamente a jurisdição estatal sua única via de acesso. Dada à multiplicidade de conflitos, há que se dispor de meios adequados de solução que abriguem cada tipo, como a via negocial, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Assim, caberá aos interessados, em certos casos, buscar métodos autocompositivos, como a conciliação ou a mediação, vencida a fase negocial ou, em outros conflitos, os métodos adversariais.

Quanto aos adversariais ou heterocompositivos se extrai que aqueles conflitos oriundos de relações privadas disponíveis, entre pessoas capazes, podem ser

solucionados pela via arbitral e aqueles que, por se tratar de direitos indisponíveis, ou por mera liberalidade das partes, serão levados diretamente ao crivo da jurisdição.

No presente trabalho dar-se-á enfoque à arbitragem traçando uma correlação entre sua natureza jurídica e a função jurisdicional do Estado.

A palavra jurisdição, de origem latina, *juris* (direito) e *dictio* (dizer), tem como significado etimológico: função de dizer o direito, definida pelo Professor José Eduardo Carreira Alvim (2014, p. 64) como “função do Estado, pelo qual este atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses, com o fim de resguardar a paz social e o império do direito”.

A busca pela jurisdição para a solução dos conflitos predomina no decorrer da história da humanidade, possuindo o Estado tal monopólio. Todavia, o desgaste progressivo do judiciário ante à crise de ineficiência, aliada às falhas do sistema e, por outro lado, a evolução científica e tecnológica, acabou por provocar um crescimento da busca por alternativas eficazes para a solução de conflitos, especialmente na seara das relações privadas, domésticas e internacionais, culminando num significativo interesse pela técnica da arbitragem.

Métodos privados como a arbitragem pressupõem maior rapidez, eficiência, especificidade, tornando mais viável a relação custo-benefício quanto a seu uso, o que a torna mais atraente, apesar de existir ainda alguma resistência, tendo em vista o receio de redução do monopólio estatal quanto à jurisdição. É o que pondera Joel Dias Figueira Júnior (1999, p. 30), em seu estudo comparado, “a arbitragem proporciona facilidades incomuns aos litigantes como segurança, tecnicidade, rapidez, sigilo e economia na eliminação de divergências, tanto no plano nacional como no internacional”.

Na verdade, o que se vislumbra não é o enfraquecimento da jurisdição, mas, apenas, a busca da solução mais adequada de um conflito existente por métodos que, ante à liberdade prevista em um estado democrático de direito, sejam mais viáveis, garantida a autonomia da vontade das partes.

A arbitragem, como dito alhures, é modalidade que acompanha a humanidade desde tempos primitivos. Deriva do latim *arbiter*, que significa juiz, jurado. A eminente Ministra Nancy Andrighi nos dá conta de que, ao longo do tempo, juízes e árbitros possuem equivalente poder de julgar. Para ela, não há mais espaço para dicotomias:

É preciso afastar a nossa formação romanista, incrustada em nossa consciência de que só o juiz investido das funções jurisdicionais é que detém o poder de julgar. Há muito que os processualistas italianos já visualizavam a equivalência das jurisdições. Assim, não é mais novidade em outros países, que iguais são os trabalhos do juiz e do árbitro. (outubro/2000)

Anos depois, em setembro de 2015, a mesma Ministra ressalta que “a competência do árbitro é de natureza absoluta. Ele é um aliado na árdua tarefa de julgar. E é dever dos juízes togados respeitar os princípios basilares da arbitragem” (setembro/2015).

Deste modo, o árbitro, por opção das partes, é uma pessoa (jurídica ou física) especializada no assunto a ser submetido à arbitragem, a fim de que se chegue à solução mais adequada tecnicamente (Donizetti, 2016, p. 129).

Fred Didier (2014, p. 15) define os principais aspectos da arbitragem:

A arbitragem é uma técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes procuram uma terceira pessoa, de confiança, de caráter imparcial do litígio. Essa é uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos em que um terceiro imparcial decide com base procedimental na lei federal nº. 9.307/96. Esse meio de resolução de conflitos compreende dois tipos de convenções: a) cláusulas compromissórias; b) compromissos arbitrais. Em cada um deles, pode-se estipular que o conflito é resolvido por meio dessa via. A arbitragem, no Brasil, é regulamentada pela Lei Federal n. 9.307/96. Pode ser constituída por meio de um negócio jurídico denominado convenção de arbitragem que, na forma do art. 3º da Lei n. 9.307/96, compreende tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitragem. Cláusula compromissória é a convenção em que as partes resolvem que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem, prévia e abstratamente; as partes, antes do litígio ocorrer, determinam que, ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja ele, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á

pela arbitragem. Compromisso arbitral é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional estatal, relativamente, a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável.

Quanto à definição de sua natureza jurídica, tal instituto apresenta enorme complexidade, o que ocasionou debates acirrados entre os juristas, tanto na doutrina pátria quanto no direito comparado.

Na obra Teoria Geral da Arbitragem os autores José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheim e André Luiz Monteiro relacionam três teorias acerca da natureza jurídica da arbitragem.

A Teoria Contratualista (ou privatista), cujo maior expoente foi Giuseppe Chiovenda, é defendida por renomados doutrinadores processuais civis, embora não seja a corrente majoritária no Brasil. Para essa corrente, uma vez que se origina na vontade das partes e delas depende, a decisão proferida não passa de um reflexo de tal acordo, conferindo-se, assim, uma natureza contratual à arbitragem. Nesta mesma linha, o Ministro Teori Zavascki, o processualista Cassio Scarpinella Bueno e o Desembargador Alexandre Freitas Câmara negam a natureza jurisdicional da arbitragem.

Como sabido, jurisdição é uma das três funções classicamente atribuídas ao Estado, ao lado da função legislativa e da administrativa. E função estatal por definição e, portanto, não se pode aceitar a tese da natureza jurisdicional de outros mecanismos de resolução de conflitos, como é o caso da arbitragem. (CÂMARA, 2015, p. 30)

Já a Teoria Jurisdicional (ou publicista) da arbitragem é majoritária no Brasil, sendo defendida pela maioria dos doutrinadores. A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier assim se pronuncia (2007, pg.11) quanto ao tema:

Nesse contexto, encarta-se a arbitragem. Cabe, então lembrarmos, aqui, a polêmica consistente em se saber se a arbitragem é, ou não, atividade jurisdicional. Parece que a opção do legislador da Lei 9.307/1996 foi a de dar mais relevância à

arbitragem, pois a decisão final dos árbitros foi elevada à categoria de título judicial, quando de natureza condenatória. Não existe mais a necessidade de que a decisão do árbitro seja homologada pelo Poder Judiciário. Assim, se se tomar em conta a natureza da atividade, e não quem a desempenha – que, no caso, não é o Estado – somando-se a isso à força (= o grau de eficácia) que lei atribui à decisão do árbitro, parece correto afirmar-se que se trata de atividade jurisdicional. É necessário, porém, que se diga que existe, em tese, a possibilidade de que a sentença arbitral se submeta ao controle do Judiciário. Existe a demanda de impugnação da sentença arbitral, cuja propositura pode dar-se nos 90 dias subsequentes à notificação da decisão final dos árbitros. Os possíveis resultados desta ação são a anulação da decisão, de que decorre a necessidade de que se recomece tudo de novo (art. 32, I, II, VI, VII e VIII da Lei 9.307/1996) ou a correção do vício, com o proferimento de nova decisão. Os árbitros não exercem plenamente a atividade jurisdicional, pois, por exemplo, há matérias sobre as quais não podem decidir e também não apreciam existência e validade de lei em tese, nem fixam qual seria a correta interpretação do direito. Mas estas limitações e a possibilidade de que a decisão dos árbitros seja ‘controlada’ pelo Poder Judiciário não descaracterizam, a nosso ver a atividade dos árbitros como jurisdicional, mas faz com que não se possa afirmar categoricamente que a arbitragem seja um equivalente jurisdicional, em termos absolutos.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2010, pg. 1531) afirmam que “a natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição”, e o “o árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito no caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes”. Do mesmo modo, Humberto Theodoro Junior (2005, p.330) ensina:

se, no regime anterior à Lei 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que sair vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicista.

No mesmo viés Carlos Alberto Carmona (2009, p. 26), ao afirmar que “o legislador optou por adotar a tese da jurisdicionalidade na arbitragem”. Tal posicionamento é confirmado com o advento da Lei 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, pelo que se depreende do teor do art. 42: “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”.

José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019, p. 45) também fundamentam que a arbitragem possui natureza jurisdicional:

Primeiramente, não nos parece correto dizer, com vistas nos ordenamentos constitucional e legal brasileiros, que a jurisdição é monopólio estatal, pois, na verdade, a exclusividade do Estado se limita, quanto ao objeto, aos atos indisponíveis e, quanto aos meios, aos atos de império, como, aliás, também ocorre em outros países e já vem sendo reconhecido pela doutrina. [...] Trata-se, inegavelmente, de jurisdição. Ressalte-se, ainda que, quando se analisa a natureza jurídica da arbitragem, o foco de análise deve o ser o processo arbitral. Afinal, só existe arbitragem a partir de sua instituição, na forma do art. 19 da Lei de Arbitragem. Em outras palavras, o que se quer dizer é que *não parece adequado incluir no debate a respeito da natureza jurídica da arbitragem o exame da convenção arbitral (cláusula compromissória e compromisso arbitral), pois essa é ato com outra natureza, anterior e exterior ao processo arbitral*. Essa mistura de institutos, com o devido respeito, pode ser o equívoco da teoria mista da arbitragem, que dá muito destaque à origem contratual da convenção arbitral para explicar a natureza jurídica da arbitragem.

Quanto ao entendimento jurisprudencial, o STJ já reconheceu a natureza jurisdicional da arbitral em alguns julgados, conforme se destaca no voto da Ministra Nancy Andrighi, no Conflito de Competência 113.260/SP:

os argumentos da doutrina favoráveis à jurisdicionalidade do procedimento arbitral, revestem-se de coerência e racionalidade. O Ministro Sidnei Beneti, apesar de se opor a voto da relatora,

consignou que “não se nega que a jurisdição arbitral seja também jurisdição”.

Por fim, tem-se a Teoria Mista, em que se agrupam características das duas anteriores. Para seus adeptos, a arbitragem começa em acordo com vontades delimitado em convenção de arbitragem, porém a sentença arbitral possui efeitos de caráter jurisdicional.

Cezar Fiúza (1995, p. 42) salienta que é exatamente no fato do árbitro não possuir função jurisdicional que reside o escopo da arbitragem. Para o civilista, caso assim não fosse, o árbitro teria o exercício normal de jurisdição.

Selma Ferreira Lemes (2007 p. 61) assevera que a arbitragem possui “a natureza híbrida, que em nosso entender melhor se coaduna com a arbitragem”, ressaltando ser ela “contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto”.

Percebe-se, da análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, que a garantia constitucional prevista no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988, ao consagrar o direito ao acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição, deve ser interpretada como a acessibilidade a uma ordem jurídica justa e que permita ao cidadão escolher entre os mecanismos, que proporcionem a pacificação social via solução dos conflitos, aquele que mais se adequa ao seu interesse. É o entendimento esboçado por Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 126), ou seja que a pacificação social pode vir tanto pelos mecanismos estatais quanto outros equivalentes que, muitas das vezes, podem ser até mais eficazes:

Essa perspectiva teleológica do sistema processual sugere a equivalência funcional entre a pacificação estatal imperativa e aquelas outras estatais, e jamais dotadas do predicado da inevitabilidade, com que se buscam os mesmos objetivos e a mesma utilidade social. Na doutrina moderna, há prestigiosa voz afirmando a natureza jurisdicional do juízo arbitral (Carlos Alberto Carmona) e sabe-se que, em alguns casos, os meios alternativos são capazes de produzir resultados melhores que os da jurisdição estatal. Nesse quadro, é legítimo considerar ao menos parajurisdicionais as atividades exercidas pelo árbitro.

Desta forma, pode-se concluir que a arbitragem está plenamente sintonizada com as modernas diretrizes do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a própria CRFB/1988 a legitima, ao tê-la inserido em seu texto, de acordo com a interpretação do citado art. 5º, XXXV. Além desse dispositivo, a expressa previsão de tal instituto no art. 114, da Carta Magna, no que concerne ao direito do trabalho, demonstra que a arbitragem ganhou especial relevo entre os direitos constitucionais. É o que demonstra Fred Didier (2008, p. 61):

O estado brasileiro autoriza, não só pela Lei, mas também em nível constitucional (Art. 114, §§1º e 2º, CF), o exercício da jurisdição por juízes privados. Perceba-se, ainda, que ao escolher a arbitragem, os indivíduos não estão abrindo mão de suas garantias processuais básicas e indispensáveis (os corolários do devido processo legal), porquanto deva o árbitro respeitar todas elas, sob pena de invalidade de sua decisão.

Vê-se, portanto, a partir desse cenário legal, que a solução dos conflitos não está adstrita ao paradigma da jurisdição estatal, sendo esta imperativa apenas nos casos já previstos no ordenamento jurídico, ou seja, sempre que houver vedação legal a outros meios pacificadores. A arbitragem, pois, é meio que pode ser amplamente utilizado, pois o princípio da autonomia da vontade é uma de suas forças motoras do Estado Democrático de Direito.

3 Liberdade e autonomia da vontade: fundamentos jusfilosóficos da arbitragem.

Como já se viu, a arbitragem, como método heterocompositivo de resolução de conflitos, por sua própria natureza, liga-se à autonomia da vontade. Assim, no procedimento arbitral, as partes voluntariamente pactuam por esta via e, em contrapartida, renunciam à jurisdição do Estado. Trata-se, portanto, da vontade livre, consciente e soberana dos indivíduos, harmonizando com a maioria dos sistemas legais disseminados pelo mundo. A autonomia da vontade é portando um dos pilares sobre o qual se assenta este método adequado de resolução de conflitos.

A este respeito, Igoor Raatz (2019, p. 89) discorre acerca do equilíbrio de forças que há de reinar entre o público e o privado, haja vista ser o cidadão o seu principal destinatário:

O Estado Democrático de Direito se contrapõe a relação pendular entre o privado e o público presente na contraposição entre

Estado Liberal e Estado Social. Na verdade, busca-se um equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública, o que já significa pensar o espaço público numa dimensão democrática. Sobreleva aqui uma cooriginariedade entre o direito e o mecanismo para a geração do direito legítimo (princípio democrático), espelhada na noção de *autolegislação do cidadão*, a exigir que aqueles que estão submetidos aos direitos como destinatários seus possam entender-se como autores do próprio direito. Desse modo, não se mostra mais crível falar numa prevalência a priori do interesse público sobre o privado, nem do interesse privado sobre o público "*já que nem o público pode ser mais visto como estatal nem o privado como sinônimo de egoísmo*".

À autonomia da vontade associa-se, ainda, a boa-fé, que, como princípio norteador da teoria dos contratos, deverá ser observada em todas as suas fases, desde a pré-contratual, passando por sua vigência, até eventuais conflitos dele decorrentes.

Já no momento pré-contratual, em que as partes negociam os termos de sua pactuação, elas podem optar por inserir a cláusula compromissória, na qual elegem a via arbitral para a solução de possível contenda. Tal cláusula poderá, de maneira simplificada, apenas eleger a arbitragem como cláusula de eleição de foro e sua sede – a denominada cláusula compromissória vazia, ou mesmo convencionar uma cláusula cheia, em que se estabelecerá o norte a ser seguido no procedimento arbitral, as regras de seu desenvolvimento e de sua regulação.

No entanto, mesmo que não havendo a eleição da arbitragem na fase de elaboração contratual, em caso de surgimento de conflito, os contratantes ainda poderão optar por esta via, com a instauração direta do procedimento junto à Câmara Arbitral escolhida e a elaboração do respectivo compromisso arbitral.

Entretanto, a autonomia privada não exclui o respeito aos dispositivos legais aplicáveis ao caso, figurando, como princípio norteador do procedimento, o devido processo legal. Tal princípio, previsto no inciso VIII, do art. 32 da Lei 9.307/1994, determina a nulidade do procedimento arbitral quando desrespeitados os princípios do art. 21, § 2º, da citada Lei, *in verbis*:

Art. 21 - A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. [...]

§ 2º - **Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.** “
(destacado)

Para José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019, p. 33), a liberdade no procedimento arbitral possui respaldo constitucional, pois deve ser exercida sempre em respeito aos dispositivos legais aplicáveis fixados em consenso pelas partes:

a autonomia privada das partes decorre da garantia constitucional da liberdade individual, prevista no caput do art. 5º da Constituição da República. Neste sentido, pode-se dizer que a autonomia privada é o elemento que coloca o instituto da arbitragem ao abrigo da proteção constitucional. *A arbitragem é constitucional porque revela genuína expressão da liberdade individual.*

Já em seu art. 1º, a Lei 9.307/1994 estabelece que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” e normatiza quais litígios serão passíveis de solução por esta via e a capacidade das partes. Isso, por si só, já demonstra *a priori* o respeito aos princípios legais tanto da autonomia da vontade, quanto da igualdade das partes e do contraditório, visto que somente os capazes de contratar podem se utilizar da arbitragem. Em relação à matéria a ser discutida, apenas a relativa aos direitos patrimoniais disponíveis.

Nesta linha, a Lei 13.129/2015 alterou a redação do § 1º, do art. 3º da Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1994), conferindo-lhe um novo respiro, haja vista a inserção também da administração pública direta e indireta como partes na arbitragem, a saber: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Tal alteração consolidou uma longa discussão doutrinária acerca do tema e conferiu à arbitragem uma maior

amplitude, ficando compatível com a solução de conflitos também de interesse o público.

Ainda quanto ao devido processo legal, o art. 2º, da Lei 9.307/1994 estabelece que:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes: § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Por este dispositivo deduz-se que a decisão do árbitro, no caso concreto, poderá ocorrer incidindo-se o normativo legal positivo (arbitragem de direito) ou, se as partes assim o definirem, por equidade. Nesse contexto, o árbitro poderá utilizar, como parâmetro para seu julgamento, também os princípios gerais do direito, os usos e costumes, além das regras internacionais de comércio, novamente clarificando-se a liberdade de convenção entre as partes.

Com efeito, a expressão **direito positivo**, segundo José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019, p. 64):

não significa apenas e tão somente as regras escritas nesses diplomas legislativos (estatais ou não) mas também aos princípios jurídicos admitidos no conjunto de normas escolhidas, inclusive os princípios implícitos. A expressão "direito positivo", neste contexto, significa as normas jurídicas (regras escritas e princípios jurídicos) reconhecidamente incidentes no caso, seja este reconhecimento decorrente de previsão legal específica ou de construção doutrinária e/ou jurisprudencial. Assim, por exemplo, numa disputa a respeito da execução de um contrato de empreitada, em que as partes tenham estabelecido que o direito aplicável ao mérito da arbitragem será o da República Federativa do Brasil, os árbitros terão que julgar a controvérsia com base, especialmente, nos dispositivos do Código Civil

relacionados ao contrato de empreitada. Se, v.g., as partes convencionaram num acordo de acionistas que eventual conflito será solucionado por arbitragem com bases nas leis em vigor no Brasil, isso significa que a causa deverá ser examinada pelo tribunal arbitral a partir, especialmente, dos dispositivos previstos na Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 9404/76). Da mesma forma, caso surja um litígio a respeito do cumprimento de um contrato de prestação de serviços e as partes tenham convencionado a aplicação do direito brasileiro ao caso, o tribunal arbitral bem poderá decidir o caso, por exemplo, com base no reconhecimento da *surrectio* ou da *suppressio*, as quais consagram a modificação tácita da relação jurídica a partir do comportamento reiterado da parte. A *surrectio* significa a ampliação do conteúdo obrigacional mediante prática contínua de usos e costumes locais admitidos pelas partes na execução do contrato. A *suppressio*, por sua vez, corresponde à mesma situação encarada pelo prisma inverso, na qual ocorre a redução do escopo obrigacional pelo fato de uma das partes ter deixado de exercer um direito durante um lapso temporal... essa aplicação somente é possível porque o Direito brasileiro expressamente reconhece esses institutos.

A arbitragem por equidade é muito pouco utilizada no Brasil. Trata-se de exceção no sistema arbitral e só pode ser levada a efeito por estrita concordância das partes. É cediço que a expressão “equidade”, por ter natureza polissêmica, causa debates tanto no direito pátrio, quanto na doutrina comparada. Há controvérsias quanto à extensão da liberdade dos árbitros de proferir sua decisão em desacordo com o direito positivo ou se poderiam até desconsiderar também as cláusulas contratuais expressas pelas partes.

Para Marina Rodrigues Martins, em sua monografia “Arbitragem: uma alternativa de acesso à justiça” (RJ, 2008):

A arbitragem de equidade é aquela na qual o árbitro, expressamente autorizado pelas partes, busca formular e aplicar uma regra particular para a solução do caso que lhe é submetido ... Quando julga por equidade, o árbitro age como se fosse, a um só tempo, legislador e juiz. Essa situação é a exceção, não sendo

aplicada automaticamente, mas somente quando as partes expressamente se manifestarem nesse sentido.

Pelo que se depreende, na arbitragem por equidade, poderá haver a decisão da controvérsia fora das regras postas no direito positivo ou reduzindo-lhe os efeitos, a critério justo do árbitro e de acordo com seu entendimento. Entretanto, José Antônio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019, p. 82) asseveram que “a decisão na arbitragem de equidade pode ser contrária ao direito positivo, mas não pode ser contrária aos fatos e às provas dos autos”.

Do mesmo modo, o entendimento do jurista Carlos Alberto Carmona (RT, 2011), de que “a autorização para julgar por equidade não permite o subjetivismo puro e simples; o poder de decidir fora dos limites estreitos do direito posto é amplo, mas não é arbitrário, tanto que a decisão deve ser motivada”, donde se infere que, também neste caso, o princípio do livre convencimento deve se ater aos fatos e às provas produzidas pelas partes.

Por fim, o princípio “Competência-Competência”, insculpido no art 8º, Parágrafo único, da Lei 9.307/1996, estabelece que “cabará ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”, ou seja, quem define, *a priori*, se a convenção de arbitragem é existente, válida e eficaz, bem como se o conflito posto poderá ser dirimido pela arbitragem é o árbitro, a quem cabe decidir acerca da sua própria competência.

Veja-se a respeito o voto da Eminentíssima Ministra Nancy Andrighi no julgamento da REsp 1.614.070 – SP em 26/06/2018:

Nesse sentido, é cediço que a Lei 9.307/96 adota o princípio da competência-competência (originada do alemão Kompetenz-Kompetenz), em seu art. 8º, parágrafo único, o qual atribui ao árbitro ou tribunal arbitral – e somente a eles – a prerrogativa para decidir acerca de sua própria competência. Considerando a aplicação de tal princípio, para que não seja inoportuna ou indevida a interferência do Poder Judiciário, deve-se respeitar a precedência temporal da decisão arbitral e, somente após, realizar o adequado controle pela via judicial.

Conclui-se que o princípio “Competência-Competência” refere-se à precedência temporal do árbitro para análise acerca de sua própria competência, além dos requisitos previstos no Parágrafo único, do art. 8º, da Lei de Arbitragem. Pode o Judiciário, inclusive, após a prolação da respectiva sentença arbitral e, se alguma das partes demandar pela anulação desta em razão do art. 32, I, da Lei 9.307/1996, reanalisar a sua competência.

Este posicionamento, assentado no Superior Tribunal e Justiça, é fonte garantidora de um maior desenvolvimento da Arbitragem no Brasil, premiando a autonomia das partes e a higidez do procedimento arbitral, conforme asseveram Eduardo Vieira de Almeida e Gustavo Favero Vaughn, no artigo “Arbitragem, princípio, competência e STJ”, publicado na Revista Migalhas, em 30 de abril de 2020:

A jurisprudência do STJ orienta-se em favor do princípio competência-competência, resguardando a vontade das partes e, por decorrência, a própria higidez do processo arbitral. O respeito à competência-competência que o STJ vem garantindo ao longo dos anos permite o saudável desenvolvimento da arbitragem no Brasil, pois traz segurança jurídica e previsibilidade, elementos fundamentais para atrair investimentos, domésticos e estrangeiros⁷⁰.

Cumpram-se, além dos princípios gerais da autonomia da vontade das partes, do devido processo legal e da Competência-Competência, o procedimento arbitral também se norteará por outros princípios que fazem estrita relação com os já mencionados, quais sejam: princípio da igualdade das partes, que tem seu nascedouro no art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

⁷⁰ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-superiores/325776/arbitragem--princípio-competencia-competencia-e-stj>. Acesso em: 05 abr. 2021.

Daí se influi que todos - partes e procuradores têm direito a igual tratamento, podendo produzir suas provas, expor suas razões de fato e de direito em iguais oportunidades.

Por fim, presente também no procedimento arbitral o princípio da imparcialidade do árbitro, sendo essencial para que este comande o procedimento, garantindo igualdade de tratamento aos demandantes. Assim, conforme preleciona o art. 14, da Lei de Arbitragem, em seu § 1º, o árbitro indicado “tem o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”.

De estreita ligação com o princípio da imparcialidade do árbitro deriva o princípio do livre convencimento, que lhe permite a liberdade na apreciação e avaliação das provas trazidas e dos fatos e fundamentos apresentados pelas partes. No entanto, tal convencimento deverá ser devidamente motivado, não sendo permitido ao árbitro se imiscuir da análise de todo conteúdo probatório.

Aqui também vale ressaltar que o direito ao contraditório deve ser plenamente respeitado. Assim, as partes possuem o direito à ciência e de se manifestarem sobre todos os atos e fatos presentes no procedimento, podendo a eles se contrapor. O direito à participação na formação do convencimento do julgador, princípio inerente ao processo da jurisdição estatal, também é garantia aos demandantes, nos tribunais arbitrais, da efetiva possibilidade de influenciar no desfecho do julgamento.

4 Arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos: uma alternativa ao contencioso jurisdicional

Em vigor há 17 (dezessete) anos, a Lei 9.307/1996 - Lei de Arbitragem já passou por reforma, foi objeto de debates, inclusive no Supremo Tribunal Federal. A constitucionalidade dessa Lei foi discutida incidentalmente pela Corte Suprema, no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206-7/ES, culminando com a decisão proferida, por maioria, em 12/12/2001. A referida Lei, portanto, é constitucional, não havendo nenhuma ofensa de seus dispositivos à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Tem-se, com isso, que os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, em que as partes sejam capazes, poderão se valer desta via jurisdicional privada, como dispõe o art. 1º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Para se deliberar pelo estabelecimento de uma convenção de arbitragem, há dois caminhos: a constituição, mediante cláusula compromissória cheia ou vazia, que obrigará as partes à arbitragem, pois sua estipulação expressa a renúncia à jurisdição estatal; ou mediante compromisso arbitral, nos termos do art. 3º, da Lei 9.307/1996, a saber: “Art. 3º - As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

A cláusula compromissória está prevista no art. 4º da Lei 9.307/1996 e o compromisso arbitral no art. 6º do mesmo Diploma Legal. Em ambos os casos, a arbitragem será o meio de solução de um conflito futuro em decorrência ou na duração do contrato, bem como para dirimir um conflito atual.

Acerca da convenção de arbitragem, Carlos Alberto Carmona (2004, p. 89) enfatiza que:

a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere aos litígios atuais e futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são o de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.

Selma Ferreira Lemes, no artigo “Convenção de Arbitragem e Termo de Arbitragem. Características Efeitos e Funções”, publicado em 2006, enumera os principais efeitos da convenção de arbitragem:

Ressalte-se, assim, que as principais características e efeitos da Convenção de Arbitragem, em ambas as modalidades, cláusula compromissória e compromisso arbitral, são de instituir compulsoriamente a arbitragem (efeito positivo), afastar a propositura de demanda judicial (efeito negativo) e estabelecer a forma como o árbitro deverá solucionar a controvérsia, bem como os limites de sua investidura.

Definida pela instituição da arbitragem, esta poderá seguir os caminhos da arbitragem institucional, pautada pela escolha das partes por órgão arbitral institucional ou entidade especializada, nos termos das diretrizes estabelecidas no Art. 5º da Lei de Arbitragem:

Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

O procedimento arbitral nessa modalidade seguirá as normas de uma Câmara Arbitral previamente escolhida pelas partes, que se obrigam ao cumprimento do regulamento respectivo. Entretanto, as partes poderão optar pela arbitragem *ad hoc*, quando desejarem ter um maior controle sobre o procedimento, podendo se utilizar das regras processuais a elas destinadas, tais como a da UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*. Na arbitragem *ad hoc*, o procedimento não se molda à administração e controle institucional de uma câmara arbitral, sendo que as reuniões físicas acontecem em locais definidos pelas partes.

Ainda assim, poderá ser firmado o Termo de Arbitragem, previsto nos regulamentos nas Câmaras Arbitrais, onde as partes deliberam acerca das características do procedimento, podendo suprir lacunas existentes no compromisso arbitral. Nele, poderão ser efetuadas adaptações necessárias às especificidades do caso, além de fazer a delimitação dos pontos controvertidos, estabelecendo local e sede da arbitragem, lei aplicável ou se a arbitragem se dará por equidade. Por ele, todo o procedimento arbitral será organizado e acordado acerca dos prazos e datas para cumprimento dos atos.

Instituída, desse modo, a arbitragem (art. 19 da Lei 9.307/1996), o Árbitro ou Tribunal Arbitral deverá decidir, de ofício ou se provocado pelas partes, “as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”, conforme comando do Parágrafo único, do art. 8º, da Lei, nos termos do Princípio Competência-Competência, já explicitado neste trabalho.

No início do procedimento, após ultrapassadas essas questões preliminares, o Árbitro ou Tribunal Arbitral deverá promover a tentativa de conciliação das partes e, sendo a mesma frutífera, proferir a sentença arbitral respectiva. Caso negativa, será procedida a instrução, podendo ocorrer a produção de provas, respeitados o devido

processo legal e, ao final, findando-se todo o procedimento definido pelas partes, será proferida a sentença arbitral decidindo-se a demanda.

No prazo estipulado pelas partes, será proferida a sentença arbitral a qual obedecerá aos parâmetros estabelecidos no art. 26 da Lei de Arbitragem. A sentença arbitral configura um título executivo judicial, considerando-se, aí, finda a arbitragem. Portanto, caso não haja cumprimento voluntário do julgado, o credor poderá promover judicialmente o cumprimento da sentença arbitral, conforme estabelece o art. 515, inciso VII, do Código de Processo Civil.

Em geral, contra a sentença arbitral não há possibilidade de recurso, mas, tão somente, a hipótese prevista no art. 30, da Lei 9.307/1996, de requerimento do interessado, no prazo de 05 dias a partir de sua notificação, para que se corrija erro material na sentença arbitral, para esclarecimento de obscuridade, dúvida ou contradição ou para que o árbitro se pronuncie sobre omissão na decisão.

Poderá, ainda, o interessado, no prazo de 90 dias, demandar acerca da nulidade da sentença arbitral, elencando estritamente uma das hipóteses previstas no art. 32, daquela mesma Lei.

Oportuno, com isso, evidenciar a diferença entre o provimento emanado da jurisdição estatal, que obedece ao duplo grau de jurisdição, que oportuniza, ao derrotado na instância inicial, a possibilidade de ter revisto o *decisum* pela corte revisora de instância superior, até que se esgotem as possibilidades recursais.

Na jurisdição arbitral, no entanto, é característica a impossibilidade de recurso imediato, sendo possível às partes apenas o requerimento de correção de erro material ou esclarecimento de obscuridade, dúvida, contradição ou omissão, se constantes da decisão, pois não há duplo grau de jurisdição. Tal fator é preponderante para a celeridade conferida à arbitragem, ali contida por expressa liberdade da autonomia privada das partes.

Neste sentido, Nelson Alexandre Paloni:

O fato de as sentenças arbitrais serem irrecorríveis não deve levantar a questão de justiça ou injustiça (que pertence à filosofia do direito), trata-se simplesmente de uma escolha das partes envolvidas e um grande diferencial em relação à jurisdição estatal. No *processo arbitral* o conceito de justiça deve ser

abstraído daquele vigente no processo judicial. Em sede arbitral, o princípio da autonomia da vontade das partes foi elevado ao seu grau máximo. Com efeito, as partes possuem total liberdade para escolher ou não a instância arbitral quando estiverem presentes direitos patrimoniais disponíveis, cabendo a elas regular o procedimento arbitral.

No mesmo sentido, Fredie Didier Junior (2008, p. 83) enfatiza que a decisão arbitral produz a coisa julgada material e a imutabilidade se dá após o transcurso do prazo nonagesimal para demandar sua nulidade:

A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada material. Poderá ser invalidada a decisão, mas ultrapassado o prazo nonagesimal, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autogoverno (autonomia privada).

Ressalta-se que, acaso seja discutida junto ao Poder Judiciário possível nulidade da sentença arbitral, esta somente poderá ser arguida em alguma das hipóteses taxativas previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem, não podendo o julgador adentrar nas questões relativas ao mérito, pois aquelas hipóteses se referem a vícios formais do procedimento. É o que ressaltam os Advogados Eduardo Vieira de Almeida e Gustavo Favero Vaughn, em seu artigo ARBITRAGEM E AÇÃO RESCISÓRIA, publicado em 19/09/2018 – Revista Migalhas:

Se - e somente se - a sentença arbitral tiver incorrido em *error in procedendo*, e não em *error in judicando*, a ação declaratória de nulidade terá êxito. E, na hipótese de procedência do pedido, será desconstituída a sentença arbitral, com o competente decreto de nulidade ou, sendo o caso, serão as partes submetidas a novo julgamento arbitral.

Outra característica proeminente da sentença arbitral, enfatizada por José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019, p.55), é a sua transnacionalidade, sendo, por isso, mais aceita no contexto internacional do que a própria sentença judicial:

Isto significa que, caso a parte que tenha se sagrado vencedora na arbitragem tenha que executar a sentença arbitral em outro país, não há dúvida de que a sentença arbitral possui maior trânsito internacional e maior facilidade de ser reconhecida e executada em outros países que a sentença judicial, o que traz para a parte vencedora maiores chances reais de satisfação de seu eventual direito de crédito e concretiza, assim, o princípio da efetividade do processo e permite a entrega da tutela jurisdicional plena.

Atualmente, com as inovações à Lei de Arbitragem introduzidas pela Lei 13.129/2015, o § 1º do art. 23 passou a constar do diploma legal a possibilidade de prolação de sentenças parciais pelos árbitros. Assim, poderá o árbitro fracionar o mérito, definindo uma parte do litígio e ficando o restante para o julgamento final, como já ocorria na prática. Tal possibilidade é mais vantajosa, conforme enfatiza Rodrigo Garcia da Fonseca:

A utilidade das sentenças parciais é manifesta. Pode haver parte da demanda pronta para resolução e outra parte que ainda depende de provas. Decide-se o que é possível decidir-se desde logo, e foca-se em seguida apenas no que resta a ser provado. É possível que haja um direito pronto a ser reconhecido, já líquido, e outra parcela dependente de liquidação. Resolve-se definitivamente o que está pronto e liquidado, e liquida-se posteriormente o que for necessário. Tudo isso milita em favor da celeridade e da efetividade dos julgamentos, evitando diligências inúteis e agilizando o andamento dos processos.

Por fim, tomando-se como referência os princípios norteadores do devido processo legal, como a garantia do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, alia-se a confidencialidade, a celeridade e a efetividade do procedimento, além do respeito à autonomia privada.

Com isso, é possível vislumbrar que, muito embora o procedimento arbitral se desenvolva fora da proteção da jurisdição do Estado, ele se afigura plenamente equipado e seguro para promover o deslinde das demandas a que se destina.

Tanto é que o Código de Processo Civil, em suas bases principiológicas, incentiva a utilização de outros métodos adequados para a solução dos conflitos, e, além de enfatizar, em seu art. 3º, a garantia do acesso à jurisdição constitucionalmente prevista, inclui, aí, a arbitragem como um daqueles meios:

Art. 3º - Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério.

5 Considerações finais

Retornando ao diagnóstico do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, publicado na Revista Justiça em Números, ano 2020, tem-se noção das inúmeras ações iniciadas que, agrupadas às não concluídas, demonstram o acúmulo de demandas existentes e em tramitação na Justiça brasileira.

Pensar na alternativa da arbitragem como panaceia para os males da jurisdição estatal não é viável, no entanto, é muito salutar que se busquem alternativas a esse estado de coisas. A arbitragem, assim como outros métodos adequados de solução de conflitos, aponta caminhos que podem ser trilhados na busca de soluções mais saudáveis e menos morosas no deslinde das contendas.

A expansão dos litígios, cuja solução é viável pela via da arbitragem, para abarcar também casos que envolvam a administração pública, delineia as melhores perspectivas para que se amplie o leque de suas competências.

Por isto, a arbitragem é um campo propício no Brasil, não apenas como alternativa à morosidade do judiciário, mas, também, pela qualidade crescente das Câmaras de Arbitragem e dos árbitros que atuam, cada vez mais qualificados e com respaldo internacional, dada a crescente expansão das arbitragens domésticas e internacionais.

Em recente artigo, publicado em dezembro de 2020, José Miguel Júdice, enumera oito pontos em que a arbitragem no Brasil apresenta um padrão de qualidade de excelência internacional:

- a) a cordialidade (que Sérgio Buarque d’Holanda definiu de modo imorredoiro) entre advogados de ambas as partes e os seus efeitos na valorização da arbitragem pelo mercado empresarial além da eficiência que produz;
- b) o respeito do

Judiciário pelo sistema arbitral e a solução legal para as medidas cautelares antes e depois da constituição do tribunal arbitral; c) a muito rara exploração (sobretudo se comparada com outras latitudes) de táticas de guerrilha processual pelos advogados, evitando custos acrescidos e o desfoque do essencial do caso; d) a independência e imparcialidade dos co-árbitros em relação às partes que os nomearam, o que além de prestigiar o instituto arbitral torna muito mais fácil e eficaz o trabalho coletivo do tribunal; e) a opção quase absoluta por sistemas de arbitragem institucional em vez da *ad hoc*; f) a bifurcação dos processos entre fase de méritos e de *quantum*; g) a qualidade média muito elevada que existe quanto ao domínio de outros idiomas, cada vez mais essencial até em arbitragens domésticas; h) a existência de apoios logísticos aos processos arbitrais de nível e qualidade internacionais (como, por exemplo, transcrições muito rápidas pelo uso de estenografia, tradução simultânea etc.).

Mesmo naqueles pontos considerados ainda em aperfeiçoamento, este método heterocompositivo, de amplitude mundial, continua em franca expansão no Brasil, despertando interesse crescente desde a graduação, na formação de Advogados voltados ao estudo deste método, até os mais conceituados arbitralistas, e estudiosos da ciência do direito.

Por fim, vale retornar à palestra, proferida pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Fátima Nancy Andrichi, em 23 de outubro de 2000, quando da solenidade de instalação do Tribunal Arbitral do Comércio do Estado de São Paulo, em que frisa a importância do apoio aos Tribunais Arbitrais:

Sob este prisma, entendemos que compete ao Poder Judiciário brasileiro, a cada instalação de Tribunais Arbitrais, apoiar as respectivas iniciativas, fornecendo todos os instrumentos necessários para o bom funcionamento. Deve contribuir para que as convenções de arbitragem sejam cumpridas e, mais, para que eventuais incidentes que possam surgir durante o procedimento arbitral, sejam solucionados mediante o cumprimento da Lei nº 9.307/96, sem se olvidar que a Justiça Tradicional, bem como, a Especial são incompatíveis com o procedimento adotado pela Lei de Arbitragem.

Certo é que, no contexto atual, em que cada vez mais o fluxo comercial e social exige uma solução célere e consolidada das pendências diuturnamente surgidas, a liberdade das partes para pactuar seus contratos e, em consequência, a maneira mais adequada de solucionar controvérsias, constitui diferencial positivo, sem, no entanto, deixar de lado a garantia constitucional inabalável do acesso à jurisdição.

6 Referências

ALMEIDA, Eduardo Vieira e VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem e ação rescisória** –Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/287640/arbitragem-e-acao-rescisoria>. Acesso em: 10 abr. 2021.

ALMEIDA, Eduardo Vieira e VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem, princípio competência – competência.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-superiores/325776/arbitragem--princípio-competencia-competencia-e-stj>. Acesso em: 05 abr. 2021.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo.** 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O poder judiciário e a arbitragem (lecture).** Junta Comercial do Estado de São Paulo em 23/10/2000 . Disponível em: [MINISTRA NANCY.pdf](#). Acesso em: 30 nov. 2020.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Fundamentos do processo.** vol. 855. p. 11. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BRASIL. LEI 9307 de 23 de setembro de 1996. **LEI DE ARBITRAGEM.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.,relativo%20a%20direitos%20patrimoniais%20dispon%C3%ADveis. Acesso em: 30 nov. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Institutos fundamentais do direito processual.** São Paulo: Atlas, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem, prescrição e ordem pública. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação** | vol. 30/2011 | p. 245 - 257 | Jul - Set / 2011. **Doutrinas**

Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 1/2014 | p. 845 - 858 | Set / 2014 – Revista dos Tribunais online. Disponível em: [file:///C:/Users/ab240/Downloads/RTDoc%2029-03-2021%2014 56%20\(PM\).pdf](file:///C:/Users/ab240/Downloads/RTDoc%2029-03-2021%2014%2056%20(PM).pdf). Acesso em: 05 abr. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. **Julgamento por equidade em arbitragem**. In: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 30/2011 | p. 229 - 244 | Jul - Set / 2011 | DTR\2011\2569 - Revista dos Tribunais online. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srcguid=i0ad82d9a00000178f5f213fa2ff47b52&docguid=Ifc71e360008811e1968d00008558bdfc&hitguid=Ifc71e360008811e1968d00008558bdfc&spos=10&epos=10&td=26&context=118&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2021.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. In: **Revista Justiça em números/2020**. Ano base 2019. Disponível em a <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de direito processual civil**. V. 1. Salvador: Ed Juspodvm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19 ed. São Paulo: Atlas. 2016.

FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luiz. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FIÚZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem e a reforma processual da execução. Sentença parcial e cumprimento da sentença. Anotações em torno da Lei 11.232/2005. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, Ano 4, v. 14, p. 31-47, jul./set. 2007.

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84938764®istro=201601860068&data=20180629&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 nov. 2020.

JÚDICE, José Miguel. A arbitragem no brasil: notas de um árbitro português. *In: Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 67/2020 | p. 295 - 300 | Out - Dez / 2020 – Revistas dos Tribunais online. 2020 Disponível em : <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc500000178f587c38b8d1f72dc&docguid=I811ed4f0391511eb8bd4e19db21bdebc&hitguid=I811ed4f0391511eb8bd4e19db21bdebc&spos=4&epos=4&td=9&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 abr. 2021.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos jurídicos da eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. **Convenção de arbitragem e termo de arbitragem**. Características, Efeitos e Funções. Home page Selma Ferreira Lemes. 2006. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EA&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%F3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>. Acesso em: 06 abr. 2021.

MARTINS, Marina Rodrigues. Arbitragem: uma alternativa de acesso à justiça *In: Pantheon Repositório Institucional da UFRJ* 2008: Disponível em: [file:///C:/Users/ab240/Downloads/MRMartins%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ab240/Downloads/MRMartins%20(1).pdf) Acesso 05/04/2021

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil** (LGL\1973\5) comentado e legislação extravagante. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PALONI, Nelson Alexandre. Irrecorribilidade das Sentenças Arbitrais. *In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* | vol. 10/2000 | p. 375 - 390 | Out - Dez / 2000 - **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação** | vol. 3/2014 | p. 1171 - 1190 | Set / 2014 | DTR\2000\652. **Revista dos Tribunais online**. 2014. Disponível em <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc600000178a8ce48ec4bf74f1c&docguid=I4bc81530f25511dfab6f0100000>

00000&hitguid=I4bc81530f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=249&context=249&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#. Acesso em: 12 abr. 2021.

RAATZ, IGOOR Raatz. **Autonomia privada e processo** 2 ed. São Paulo: Juspodium, 2019

SPRENKEL, Van Der. *cf. Legal Institutions in Manchú China*, 1962.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Conflito de competência 113260/SP (2010/0139887-0). Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://www.direitocom.com/wp-content/uploads/113260.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 1614070/SP (2016/01/6006-8). Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84938764&num_registro=201601860068&data=20180629&tipo=51&formato=PDF acesso em 05/04/2021

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. III. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A LEGALIDADE DOS DADOS OBTIDOS DE APARELHOS CELULARES PELO DELEGADO DE POLÍCIA

ALEXANDRE JUNIO DE PAULA ALVES:
bacharelado do curso de Direito do Centro
Universitário una – Betim.

LUDMILA STEFANE DA SILVA FERNANDES⁷¹

(coautora)

RESUMO: O presente trabalho abordou o tema acerca da legalidade da quebra de sigilo de dados telefônicos pelo delegado de polícia e/ou autoridade policial. Cabe salientar inicialmente que o avanço da tecnologia tornou a comunicação mais efetiva, conectando as pessoas instantaneamente não importando a distância em se encontram. Ademais, este avanço possibilitou também a facilidade em troca e armazenamento de dados, tornando dispositivos móveis verdadeiros bancos de dados que contêm várias informações pessoais, e até mesmo se torna uma ferramenta na prática de ilícitos dada a sua praticidade. Neste ponto, os dispositivos móveis podem servir de ferramenta para viabilizar a prática de crimes, o que nos leva a questionar se a autoridade policial poderia de ofício determinar a busca nos celulares apreendidos com acusados, investigados ou em abordagens. Enfrentamos então pontos importantes que permeiam desde à garantia da inviolabilidade à vida privada, intimidade e sigilo de dados (expressos no art. 5º da Constituição Federal), e, noutro ponto, a garantia da segurança pública trazendo maior efetividade nas ações policiais que estariam aptas a agir de maneira imediata, caso constatassem irregularidades. O debate tem por objetivo evidenciar a necessidade de controle dos atos, para não admitirmos que arbitrariedades sejam cometidas contra cidadãos de bem, e que sejam preservadas a intimidade daqueles que possuem em seus dispositivos móveis uma verdadeira compilação da sua privada, evitando que terceiros o acessem sem o devido controle.

Palavras chaves: Dispositivos móveis, crime, inviolabilidade, direito, dados.

ABSTRACT: Initially, the advancement of technology has made communication more effective, connecting people instantly regardless of the distance among them. In addition, this advance has also made it easier to exchange and store data, making mobile devices true databases that store many personal information, and unfortunately, even become a tool in the practice of crimes. At this point, mobile

⁷¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário una – Betim.

devices can serve as a tool to make crimes possible, which leads us to question whether the police authority could, by themselves, determine the search on cell phones apprehended with accused, investigated or inspected. So, we face important points that permeate from the guarantee of inviolability to private life, intimacy and confidentiality of data (expressed in art. 5 of the Brazilian Federal Constitution of 1988), and, in another point, a national security, bringing effectiveness in the police actions that would be able to act immediately if irregularities were found. The purpose of the debate is to show the need to control acts. We don't have to admit that arbitrariness is committed in outrage of fundamental rights. The privacy of those who have on their mobile devices a true compilation of their lives is preserved, preventing others from accessing it without proper control.

Key words: Mobile devices, fundamental rights, privacy, confidentiality, data.

1 INTRODUÇÃO

Vários aparelhos eletrônicos permitem o acesso à internet e a outros sistemas de informação e comunicação, gerando uma verdadeira revolução nos meios de comunicação, seja através de conversas eletrônicas ou de trocas de mensagens escritas, gravadas, filmadas (vídeos), por meio de símbolos etc., ou mesmo das diversas formas de armazenagem dessas mensagens. Dentre esses aparelhos, merecem especial destaque os computadores tradicionais, *notebooks*, *tablets* e, particularmente, os celulares e *smartphones* (estes capazes de gerar a conversação entre os interlocutores, além de oferecer quase todas as funcionalidades de um computador).

Tais aparelhos, cada vez mais dotados de alta carga tecnológica que possibilita a sua múltipla aplicação como meio de comunicação falada e escrita; arquivo eletrônico de dados dos mais variados, inclusive relacionados com a intimidade do usuário e de terceiros; agenda de contatos; hospedeiro de aplicativos bancários, de registro viagens, de controle de finanças, de geolocalização etc., encontram-se disseminados dentre a população em geral, tornando-se comum a sua apreensão nas mais diversas situações de intervenção policial, bem como a utilização de sistema de geolocalização para encontrar pessoas foragidas, vincular suspeitos ao local do crime, rastrear o próprio aparelho quanto subtraído etc. A partir dessas apreensões, surgem alguns temas dignos de análise: i) a apreensão desses aparelhos está condicionada à prévia ordem judicial de apreensão? ii) os dados armazenados nesses aparelhos são protegidos pelo sigilo das comunicações? iii) os policiais estão autorizados a atender as chamadas efetuadas para o suspeito ou custodiado?

Tendo em vista os questionamentos acima expostos, o presente artigo objetiva abordar a legalidade dos dados obtidos de aparelhos celulares pelo delegado de polícia.

No Brasil, o assunto ainda é pouco explorado, o que, de certa forma, fomentou a presente pesquisa, deixando a advertência da necessidade de que o tema continue sob constante debate e reflexão não apenas por sua exploração científica, no âmbito acadêmico, mas também nos domínios político e jurídico.

Para a elaboração desta pesquisa, foi realizada uma revisão de literatura qualitativa e descritiva com base em doutrinas, artigos científicos, legislação e entendimentos jurisprudenciais pertinentes ao tema eleito para análise.

2 DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

Pelo art. 5º, inc. LVI, CF, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988, s.p).

Apesar da existência deste dispositivo, a proibição das provas ilícitas é uma decorrência implícita do sistema jurídico. Pode ser deduzida da garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LIV) e de princípios gerais do direito (como o da boa-fé, do respeito à dignidade da pessoa humana etc.).

Nether (2018) ajuda a distinguir os conceitos de prova ilícita, ilegítima e inconstitucional. Segundo o doutrinador:

a) Prova ilícita: é aquela que viola regras e princípios de direito substancial; ofende valores e direitos constitucionais substanciais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a intimidade, a integridade física, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo profissional, de correspondência ou da comunicação telefônica (v.g., documento roubado; violação de sepultura para obtenção de um pedaço do cadáver com o intuito de realização de exame de DNA; infringência do sigilo de correspondência ou de interceptação telefônica; prova obtida mediante tortura ou de maus-tratos; constranger advogado a depor contra o seu cliente ou violar seu escritório, com o intuito de obter provas contrárias a ele).

b) Prova ilegítima: é aquela que ocorre no momento da produção da prova, infringindo regras, princípios e garantias de direito processual (v.g., prova obtida mediante mandado judicial, não fundamentado, de quebra do sigilo fiscal ou bancário, bem como interceptação telefônica autorizada por juiz incompetente, a requisição, feita diretamente aos bancos, de quebra de sigilo bancário, sem autorização judicial ou, ainda, o laudo assinado por alguém que se faz passar por perito).

c) Prova inconstitucional: trata-se de conceito mais abrangente, que busca dar tratamento sancionatório unitário à ilicitude, independentemente se o vício tem

natureza substancial ou formal. Provas inconstitucionais são aquelas que violam direitos fundamentais, não podendo ser admitida ou utilizada em juízo, independentemente da ilicitude ter se originado dentro ou fora do processo.

Nesse sentido, corretamente prevê o art. 157, caput, do CPP (a partir da Lei 11.690/08) que são “inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a normas constitucionais” (BRASIL, 1941, s.p).

As provas inadmissíveis são excepcionais e devem estar baseadas ou em uma alta probabilidade de se obter informações falsas ou no conflito entre o valor da verdade e outros valores (como os da pessoa, da segurança jurídica e das instituições). Na primeira situação, a razão de não se admitir provas é proteger a verdade material. Já na segunda situação dá-se preferência a outros valores, distintos da verdade.

2.1 Provas ilícitas contrárias e favoráveis ao réu

A doutrina processual penal aceita, em sua ampla maioria, a aplicação da teoria da proporcionalidade quando a prova ilícita for produzida *pro reo*, uma vez que o bem jurídico a se tutelar, qual seja, a liberdade de um possível inocente, é assaz relevante, preponderante em relação à inadmissibilidade do uso da prova – e, por consequência, do próprio direito violado, como, por exemplo, a intimidade de outrem.

Cita-se o clássico exemplo do indivíduo que, vendo-se injustamente processado criminalmente, grava, sem autorização judicial, a interceptação telefônica de diálogo mantido entre o verdadeiro autor da infração e terceiro, e depois pretende fazer uso no processo-crime em que é acusado para demonstrar não ser o verdadeiro autor dos fatos apurados (ZANELLA, 2020).

Neste sentido os ensinamentos de Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (2011), para quem a ilicitude da prova em favor do réu é eliminada, seja por causas de justificação legal (estado de necessidade ou legítima defesa), seja pelo critério de proporcionalidade, diante da prevalência da ampla defesa, direito consagrado pela Constituição Federal.

Tourinho Filho (2017) observa que o princípio constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas não pode superar o direito de liberdade. Primeiro, porque a inadmissibilidade tem por escopo justamente a proteção de garantias e direitos do indivíduo; segundo, porque “é preciso que nos pratos afilados da balança sejam pesados os bens jurídicos envolvidos e, à evidência, a tutela do direito de liberdade do indivíduo é um valor mais importante para a sociedade que a tutela do outro bem protegido pela proteção ao sigilo” (TOURINHO FILHO, 2017, p.261-262).

Num balanço, o fundamento para permitir, em favor do acusado, a utilização da prova obtida ilicitamente é a consideração de que a garantia de ampla defesa (princípio constitucional) e, principalmente, o direito de liberdade (também consagrado constitucionalmente) superam, numa análise de proporcionalidade – adequação, necessidade e justa medida – a vedação (também constitucional) da inadmissibilidade da prova e, por consequência, o direito transgredido (intimidade, vida privada, entre outros) (MIRABETE, 2015).

Apesar de a teoria da proporcionalidade ser bem aceita pela doutrina e jurisprudência em favor do réu, minoritário é o entendimento no sentido de que ela também pode ser utilizada *pro societate*, ainda que a prova ilícita seja a única nos autos em desfavor do acusado (ZANELLA, 2020).

A razão para isso é que seu uso em favor do acusado preservaria o direito à ampla defesa no processo, em busca de sua (correta) absolvição e, por consequência, preservaria também sua liberdade. Já seu uso em favor da acusação e, portanto, como preceito, pelo Estado (a regra é que as ações penais são públicas), seria inconcebível, uma vez que este tem por obrigação pautar-se pela legalidade em todos os segmentos, inclusive na busca da prova. Este uso geraria descontrole e incentivaria atos funcionais abusivos.

Aury Lopes Junior (2016) sintetiza que o uso da teoria da proporcionalidade em favor da sociedade traria um perigo imenso, devido à amplitude do conceito (indeterminado e, portanto, “manipulável”) e o incorreto reducionismo binário do interesse público versus interesse privado, para justificar uma escolha do primeiro e assim legitimar restrições indevidas dos direitos fundamentais.

Nosso entendimento é de que por razões óbvias, a teoria da proporcionalidade não pode ser aplicada a qualquer ocasião em favor da sociedade. Ela o deve ser de forma bastante excepcional. Também é evidente que o conceito não deve ser manipulado, mas usado com extrema cautela e somente como *ultima ratio*⁷².

Compartilhando o posicionamento acima, Greco Filho (2015) afirma a possibilidade de guarida ao princípio da proporcionalidade *pro societate* e enfatiza – utilizando-se como exemplo a abertura de correspondência do preso integrante de organização voltada ao narcotráfico – que o direito ao sigilo (ou intimidade) do acusado não se choca apenas com o direito da acusação à prova, mas muito mais que isso: ele colide com a missão institucional do Ministério Público (que tem o ônus

72 Expressão latina que se traduz como última razão.

probatório), que é a de salvaguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal.

2.2 Métodos ocultos de investigação criminal e os limites impostos pelo direito probatório

Com o surgimento de novos delitos e, também, de novas formas de praticar os delitos já tipificados nos diplomas penais existentes, é necessário que o Estado tenha condições de investigar, processar, prevenir e reprimir estas infrações.

Excepcionalmente, a exemplo de situações que envolvem organizações criminosas, levando-se em conta que, muitas vezes, são constituídas por pessoas que gozam de prestígio e influência social, a investigação se torna difícil caso sejam empregados somente os meios convencionais de investigação.

Para esses casos, é possível que sejam empregados os meios investigativos ocultos, a exemplo das interceptações telefônicas, infiltração de agentes, informantes, acordos de colaborações premiadas, gravações ambientais, rastreamento de celulares, dentre outros, nos termos autorizados pela legislação vigente.

Ocorre que esses meios ocultos, que deveriam ser utilizados somente em casos excepcionais, às vezes são empregadas de maneira desregrada, em claro desrespeito aos princípios e garantias vigentes na lei brasileira e nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Não raro se tem notícias via mídia de interceptações telefônicas e acordos de colaboração premiada teriam sido empregados como único meio de prova para fundamentar sentenças penais condenatórias, o que não é admitido em um Estado democrático de direito. Esses meios ocultos deveriam ser empregados somente em caráter excepcional, como formas para obter outras provas e, assim, em conformidade com o contexto probatório, poderiam ajudar a fundamentar uma condenação. Porém, o emprego de meios investigativos ocultos como única “prova” somente poderia ser utilizado para embasar sentenças absolutórias, mas não as condenatórias (VALENTE, 2017).

O Brasil, com o objetivo de prevenir e reprimir os delitos mais complexos de serem apurados, a exemplo da corrupção, tráfico de drogas e outros praticados por organizações criminosas, tem buscado exemplos em outros países, especialmente os países que adotam a *common law*, meios investigativos que, da maneira como vêm sendo utilizados, sem as necessárias adaptações ao ordenamento jurídico brasileiro, mostram-se claramente inconstitucionais, além de violarem tratados internacionais de direitos humanos (VALENTE, 2017).

O uso desses meios é de fundamental importância para a investigação e o processamento de casos complexos, mas é necessário que seja regulamentada pelo ordenamento pátrio, de maneira a evitar sua vulgarização, devendo ser empregados apenas excepcionalmente (em situações em que outros meios investigativos não puderem atingir as mesmas provas que se fazem necessárias) e sempre em consonância com os princípios e garantias, especialmente a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e a presunção de inocência.

Nesta seção serão abordados os métodos ocultos de investigação criminal e os limites impostos pelo direito probatório. Inicia-se trazendo conceitos e as características dos referidos métodos.

2.2.1 Conceito e características

O desejo por uma justiça mais célere e veloz, que atenda ao clamor dos cidadãos, que se sentem amedrontados perante os fenômenos da criminalidade econômico-financeira, do crime organizado transnacional e do terrorismo, motivou os decisores políticos a implementarem meios especiais e excepcionais para a obtenção de prova, a saber:

[...] ampliação do âmbito das interceptações telefônicas, registro de voz off e imagem, gravações ambientais, gravações e fotografias por meio de câmaras de vídeo vigilância, agentes infiltrados física e digitalmente, rastreios e perseguições digitais, localizações celulares, controlo e monitoramento concreto de IP, IMEI e GPS, recurso a IMSI-Carther (IMEI), buscas e apreensões preventivas no sistema digital a nível nacional, regional e internacional sem qualquer conhecimento do visado, e a admissibilidade e utilização como meios de prova os relatórios elaborados pelos serviços secretos (VALENTE, 2017, p.474).

Estes meios são denominados métodos ocultos de investigação criminal, que são definidos como “aqueles métodos que representam uma intromissão nos processos de ação, interação, informação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que as mesmas disso tenham consciência, conhecimento ou disso sequer se apercebam” (RODRIGUES, 2010, p. 37).

Embora já existissem, estes novos métodos de obtenção de provas, experimentaram um maior desenvolvimento nos últimos anos, motivado pelo progresso tecnológico, possibilitando a expansão daqueles métodos já existentes e tornando possível o surgimento de novos métodos (CAMBI, 2014). Aliado a este

desenvolvimento, foi observada a existência de uma nova concepção “securitária” do direito penal, que segundo Cambi (2014) tem levado à redução das garantias dos cidadãos e, conseqüentemente, à violação de seus direitos fundamentais. No entanto, a cada dia, a prospecção para o emprego dos mesmos tem sido majorada, motivado pelo crescente desenvolvimento da criminalidade, de maneira a alcançar-se maior eficácia na investigação criminal.

2.2.1.1 Interceptação das comunicações

A título de exemplificação, a interceptação das comunicações, de um modo geral, e, em particular, a interceptação telefônica, situa-se no campo dos meios probatórios que têm elevado potencial de produzir danos individuais e coletivos ou sociais e, por isso, mereceu restrição em nível constitucional no art. 5º, inc. XII, que, protegendo a intimidade das pessoas, prevê:

Art. 5º, [...] inc. XII - é inviolável o sigilo das correspondências 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 (BRASIL, 1988, s.p).

Visando a regulamentar a exceção constitucional, no que diz respeito à possibilidade de autorização para a escuta telefônica, com vistas à persecução penal, foi editada a Lei 9.296/1996, que, ao contrário de legislações como a de Portugal e Alemanha, não trouxe um catálogo fechado de infrações penais que sujeitam os suspeitos a esse especial meio de captação de provas, preferido estabelecer, de forma negativa, as hipóteses de não cabimento da medida:

Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal: II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção (BRASIL, 1996, s.p).

Diante da opção do legislador, as infrações penais punidas com detenção, prisão simples ou exclusiva pena de natureza pecuniária, ou educativa, não autorizam a utilização da interceptação de comunicações telefônicas do investigado ou do réu respectivo e dentre essas infrações acham-se a ameaça (CP, art. 147), os crimes contra a honra (CP, arts. 138-140), a aquisição de drogas para consumo próprio (Lei

11.343/2016, art. 28) e outros, cujos meios de execução, não raro, envolvem esse tipo de comunicação.

Como existe expressa previsão que esse tipo de infração penal não autoriza o deferimento da medida probatória sob análise, não há dúvida de que, se houver uma interceptação telefônica com base em alguma dessas infrações penais, constituirá meio ilícito de captação de prova e inviabilizará a sua introdução e avaliação no processo, por força do disposto no art. 5º, inc. LVI da CRFB (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”).

Há também que se pontuar sobre o acesso aos dados armazenados em aparelhos de comunicação e às conversas que será mais bem detalhado à seguir.

3 AS PROIBIÇÕES DE PROVA ENQUANTO LIMITES AOS MÉTODOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Em um Estado Democrático de Direito, onde a matriz fundamental é a dignidade da pessoa humana, o Estado não pode se valer de qualquer método de obtenção de prova nem tampouco de certas provas que firam de morte as garantias fundamentais do cidadão.

Assim, a busca da verdade não se dá a qualquer custo, mas tão somente por meios justos e leais, conforme o Estado democrático de direito, ainda que eventualmente tenha que renunciar à descoberta da verdade para salvaguardar direitos intransponíveis. Nesse sentido, as proibições de prova funcionam como verdadeiros limites à descoberta da verdade e, como tal, limitam a atividade de investigação criminal e os métodos utilizados.

A CRFB/1988 impõe em seu art. 5º, inc. LVI que - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

As limitações impostas pelo Direito Probatório refletem diretamente na atividade de investigação criminal e, mais especificamente, nos meios de obtenção de prova, não se admitindo ato investigativo criminal que não conduza a fonte de prova ou elemento que possa ser utilizado em juízo.

Conforme destacado em linhas pretéritas, a tecnologia está cada vez mais presente no cotidiano das pessoas, das empresas e das instituições públicas. Essa nova realidade impõe novos desafios, sobretudo, à segurança dos dados que circulam no ambiente digital, deixando mais vulneráveis a privacidade e a intimidade dos cidadãos.

Por outro lado, também traz novos obstáculos à elucidação de condutas criminosas e de seus autores.

Nesse contexto de evolução tecnológica e de vulnerabilidade do ambiente digital, têm sido desenvolvidos “métodos de remoção, ocultação e subversão de evidências com o objetivo de mitigar os resultados de análises forenses computacionais” (HENRIQUE, 2006), nos quais se incluem técnicas, *hardware* e programas informáticos. São o que se denomina de medidas antiforenses.

Essas medidas antiforenses podem se revestir de natureza legítima, quando utilizadas para proteção dos dados informáticos ou como meio de preservação da intimidade e da liberdade de expressão. Mas, por outro lado, também são muitas vezes utilizadas como meios de esconder e camuflar a prática de crimes e frustrar potenciais atividades de recolha de provas nos sistemas informáticos (RAMALHO, 2017).

Nas palavras de Harris (2006, p. 45), as medidas antiforenses são:

[...] quaisquer tentativas de comprometer a disponibilidade ou utilidade da prova no processo forense. Comprometer a disponibilidade da prova inclui quaisquer tentativas de evitar que a prova venha a existir, de esconder prova existente ou de manipular a prova no sentido de assegurar que a mesma deixe de estar ao alcance do utilizador. A utilidade pode ser comprometida através da obliteração da própria prova ou da destruição da sua integridade.

Muitas são as medidas antiforenses por meio das quais objetivam-se evitar que as entidades de investigação alcancem dados digitais com potencial valor probatório (RAMALHO, 2017), o que não só tornam mais fácil a prática de crimes em ambiente digital e o seu anonimato, como, inversamente, tornam mais difícil a sua descoberta e a obtenção de provas. Em razão disso, algumas vezes demonstra-se imperiosa a utilização de métodos ocultos de investigação criminal para que o Estado possa ter acesso às fontes de provas digitais e, conseqüentemente, alcance a verdade no processo penal.

Evidentemente, os métodos ocultos de investigação criminal mitigam um conjunto de bens jurídicos e direitos fundamentais, notadamente os ligados à privacidade/intimidade do investigado. No entanto, enquanto forma de exercício do poder público, é impossível conceber-se um sistema processual penal eficaz sem qualquer ingerência nos direitos fundamentais dos cidadãos. Deve-se buscar na justiça penal o justo equilíbrio baseado na adequada ponderação dos interesses da

persecução penal do Estado e dos direitos, garantias e liberdades individuais (RAMALHO, 2017).

Na busca desse equilíbrio, o Estado não deve ser, por um lado, um Estado-polícia com poderes ilimitados, sob pena de o combate à criminalidade gerar uma verdadeira “criminalidade de Estado”; e, por outro lado, não deve constituir-se também em um mero Estado-observador, omissivo (que em nada intervém), o que pode gerar a primazia da “lei do mais forte”. Assim, o sistema de justiça penal, no qual se inclui a investigação, deve encontrar uma solução intermediária entre o Estado débil e o Estado forte, fruto de uma adequada ponderação entre a necessidade da busca da verdade e realização da justiça, de um lado, e o respeito à inviolabilidade do núcleo essencial dos fundamentais do cidadão (RAMALHO, 2017).

Deve-se buscar, portanto, a concordância prática entre os propósitos paradoxais do processo penal da correta investigação dos ilícitos penais, da descoberta da verdade e subsequente realização da justiça, com o respectivo restabelecimento da paz jurídica, e, ao mesmo tempo, da proteção dos direitos individuais contra a atuação arbitrária do Estado.

Assim, a busca da verdade no processo penal em um Estado Democrático de Direito não pode ser realizada a qualquer preço, mas somente a partir de meios legítimos. Conforme a lição de Dias (2004, p. 194), a verdade processual não é absoluta ou ontológica, mas antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o custo, mas processualmente válida, ou seja, obtida de acordo com as formalidades judiciais.

Como ensina Silva (2010, p. 82-83):

A justiça criminal é chamada a investigar atividades suspeitas, tanto de pessoas honestas como de malfeitores, mas todos são, pessoas. Por outra parte, não se compreende que aqueles que se dedicam a servir a justiça possam usar na luta contra os malfeitores meios análogos aqueles que lhes reprovam. A eficácia da justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre e democrática os fins nunca justificam os meios, só será louvável quando alcançada pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem as sofre, mas não menos quem as usa.

Por mais grave que seja o ilícito criminal cometido e quão difícil seja se alcançar a verdade, o Estado jamais poderá se utilizar de meios que imponham a aniquilação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Por isso, a Constituição Federal brasileira estabelece expressamente que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (SILVA, 2010, p. 80). A atuação do Estado na descoberta da verdade deve sempre estar adstrita ao princípio da lealdade. Esta postura do Estado é um dever essencialmente moral traduzindo “uma maneira de ser da investigação e obtenção de provas em conformidade com os direitos da pessoa e a dignidade da justiça” (SILVA, 2010, p. 80).

Assim, a salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a obediência à postura leal impõem restrições aos meios de obtenção de prova no processo penal democrático, ainda que isso implique eventualmente renunciar à descoberta da verdade e conseqüentemente abdicar de condenar um criminoso quando a única prova da sua culpa apenas possa ser obtida a partir de meios, em abstrato, inadmissíveis num Estado de Direito ou, em concreto, desproporcionais. Nesse sentido, segundo Ramalho (2017, p. 185):

[...] o Estado de Direito Democrático, assente na autonomia e dignidade da pessoa humana e no pluralismo, tem, forçosamente, de conviver com o fracasso e de reconhecer que, no caminho da prossecução da justiça, há, por vezes, um dever de recuar face à prevalência de direitos fundamentais.

Por outro lado, se é certo que essa orientação implica severas restrições ou limites à descoberta da verdade e à investigação criminal, “também é verdade que existem casos em que se justifica que o Estado vá mais longe do que noutros na procura da verdade, avançando paulatinamente em direção ao limite – a todos os títulos intransponível – da dignidade e integridade pessoal do visado” (RAMALHO, 2017, p. 185).

Na busca desse equilíbrio, o Estado deve decidir qual o preço está disposto a pagar para a prossecução penal de quem pratica um crime. Noutras palavras, o sacrifício que o Estado está disposto a fazer no que tange aos direitos fundamentais para o alcance da verdade. Esse sacrifício é materialmente executado, na fase de investigação, a partir da utilização “um *arsenal* de meios de investigação criminal progressivamente mais agressivos dos direitos dos cidadãos em função da gravidade e danosidade social do crime em causa ou da absoluta indispensabilidade do meio de prova em face das circunstâncias” (RAMALHO, 2017, p. 185-186).

Mesmo reconhecendo-se os enormes desafios para a descoberta da verdade oriundos da complexidade do ambiente digital e dos métodos desenvolvidos pelos

recursos tecnológicos para esconder e camuflar a prática de crimes e obstaculizar o acesso às provas, o preço que o Estado se disponha a pagar não pode chegar ao ponto de corroer a liberdade de atuação do cidadão comum, por receio de uma ingerência estatal remota e secreta, preventiva ou repressiva, nas atividades de sua vida (RAMALHO, 2017).

É nesse âmbito que as proibições de prova funcionam como verdadeiros limites autoimpostos pelo Estado à descoberta da verdade, ancoradas no princípio da dignidade da pessoa humana, matriz fundamental do Estado Democrático de Direito, cuja violação atinge a própria legitimidade do exercício do poder punitivo do Estado.

A partir desse panorama inicial e resguardando-se principalmente a dignidade da pessoa humana, é que importa realizar os apontamentos necessários que permitam compreender as provas ilícitas por derivação.

4 A LEGALIDADE DOS DADOS OBTIDOS DE APARELHOS CELULARES PELO DELEGADO DE POLÍCIA

A apreensão de computadores, *smartphones*, *tablets* e celulares está sujeita às mesmas regras que regem a apreensão de bens em geral, exceto quando se tratar de objetos que tenham relação com o fato criminoso ou mesmo de objetos sujeitos a medidas assecuratórias ou cautelares patrimoniais, que possuem regramento específico. Assim, em se tratando de apreensão vinculada à produção de provas em geral, a regra é a de que deva ser precedida de ordem ou autorização judicial, pois se trata atividade constritiva com incursão sobre o patrimônio e a intimidade da pessoa afetada pela diligência e com reflexos na prova a ser produzida nas investigações extrajudiciais ou judiciais (SOUZA, 2020).

Importa destacar que eventuais excessos por parte dos agentes encarregados da investigação podem configurar, inclusive, desde que presente o elemento especial subjetivo do dolo (dolo específico) previsto no art. 1º, § 2º da Lei 13.869/2019, o tipo penal previsto no art. 25 da referida Lei de Abuso de Autoridade, desde que a prática ocorra no curso de procedimento de investigação (inquérito, sindicância, PIC etc.) ou fiscalização, havendo ainda a possibilidade da extensão do crime em questão àquela autoridade que: “[...] faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude”.

Os dados armazenados em quaisquer desses aparelhos (computador, *smartphone*, celular etc.) não se confundem com as comunicações das quais derivaram e, uma vez concluídas tais comunicações, desde que armazenadas, passam elas a ter a natureza de documentos guardados ou arquivados, podendo ser acessados e

utilizados como prova, desde que observadas as mesmas restrições aplicáveis à apreensão de documentos em geral. Assim como um policial não está autorizado a acessar um escritório ou uma residência, fora das hipóteses legais ou da presença de concordância do responsável, e apreender documentos arquivados ou guardados, assim também não está autorizado a acessar o banco de dados desses equipamentos eletrônicos, exceto se tiver autorização judicial para tal diligência⁷³.

Prática comum, mas nem por isso lícita, vem a ser aquela em que o policial realiza uma diligência ou mesmo uma prisão em flagrante e, sem autorização judicial ou do custodiado, atende as ligações destinadas a ele (suspeito ou investigado), acessa a sua agenda de contatos, o seu arquivo de fotos ou mesmo lê as mensagens ou e-mails do custodiado, sem o consentimento dele. Tal prática, apesar de contar com o apoio de alguma corrente jurisprudencial, é ilegal e fere o direito de privacidade das comunicações do indivíduo investigado (CRFB, art. 5º, XII) quando se trata de ligações ou mensagens em curso; ou a sua privacidade (CRFB, art. 5º, X), quando se refere a mensagens ou ligações armazenadas, movimentação bancária etc., neste caso concebidas como dados armazenados e não como dados interceptados, gerando prova ilícita.

Não obstante a posição aqui externada, há considerável corrente jurisprudencial, principalmente nos tribunais de 2ª instância, sustentando a tese da licitude da diligência policial consistente em acessar e ler ou decifrar os arquivos dos aparelhos celulares ou *smartphones*, sem consentimento de quem de direito, ao argumento de tal prática decorreria da autorização de apreensão prevista no art. 6º do CPP, o que parece decorrer de equívoco interpretativo, uma vez que as regras que dizem respeito a limitação de direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente. No entanto, o acesso indevido aos dados armazenados não os invalida, tornando ilícitas apenas o uso do conteúdo acessado ilegalmente, mas permitindo que, invalidado aquele conteúdo, novas investigações possam partir da mesma fonte, de forma ampla (SOUZA, 2020).

73 STJ: Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos (RHC 51.531/RO–Rel. Min.Nefi Cordeiro–DJe 09.05.2016).

TRE-AC: Perícia resultante de acesso a registros telefônicos, a mensagens e a conversas WhatsApp de aparelho celular obtido por meio de medida cautelar de busca e apreensão previamente autorizada por ordem judicial não constitui prova ilícita, tendo em vista que não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos e, além disso, a proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. Precedentes do STJ e do STF. (TRE-AP–RP: 224081–AP, Rel.: Décio José dos Santos Rufino–DJE–Diário da Justiça Eletrônico–TRE/AP, Tomo 199–Data 07.10.2016, Página 8).

Essa exceção se explica, pois uma vez concebida a ilicitude da prova (v.g. conteúdo de mensagens armazenadas em aplicativo de *whatsApp*; registro de conversas por meio de e-mail, etc.), por ter sido obtida com afronta a regra de direito material (inseridas na Constituição Federal, em Normas Internacionais internalizadas pelo Brasil e Leis), não pode aquela própria prova ser aproveitada ou refeita, mas tendo o equipamento tecnológico (celular, *smartphone*, etc.) sido apreendido regularmente, como na situação aqui analisada ele se constitui em fonte de provas e não em elemento de prova (prova = resultado extraído da fonte de provas), desde que tenham sido obedecidas as regras de integridade da cadeia de custódia na preservação do aparelho e de seus dados armazenados e aplicativos periciados, conforme recentes alterações introduzidas no CPP pela Lei 13.964/2019, encontra-se autorizado o novo acesso ao conteúdo daquelas fontes, para a produção de provas judicialmente autorizadas⁷⁴.

5 CONCLUSÃO

De fato, os modernos dispositivos tecnológicos, a exemplo dos *smartphones*, *tablets*, *smartwatches*, *notebooks*, etc., e os crescentes aplicativos de redes sociais, fazem parte do cotidiano da atual sociedade da informação. Essa nova realidade, ao passo que contribui para o inegável progresso da humanidade ao facilitar o acesso à informação e ao conhecimento, também impõe novos desafios sobretudo à segurança dos dados que circulam no ambiente digital, deixando mais vulneráveis a privacidade e a intimidade dos cidadãos.

Sabe-se que os métodos tradicionais de investigação criminal se mostram insuficientes para ultrapassar as dificuldades impostas à persecução criminal nesse complexo ambiente da atual sociedade em rede e em risco. É inevitável, portanto, que haja uma reação do sistema jurídico no sentido de permitir que o Estado persecutor utilize-se dos avanços tecnológicos que impliquem investigações mais invasivas e

74 STJ: por ocasião da própria prisão em flagrante – sem, portanto, a prévia e necessária autorização judicial –, o policial atendeu o telefone do réu e afirmou que a ligação tratava de um pedido de venda de substância entorpecente. Na delegacia o celular do réu foi apreendido, desbloqueado e nele verificada a existência de mensagens de texto que indicavam prévia negociação da venda de entorpecentes, sem, portanto, anterior autorização judicial. 3. A denúncia se apoiou em elementos obtidos a partir da apreensão do celular pela autoridade policial, os quais estão reconhecidamente contaminados pela forma ilícita de sua colheita. [...] (STJ–HC: 542293 SP 2019/0322281-7–Rel.: Min.Rogério Schietti Cruz–DJe 19.12.2019).

TJRS: Insurge-se a defesa considerando a mídia acostada aos autos e na qual registrados, pela autoridade policial e seus agentes, áudios extraídos de aplicativo de mensagens (*WhatsApp*). Atividade policial que se pautou em prévia autorização judicial, não se verificando qualquer falta de zelo no manejo da prova a gerar a afirmada quebra da cadeia de custódia.

insidiosas aos direitos fundamentais, para fazer frente à paralela evolução de práticas criminosas mais graves.

Nesse contexto, os dados obtidos pelo Delegado a partir do acesso ao celular do acusado apresentam-se como um dos meios de investigação ou de obtenção de prova dos mais insidiosos, principalmente pelo seu multiforme potencial técnico que o habilita a uma ampla capacidade investigativa, com repercussão limitativa de diferentes direitos fundamentais.

Por outro lado, a recusa absoluta da possibilidade do emprego de técnicas investigativas inominadas ou insatisfatoriamente regulamentadas poderá resultar na total incapacitação do Estado de cumprir a sua importante missão de apurar condutas criminosas de alta complexidade. Desse modo, a exclusão apriorística da possibilidade do emprego de todo e qualquer método investigativo inovador oriundo da evolução tecnológica não parece se coadunar com o desejável equilíbrio entre a necessidade de eficiência das investigações criminais e a garantia de proteção dos direitos fundamentais.

Ademais, a ordem constitucional e legal brasileira não impõe um sistema rígido de taxatividade dos meios de obtenção de prova, admitindo-se o recurso a meios de investigação ou de obtenção de prova não disciplinados expressamente em lei, desde que respeitada a estrita observância dos limites constitucionais e processuais da prova, atendidas, ainda, a excepcionalidade e a proporcionalidade da medida⁷⁵, para garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais atingidos

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei 2.848 de 7 dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 3 abr. 2021.

⁷⁵ Em Voto-vista, o Min. Rogério Schietti Cruz, no julgamento do Habeas Corpus nº 315.220/RS do Superior Tribunal de Justiça (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015), entendeu que o acesso à conta de correio eletrônico não se trata de interceptação, porque a sua captação não era atual, mas se cuida de quebra de sigilo de comunicações telemáticas (sem previsão legal). Desse modo, sustentou que a medida implementada judicialmente aproxima-se, em sua essência, da busca e apreensão de documentos virtualmente armazenados em provedor de internet, devendo, pois, regular-se pelo disposto no art. 240 [, §1º, f] do Código de Processo Penal, que regulamenta a busca domiciliar ou pessoal.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 3 abr. 2021.

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

Brasil. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 3 abr. 2021.

CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

DIAS, J.F. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, A.P.; FERNANDES, A.S.; GOMES FILHO, A.M. **As nulidades no processo penal**. 12. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HARRIS, R. Arriving at an anti-forensics consensus: Examining how to define and control the anti-forensic sproblem, *Digital Investigation - The international Journal of Digital Forensics & Incident Response*, V. 03 – Suplemento, 2006.

HENRIQUE, W.G. **Anti Forensics**: dificultando análises forenses computacionais. 2006. Disponível em: <http://ws.hackaholic.org/artigos/AntiForensics.ppt>. Acesso em: 3 abr. 2021.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NETHER, N.A.B. **Proteção de Dados dos Usuários de Aplicativos**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

RAMALHO, D.S. **Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital**. Coimbra: Almedina, 2016.

RODRIGUES, B.S. **Refers to the idea of digital domicile for the purpose of online searches – Da Prova Penal – Bruscamente...** A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal. Lisboa: Rei dos Livros, 2010, v. 2.

SILVA, G.M. **Curso de Processo Penal**. Tomo I, Verbo, 2010

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

LEIS PENAIS INEFICAZES EM RELAÇÃO A SEGURANÇA E PROTEÇÃO DA COMUNIDADE LGBTQIA+

HIGOR GUSTAVO CARARRETO ZUIN:
Bacharelado em Direito pela Universidade
Brasil

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(ORIENTADOR)

RESUMO: O presente trabalho, tem como propósito demonstrar que algumas leis penais estão desatualizadas e se mostram ineficazes quando o assunto é a proteção e segurança da comunidade LGBT, mostrando a realidade que membros desse grupo vivem na sociedade brasileira atual. Analisando o Código Penal brasileiro quanto seus princípios igualitários, e a necessidade de uma grande atualização para uma maior abrangência e eficácia. Trazendo visões jurídicas, atentado ao fato de mudanças futuras, e conquistas já inseridas em nosso sistema jurisdicionais. Mostrando por meio de pesquisas, notícias e doutrinas a realidade enfrentada no dia-a-dia desta comunidade, sendo necessária uma empatia jurídica e social. A corda do poder judiciário deve estar sempre acompanhando o viés histórico, para proteger os direitos dos mais necessitados, e é neste eixo que será trabalhado o presente artigo, trazendo a necessidade urgente que alguns grupos de vulnerabilidade precisam.

Palavras-chave: Segurança. LGBTQIA+. Código Penal.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DA SEGURANÇA PÚBLICA. 2 SISTEMA PENAL. 3 QUADRO NACIONAL SOBRE A HOMOFOBIA. 3.1 Garantias Sócio Penais Para LBGT's. 4 DOS CRIMES MAIS COMETIDOS CONTRA A COMUNIDADE LBGTQIA+. 5 DAS INICIATIVAS JURÍDICAS PENAIS EXISTENTES. 5.1 Das Iniciativas Penais Necessárias. 5.1.2 Contra partidas no legislativo. 6 ADIÇÕES AO CÓDIGO PENAL. 6.1 Crimes Contra A Vida. 6.1.2 Capítulo II do Código Penal. 6.1.3 Da rixa. 6.1.4 De mais artigos importantes. 6.2 Atualização Do Código Penal. 7 A INEFICÁCIA DA PROTEÇÃO. 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A comunidade LGBTQIA+ corresponde a uma grande parte da população brasileira, dados estes que não são tão específicos pelo preconceito, dificuldade de aceitação e falta de informação; Entende-se por essa comunidade: lésbicas, gays,

bissexual, transexuais, travestis, transgêneros, queer (quem transita entre o gênero masculino e feminino, chamado de não-binário), intersexo, assexuais e etc.

No Brasil uma pesquisa realizada Grupo Gay da Bahia (GGB) divulgado em 2019 revela que a cada 23 horas é registrado 1 morte por homofobia, dados esses que são reforçados pelo Ministério dos Direitos Humanos que entregou a Advocacia-Geral-da União um relatório onde constava que entre os anos de 1963 e 2018, 8027 pessoas foram assassinadas no Brasil em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

O papel do direito é fundamental para a proteção dessas pessoas, tal informação é evidenciada pela Constituição Federal em seu artigo 144 narra que: A segurança pública, é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através de seus órgãos.

Porém quando se olha para o Código Penal brasileiro vemos uma total falta de inclusão para com essa comunidade, deixando-os a margem de suas necessidades. A proteção em leis se vê fundamental para a segurança de vida dessas pessoas.

Por meio desse artigo venho demonstrar as leis penais fracas em relação a segurança da comunidade LGBTQIA+ em nossa atualidade, procurando evidenciar o papel no Estado em resguardo as suas vidas.

1 DA SEGURANÇA PÚBLICA

Um dos principais princípios que norteiam nossas leis é a segurança, quando qualquer legislador vai criar uma norma é levado em consideração a situação atual e os problemas que o país enfrenta em seu momento histórico; Pegando como exemplo a Lei 11340/06 – Lei Maria da Penha foi criada para sanar e amenizar um problema frequente que é a violência contra a mulher que na época era extremamente comum, cotidiana e para resguardar o direito a segurança da mulher foi necessário criá-la, tendo em vista sua criação proporcionou um maior amparo jurídico para as mulheres que sofriam violência.

Tal fato deve ser levado como exemplo para proteger outras minorias que sofrem dessa mesma violência, como é o caso da comunidade LGBT, na atualidade brasileira os casos de violência, agressões e desrespeito contra essa comunidade tem dados diários alarmantes, e elas precisam de uma proteção jurídica para que o Estado cumpra seu papel no que diz respeito à segurança igualitária a todos.

Segundo um estudo nas escolas da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), 60% dos jovens homossexuais sentem-se

inseguros, os dados vão se tornando mais alarmantes quando 73% dos que responderam à pesquisa já sofreram agressões verbais, e 36% que já foram agredidos fisicamente. Dados esses que se restringem ao âmbito escolar, o que se torna proporcionalmente maior em outros setores da sociedade.

Tento em vista que todo cidadão tem seu direito a segurança garantido, vai em contradição com a atual situação do Brasil, leis precisam ser criadas, alteradas, acrescentadas e atualizadas.

2 SISTEMA PENAL

O Código Penal vigente atualmente foi criado em 1940, e se encontra presente em nossa atualidade. Como qualquer código, sofreu algumas alterações para acompanhar a evolução jurídica de cada década, para que ele mesmo se torne mais preciso e rigoroso quanto aos crimes.

Como já mencionado, e tendo em vista a data do código, cada vez que um dilema social é criado e se vê a necessidade jurídica de um amparo os legisladores tem como missão criar leis para garantir um direito a proteção, só que a omissão dos direitos do grupo LGBT se faz uma triste realidade por questões religiosas e morais, e que também podem trazer reflexos eleitorais a determinados grupos conservadores da sociedade.

Quando fazemos uma análise nos artigos do Código Penal, se nota que em alguns está presente uma majoração e um aumento de pena em determinados crimes, com isso entende que se fez necessário tanto pela natureza cruel do crime, quanto motivos específicos ou por determinados grupos da sociedade, e por isso os legisladores compreendem que a pena deve ser agravada, para que quando tal delito for realizado ele seja punido severamente, criando além de uma menor cadência desse crime, uma proteção direta e indireta para as possíveis vítimas.

3 QUADRO NACIONAL SOBRE A HOMOFOBIA

Conquistas e construções sociais foram criadas durante toda uma história quando assemelhadas a comunidade LGBT, há 30 anos a OMS retirava a homossexualidade das listas de doenças. Na época ser homossexual era considerado doença; foi apenas em 17 de maio de 1990, que a Organização Mundial de Saúde retirou a homossexualidade da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados a Saúde (CID). Segundo Foucault o conceito de sexualidade pertence a nossa história como uma completo e expõe da seguinte maneira:

A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se aprende com dificuldade, mas à grande rede de superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e poder (FOUCAULT, 2020, p. 176).

Olhando em um contexto geral a desinformação e a incapacidade de compreensão faz com que pessoas tenham receio e preconceito ao desconhecido, principalmente quando uma grande massa é influenciada por informações religiosas e políticas.

Para que mudanças jurídicas sejam feitas precisa-se olhar para a causa do problema, ou seja, o que está acontecendo para que esses delitos se tornem cada vez mais frequentes e violentos.

O conservadorismo presente em uma grande parte da população brasileira atual tende a taxar como “fora do normal” estabelecido por uma maioria, e quando são instigados por líderes políticos/religiosos ao preconceito e a intolerância alguns dos resultados frequentes são as violências físicas e verbais. Um dos exemplos claros que reforçam essa ideia é quando o atual Presidente da República Jair Bolsonaro disse em 2002 uma entrevista que: “Não vou combater nem discriminar, mas, se vir dois homens se beijando na rua, vou bater”.

Um quadro mais explicativo citando novamente Foucault:

É necessário para dar espaços aos estilos de vida homossexual, as escolhas de vida em que as relações sexuais com pessoas do mesmo sexo sejam importantes. Não basta tolerar dentro de um modo de vida mais geral a possibilidade de fazer amor com alguém do mesmo sexo, a título de componente ou suplemento. (...) O fato de fazer amor com alguém do mesmo sexo pode muito naturalmente acarretar toda uma série de escolhas, toda uma série de valores e opções para as quais ainda não há possibilidades reais (FOUCAULT, 2020, p. 320).

Tendo como fato que a sociedade é estimulada por ícones influenciadores, quando se acompanha ideologias discriminativas a constante ideia de violência costuma a ser mais frequente. Algumas narrativas se tornam reais quando se atenta para o quadro social, em que segundo IBGE a expectativa de vida das travestis e das

mulheres trans é de 35 anos; e quando se olha para média nacional é de 75,5 anos. Questionando esse fato social o psicólogo Sammarco (2013, p. 258), autor do livro “Travestis envelhecem?”: “Muitas acabam se envolvendo em drogas, com a noite, com perigos da noite, o preconceito, violência. É difícil chegarem aos 30 anos. Quando conseguem, é um grande feito de sobrevivência” diz.

Quando se volta o olhar para brasileiros que estão inseridos em nossa sociedade e que pagam seus impostos, votam, vivem, consomem e produzem imagina-se que deve ter uma igualdade básica, porém a marginalização preconceituosa fazem com que esse grupo de pessoas se sinta acudadas e receosas para com suas integridades físicas e psicológicas, temendo até mesmo pelo bem mais preservado na Constituição que é a vida. A garantia de direitos deve ser sempre igualitária. A defasagem social enfrentada pela comunidade LGBT é real, estrutural e violenta.

3.1 Garantias Sócio Penais Para LGBT's

Todo cidadão tem garantias resguardadas penalmente, tendo uma segurança jurídica, sabendo que estará amparado por uma lei que o protege, e garantindo com certeza de uma sanção seja convertida para quem infrinja-as segundo Luigi Ferrajoli, que é consideração um dos principais teóricos do Garantismo:

garantia é o sistema penal em que a pena, excluindo a incerteza e a imprevisibilidade de sua intervenção, ou seja, que se prende a um ideal de racionalidade, condicionado exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo; donde surge o ponto de contato com o minimalismo (FERRAJOLI, 2017, p. 412).

Uma indagação pertinente é se essa comunidade está recebendo tais garantias e se elas estão sendo equiparadas as sanções recebidas pelos que as infringem.

4 DOS CRIMES MAIS COMETIDOS CONTRA A COMUNIDADE LGBTQIA+

Dentro os crimes presentes em nosso regulamento penal os que mais afetam a comunidade LGBTQ são o de lesão corporal, injúria, difamação suicídio e homicídio, crimes esses que por si só já tem suas majorações, porém não específicas para esse grupo. Visando que a cada ano a violência no Brasil gradativamente aumenta seguindo a LGBTfobia, a necessidade de novas leis e novos agravantes para as já existentes se fazem real.

A realidade atual faz com que a vítima desses crimes seja mais propensa a ser gay, lésbica, bissexual, travesti e transsexual. E visando que para alguns desses delitos o aumento de pena está presente quando a vítima é mais frágil, vulnerável, com grau de parentesco ou afeto pode se criar também para uma classe de pessoas que se veem sendo alvo diariamente para fins de proteção, sendo isso outra questão completamente plausível.

5 DAS INICIATIVAS JURÍDICAS PENAIS EXISTENTES

Com tantos conflitos evidentes já elencados é quase inevitável que algumas iniciativas já foram criadas para preservar a segurança, e para adicionar conteúdo legais para esse grupo. Nos últimos 20 anos no Brasil algumas políticas públicas foram conquistadas e algumas barreiras dos preconceitos vieram a baixo como: a obtenção da certidão de casamento civil entre casais do mesmo sexo, adoção de crianças por casais gays, a eleições de deputados, senadores, prefeitos, do grupo LGBT, cirurgias de mudança de sexo paga pelo Sistema Único de Saúde, etc. E até mesmo um caso que se deve salientar pelo meio jurídico como episódio da Gisele Alessandra Schmidt a primeira advogada transgênero a subir a tribuna do STF.

E uma das mais significativas e conquista recentes foi a criminalização da homofobia, que foi incluída na lei antirracismo nº 7.716/89 que equipara o crime ao de racismo, fazendo assim com que o Brasil se torne o 43º país a criminalizar a homofobia segundo um levantamento da Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais, fato importante e gerador de discussões para o início de políticas penais eficientes e necessárias.

5.1 Das Iniciativas Penais Necessárias

O que se faz necessário quando fala-se em iniciativas, são modos específicos que oferecem adições em normas já existentes assim como visto na lei antirracismo, o fato é que para adicionar e atualizar é necessário bastante, tempo, luta, estudo e esforço, já que o legislativo brasileiro não se encontra em boas condições.

A representatividade LGBT nos partidos começou a tomar força recentemente, e com isso os avanços começam a sair, porém ainda a passos lentos pois a oposição se mostra em alta.

5.1.2 Contra partidos no legislativo

Embora com o avanço das candidaturas ao cenário legislativo de políticos da comunidade, há em contraposição uma maioria conservadora nesse parâmetro, tomando como base 248 deputados votaram contra políticas LGBT na pasta de Direitos Humanos, tendo uma sessão de 398 votos no total, emenda essa com iniciativa de

Paulo Pimenta (PT-RS) que tem como objetivo a inclusão políticas específicas para a comunidade LGBTI no ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos; Em seu texto Pimenta propôs que uma das áreas de competência da pasta de Direitos Humanos deveria incluir “políticas e diretrizes destinadas à promoção dos direitos humanos, incluindo os das minorias étnicas e sociais e da população”

6 ADIÇÕES AO CÓDIGO PENAL

Analisando profundamente o Código Penal e seus artigos se nota como já elencado uma necessidade de atualização para acompanhar a realidade violenta que o país enfrenta. Podendo detalhadamente encontrar oportunidades de adições para encaixar punições mais brandas para réis que cometam crimes contra a grupos de minoria frequentemente afetadas, como o caso dos LGBT's. Com base nos crimes, mas acometidos se pode fazer alguns apontamentos e questionamentos.

6.1 Crimes Contra A Vida

Observando alguns dos artigos do código penal e elencando alguns como: Artigo: 121 – Homicídio simples: Matar alguém; Artigo: 122 – Induzimento ao suicídio: Induzir ou instigar alguém a suicidar-se.

Visto que esses são alguns dos crimes contra vida mais praticado versus o grupo, cria-se a necessidade da adição em seus aumentos de pena para conter e assegurar, assim como se tem para ascendente, descendente, cônjuge, etc.

6.1.2 Capítulo II do Código Penal

Artigo: 129 – Lesão Corporal: Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem; Artigo: 136 – Maus-tratos: Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.

Reforçando a necessidade de atualização e crescimento das majorações visto a frequência alarmante contra gays, lésbicas, transexuais, etc. Principalmente ao crime de lesão corporal.

6.1.3 Da rixa

Artigo: 140 – Injúria: Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

Atentando ao inciso §3º: Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).

Onde claramente se faz necessário a injúria por orientação sexual.

6.1.4 De mais artigos importantes

Não menos importante, mas dispersos pelas páginas do Código Penal, alguns artigos devem ser mencionados como: 213, 216-A, 217-A, 218, 218-A, 218-B, 227, 228. São crimes contra a liberdade sexual. Afetando diretamente a comunidade LGBT, principalmente a prostituição onde muitas travestis e transexuais são exploradas e se veem obrigadas aos trabalhos já que por sua vez não tem facilidade ao encontrar emprego.

Uma matéria do site G1 (2018) mostra uma estatística triste e alarmante, que, 90% das travestis e transexuais sobrevivem da prostituição.

6.2 Atualização Do Código Penal

O vigente Código Penal brasileiro se encontra desatualizado, muito dos crimes hoje praticados são poucos punidos e quando são estão mais equiparados com suas ações, isso vai em desencontro com a ideia frisada por Cesare Beccaria em seu livro "Dos Delitos e das Penas" onde fala:

Um dos maiores travões aos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade (...) A certeza de um castigo, mesmo que moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade (BECARRIA, 2017, p. 128).

Tendo em vista que a impunidade está diretamente ligada a reincidência e que para cumprir com o dever de segurança as normas devem estar interligadas com seu tempo histórico a evolução do código é essencial para garantir mais segurança

O Brasil necessita de uma norma penal mais atualizada, capaz de atender todas as exigências e com penas mais severas. O Código Penal possui muitas distorções quanto à pena aplicada, pois há determinados casos em que delitos contra o patrimônio preveem sanções mais rigorosas do que para crimes contra a vida (...) possuímos uma gama de crimes que precisam ser reestudados. Sabe-se que corrigir falhas em uma lei não é uma tarefa fácil e exige um moroso trâmite processual, pois depende

de aprovação no Congresso Nacional e da sanção do Presidente da República (...) A atualização dos preceitos sancionadores do Código Penal é fundamental para que o Brasil enfrente o enorme índice de criminalidade existente. A população brasileira espera, ansiosamente, que essa reforma ocorra o mais breve possível (BARRETO, 2013, s.p).

7 A INEFICÁCIA DA PROTEÇÃO

De modo geral a segurança do Brasil está precária, quando se move o olhar para a comunidade LGBT é pior ainda, a taxa de assassinatos é alarmante. Além dos homicídios referidos, há um número que oficialmente não é registrado, por omissão do Estado ou silenciamento das vítimas, de casos de diversos tipos de agressão e violência física, moral, psíquica, entre outras, que segrega e outras tantas vezes extermina pessoas LGBT. E esta não é um fato apenas do Brasil, aliás, em alguns países a situação é ainda mais grave, uma vez que a homossexualidade constitui crime: "Ainda hoje, cerca de 80 países mantêm penas de prisão, tortura e/ou morte para homossexuais. Em países onde a homossexualidade não é crime, a discriminação, o preconceito e a exclusão social deixam profundas marcas" (MELLO, 2006, p. 26)

Infelizmente como já apresentado, o problema não são apenas assassinatos, em um modo amplo maneira como são diferenciar-se as manifestações de abusos, também é amplo o leque de origem das agressores: "Para além da situação extrema do assassinato, muitas outras formas de violência vêm sendo apontadas, envolvendo familiares, vizinhos, colegas de trabalho ou de instituições públicas como a escola, as forças armadas, a justiça ou a polícia" (BRASIL, 2008, p. 17).

Ferindo tudo que se vê presente nas leis pátrias e penais, a contramão é nítida, sendo um dos princípios fundamentais o da proteção.

Princípio da proteção, também conhecido como princípio real ou princípio da defesa, comanda a incidência da lei penal, no exterior, consoante o bem jurídico ofendido pelo crime. Em determinados casos, tendo em vista a importância do objeto jurídico para a nação, o Estado projeta a sua lei além do território a fim de punir o autor de infrações. Trata-se, como foi dito, de expressão de soberania, sem consultar o país onde se deu o fato e movimenta seu sistema repressivo para ser aplicada a sanção.

Os princípios fundamentais de Direito Penal, conforme entendimento de Bitencourt (2009, p. 9), tornam-se freios ou limites ao poder punitivo do Estado, que

não pode invadir de forma arbitrária a esfera dos direitos fundamentais do cidadão. Saliendo esse sentido o autor discorre:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do *Iluminismo*, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o *Estado Absolutista*, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses *princípios limitadores* passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um *Direito Penal mínimo* e garantista (BITENCOURT, 2009, p.10).

Sendo assim, a eficácia estabelecida nos pilares/princípios está sendo ferida, e com isso vidas estão se perdendo e sendo prejudicadas.

Há uma grande parte da população que discorda sobre a proteção da comunidade GLS, e relatam ser um certo exagero, e desnecessários, já que as leis penas cobrem todos, um exemplo é do Deputado Federal Eduardo Bolsonaro que opina:

O que eles querem com o PL 122 é criar uma super-raça. Não há motivo. Se uma pessoa me matar aqui, [trata-se de] um homicídio qualificado, de seis a 20 anos. E se descobrirem que a pessoa do lado que [também] morreu é gay... [não há motivo para] transformar isso numa pena maior. Não haveria sentido. As punições já estão aí. O problema é a impunidade (BOLSONARO, 2014).

Essa é uma ótica que pode ser levada em questionamento, porém, encontra-se um problema quando, um homem/mulher hétero cis se sente mais protegido na rua, em suas casas ou em lugares públicos do que gays, lésbicas, travestis e transexuais. Então é aí que mora o impasse, se a proteção recai a todos, por que o sentimento é diferente quando se muda a orientação sexual e identidade de gênero.

Ou seja, em um país onde a igualdade é estabelecida, os sentimentos são desiguais, salientando a desigualdade na proteção do Estado de Direito, Oscar Vilhena Viera tange:

Em 1988, o Brasil promulgou uma nova Constituição, depois de mais de duas décadas de um regime autoritário. Em reação à experiência do governo arbitrário e a um passado de injustiça e desigualdades sociais, a nova Constituição foi tecida sob os princípios do devido processo legal, da democracia e dos direitos humanos. Sua carta de direitos garante direitos civis, políticos, sociais e econômicos, incluindo os direitos de grupos vulneráveis como os indígenas, os idosos e as crianças. Esses direitos recebem uma proteção especial e não podem ser abolidos nem por intermédio de emendas constitucionais. O Brasil é hoje parte das principais convenções internacionais de direitos humanos, e essas têm um efeito direto sobre o sistema jurídico brasileiro. Portanto, todas as garantias substantivas e procedimentos da Carta Internacional de Direitos Humanos são parte do sistema jurídico brasileiro. De acordo com a Constituição Brasileira, a lei é o único instrumento que pode impor obrigações jurídicas sobre os indivíduos, sendo que por lei se entendem aqueles atos normativos editados pelo Congresso, processual e substantivamente, em conformidade com a Constituição. Toda pessoa é "igual perante a lei", sem qualquer distinção. As leis devem ser prospectivas, entrando em vigor apenas depois de sua publicação; as leis retroativas são admitidas apenas quando beneficiarem os indivíduos. Não existem leis secretas. No caso de emergência, o presidente pode editar medidas provisórias que têm que ser aprovadas pelo Congresso para se tornarem leis, dentro de um prazo de sessenta dias, caso contrário elas perderão a eficácia desde sua edição. Em suma, embora muitas leis brasileiras não passem pelo teste de generalidade de Hayek, já que muitas delas possuem um propósito específico e individualizado, assim como muitas leis editadas em qualquer sociedade pós-liberal, elas certamente seriam compatíveis com a formulação de Raz sobre o conceito de lei, no qual regras particulares são admissíveis se forem consistentes com as regras gerais. Também penso que as leis brasileiras, em geral, podem ser consideradas inteligíveis, não contraditórias e razoavelmente estáveis (VIERA, 2007, p. 28-51).

Observando e reforçando se é incluso o direito a grupos vulneráveis como os indígenas, crianças e idosos, seria mais uma conquista o resguardo da comunidade

LGBT. A adição é nada mais que uma forma de fazer com que essa “proteção” prometida juridicamente seja eficaz.

As lutas pelo sentimento de segurança faz com que o Estado olhe e comece a repensar sobre políticas necessárias, o grupo LGBTQIA+ estão a todo momento atrás de suas garantias, dentre elas: a doação de sangue, ocupação em alguns todos os espaços políticos, as Fakes News contra a comunidade, a população LGBT negra, direito à educação, saúde integral, direto à moradia, trabalho e renda, e como explanado direito ao sistema de segurança e justiça.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto no presente artigo nota-se a necessidade de uma atualizando e um acréscimo no Código Penal, bem como um maior amparo jurídico quando a vítima é membro da comunidade LGBT. Os números criminais contra tal grupo se mostram cada vez mais frequentes, o Estado como relatados em suas leis pétreas precisa garantir segurança, proteção e uma boa qualidade de vida para essas pessoas.

Quando se olha para uma parcela da sociedade que tem sua expectativa de vida reduzida pela sua escolha sexual ou por sua identidade de gênero, é necessária uma revisão de como o sistema jurídico pode resguardar e proteger, fazendo assim valer o que a Constituição estipula. Iniciativas precisam ser tomadas, bem como uma inclusão penal. A evolução da sociedade é crescente e com ela alguns problemas vão se manifestando, assim como se viu necessário uma proteção para pessoas pretas, mulheres em seus ambientes domésticos, hoje é prudente amparado por dados e notícias a intervenção do Poder Jurídico na causa de gays, lésbicas, transsexuais, etc.

Sendo assim, quando se pensa na frase “Brasil um país para todos”, deve englobar o âmbito social, educacional, familiar e principalmente o jurídico, pois é nele que está uma das bases centrais para a sociedade; e quando alguns desses pilares, se encontram desatualizados, igual a realidade brasileira, vemos a decadência para grupos de pessoas, no caso o LGBT. É necessário uma maior empatia jurídica, não para dar superpoderes, ou para colocar uns acima de outros, mas para dar a chance de uma vida descente a gays, lésbicas, bissexuais, transsexuais, transgêneros e travestis, para que assassinatos, agressões físicas e verbais, se afastem da realidade dessas pessoas, que a sensação de segurança e proteção sejam escrita na lei e sentida por todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, P. **Travestis Envelhecem?**. São Paulo: Annablume, 2013. 258 p.

BARRETO, P. A necessidade da atualização do Código Penal. Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/artigos/a-necessidade-da-atualizacao-do-codigo-penal>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Edipro, 2017. 128 p.

FERRAJOLI, L. **Garantismo Penal no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 412 p.

FOUCAULT, M. **História da Sexualidade I**: a vontade de saber. São Paulo: Paz & Terra, 2020. 176 p

FOUCAULT, M. **História da Sexualidade II**: o uso dos prazeres. 8. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2020. 320 p.

G1, Minas Gerais. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/cerca-de-90-das-travestis-e-transexuais-do-pais-sobrevivem-da-prostituicao.ghtml>>. Acesso em: 21 out. 2020.

R7, Brasil. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/gays-querem-se-transformar-em-super-raca-diz-filho-de-bolsonaro-06112014>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 28-51, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 out. 2020.

ALIENAÇÃO PARENTAL: OS DESAFIOS DA PROTEÇÃO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR TENDO A GUARDA COMPARTILHADA COMO A SOLUÇÃO MAIS VIÁVEL.

DALINE MARINHO ROCHA DO NASCIMENTO:
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário
Santo Agostinho - UNIFSA

PEDRO DE SOUSA MENESES⁷⁶

(coautor)

JOÃO SANTOS DA COSTA⁷⁷

(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa analisar a Alienação Parental e os desafios da proteção do melhor interesse do menor, onde a guarda compartilhada pode ser vista como solução mais viável como um meio de inibir os impactos de alienação parental na vida da criança e do adolescente. O objetivo do trabalho busca avaliar a Lei da Alienação Parental e como essa lei tem auxiliado nos casos de conflitos familiares onde o menor é o maior alvo desses conflitos, sendo atingidos psicologicamente, quando a convivência familiar não contribuir positivamente, causando grandes problemas para seu desenvolvimento, uma vez que cada um genitor tenta se sobressair do outro. Assim a guarda compartilhada se reflete como algo que pode reduzir os impactos da alienação parental na vida e desenvolvimento da criança e do adolescente, uma vez que a guarda compartilhada tira o poder de um genitor e passa a fazer com que ambos os genitores tenham seus papéis importantes para o menor.

Palavras-chave: alienação, convivência, menor, guarda compartilhada.

Sumário: 1. Introdução. 2. Análise conceitual da alienação parental. 2.1 Nos aspectos da Psicologia: consequências psicológicas ao menor. 2.2 No ponto de vista Jurídico. 3. Fundamentos da convivência familiar. 4. Melhor interesse da criança e do adolescente. 5. Guarda compartilhada: uma saída para redução dos impactos causados pela alienação parental. 6. Conclusão. Referências

1. INTRODUÇÃO

Com previsão constitucional, em que é dever do Estado, da família e da sociedade como um todo, proteger as crianças e adolescentes, observa-se a existência

⁷⁶ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, Teresina-PI.

⁷⁷ Professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA; Mestre em Direito com formação acadêmica pela Universidade Estadual do Piauí. Teresina-PI.

de princípios, previsões legais e postulados específicos que visam resguardar os direitos e o melhor interesse desse grupo populacional.

As crianças e adolescentes são consideradas pela doutrina e legislação brasileira como pessoas em desenvolvimento, razão pela qual é necessário que haja uma proteção específica para tais. Assim, em 13 de julho de 1990, o Brasil insere em seu ordenamento jurídico o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e mesmo com essa proteção específica, pode-se notar que tal postulado não foi capaz de prever todas as situações e institutos que envolvem os menores de idade, havendo lacunas que deveriam ser sanadas, visto que a sociedade e seus princípios mudam de forma rápida.

Diante da evolução do direito, foi então inserido o instituto denominado de alienação parental e pode-se ressaltar que esse instituto resguarda relação com a psicologia, onde Richard A. Gardner conceitua e trata sobre a Síndrome da Alienação Parental (SAP) desde 1985.

O direito brasileiro, então, evolui e, em 26 de agosto de 2010, surge a Lei de Alienação Parental (Lei 12.318), que traz não só a definição legal do que pode ser considerado como tal, mas também evidenciando os mecanismos que o poder judiciário pode utilizar para evitar que a SAP continue a ocorrer, buscando sempre preservar os princípios fundamentais e a dignidade humana da criança e/ou adolescente, pois são indivíduos em situação de vulnerabilidade.

Nesta feita, é necessário um aprofundamento no estudo sobre alienação parental, não apenas de forma geral, mas direcionado aos riscos e consequências psicológicas nas crianças e adolescentes. Assim, é importante mostrar algumas modificações que ocorreram nos conceitos de família e divórcio, tanto no aspecto social como legal.

A importância da pesquisa justifica-se pela necessidade de abranger as dificuldades e limitações que existem nas famílias para compreender o que é alienação parental, bem como conhecer os riscos existentes para as crianças vítimas deste ato, tendo em vista que as mesmas, dificilmente terão estrutura emocional para lidar com a situação, nem apoio de um profissional para ajudar nos possíveis traumas psicológicos causados pelo duro divórcio de seus genitores.

Com a previsão da igualdade de direitos e deveres de homens e mulheres no art. 5º da CRFB/1988, a ideia de responsabilidade e poder familiar foi se modificando e se aperfeiçoando cada vez mais. Consequentemente, em caso de divórcio nos quais os genitores possuem filhos ainda menores de idade, observar-se-á a realidade dos genitores, os laços criados e sempre o melhor interesse da criança para que se possa

determinar quem deve ficar com a guarda e qual sua modalidade, se será exclusiva de um dos genitores ou se será compartilhada.

As mudanças sociais e legais fizeram com que os conflitos conjugais e familiares se tornassem mais acentuados havendo casos com consequências graves para os envolvidos, principalmente para os infantes que podem vir a serem usados como meio de manobras de vinganças. É a partir disso que surge a seguinte pergunta norteadora: como o ordenamento jurídico brasileiro atua para preservar o melhor interesse da criança quando ocorre alienação parental?

O objetivo geral deste trabalho é analisar a aplicação da Lei de Alienação Parental (12.318/2010) e sua aplicabilidade no direito de família, buscando compreender melhor como o ordenamento jurídico brasileiro atua, manifesta e posiciona-se nos casos levados ao poder judiciário.

Quanto aos objetivos específicos, busca-se a análise acerca da guarda compartilhada como solução para inibir a alienação parental, examinando as disposições legais acerca do procedimento a ser adotado quando constatado um caso de alienação parental, analisando se o melhor interesse da criança e/ou adolescente é levado em consideração e assim, abordando a multidisciplinaridade do tema, vez que é necessário compreender não apenas o aspecto jurídico, mas também social, psicológico e familiar.

No que tange aos procedimentos técnicos, adota-se pesquisa bibliográfica, onde será realizada a partir da busca por fontes científicas como livros, artigos, monografias, visando identificar as concepções de diversos autores sobre o tema investigado, 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).

A presente pesquisa científica justifica-se pela necessidade de ponderar os aspectos sociais, psicológicos, sentimentais e familiares relacionados à alienação parental, a qual a pesquisa mostra-se relevante, pois se empenha em demonstrar aspectos necessários para os profissionais que lidam com essas causas, trazendo um viés mais humanista do Poder Judiciário.

A pesquisa se utiliza principalmente da Constituição Federal de 1988 como base legal, apontando ainda alguns dispositivos legais, como a Lei 12.318/2010 (Lei de alienação parental). A base teórica da pesquisa são artigos científicos relacionados a alienação parental e guarda compartilhada, bem como livros que abordam o tema proposto, como as contribuições teóricas de Figueredo (2013), Guilhermano (2012), Madaleno (2017), Viegas; Rabelo (2011), dentre outros, facilitando o entendimento e

aprimorando a abordagem sobre a alienação parental, buscando apontar os riscos e consequências do instituto estudado e a guarda compartilhada como possível solução para proteger o melhor interesse da criança e/ou adolescente.

2. ANÁLISE CONCEITUAL DA ALIENAÇÃO PARENTAL

2.1 Nos aspectos da psicologia: consequências psicológicas ao menor

Apesar de sempre ter ocorrido no mundo dos fatos, não havia um conceito ou uma previsão legal específica para essa situação, dado que seu conceito foi desenvolvido inicialmente no ramo da Psicologia, em 1985, pelo então profissional Richard A. Gardner e somente, muitas décadas depois, foi introduzido no direito.

O mencionado psicólogo então conceitua como a Síndrome de Alienação Parental (SAP):

[...] um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 1985, p.2).

O que o autor supramencionado evidencia é que a SAP é considerada no ramo da Psicologia como um distúrbio, o que evidencia que essa prática causa efeitos colaterais danosos para a criança e/ou adolescente. Assim sendo, há a presença da SAP quando a criança já passou por todo o processo da prática de atos que configuram como alienação parental, fazendo com que o menor tenha raiva e não queira aproximação com o genitor alienado.

É relevante ressaltar que a SAP é diferente de alienação parental. Esta é conceituada como as atitudes que o genitor faz para macular a imagem do outro, sendo que pode ocorrer de diversas maneiras, isto é, é a ação de um genitor para desmoralizar o outro à criança e/ou adolescente (GUILHERMANO, 2012).

Viegas e Rabelo (2011) consideram que a alienação parental pode se dar de várias formas, sendo necessário conceituá-las para que melhor se possa identificar as atitudes do genitor alienador. Por sua vez, a SAP existe quando há o comportamento e efeitos colaterais da alienação parental, ou seja, quando o menor já possui medo, raiva, rancor e sentimentos ruins relacionados ao genitor alienado, sendo, portanto, a condição médica na qual a criança se enquadra (VIEGAS; RABELO, 2011).

Juliana Guilhermano (2012) evidencia que a alienação parental existe quando há desejo de vingança, que pode ser relacionado com a insatisfação com o fim do relacionamento entre os genitores. Por essa razão, o genitor alienador utiliza de tortura e violência psicológica com a própria prole como forma de causar mágoa ao outro.

Isso gera consequências graves ao psicológico da criança e do adolescente, que se vê no meio de um “fogo cruzado” e tende a retardar seu desenvolvimento tanto no âmbito educacional, como o convívio com outros e ainda podendo afetar no seu processo de formação de caráter, uma vez que o seio familiar é a maior e principal contribuição para tal.

2.2 No ponto de vista jurídico

O instituto da Alienação Parental surge no direito brasileiro somente com a Lei 12.318/2010, que no seu art. 2º conceitua o que é considerado como tal. Esse artigo preleciona que ocorre quando há um sujeito, que é chamado de alienador, que possui a guarda, vigilância ou autoridade sob a criança e/ou adolescente e que por essa razão causa prejuízo à manutenção de vínculos com outro genitor, parentes ou pessoa com quem possui laços afetivos. Os incisos do art. 2º são situações de rol exemplificativo que são consideradas como alienação parental.

Fábio Vieira Figueiredo (2013) considera que seria impossível para o legislador, prever de maneira exaustiva todas as situações que pudessem figurar como alienação parental. Por essa razão, esse rol é considerado meramente exemplificativo. Estabelece ainda que é sempre difícil ou nem sempre possível identificar o que leva a pessoa a praticar essas condutas. Assim sendo, o que deve ser relevante é buscar resguardar os direitos do menor, visto que é de suma relevância e de interesse público a preservação dos seus interesses.

A partir desse conceito legal, Fábio Vieira Figueiredo (2013) elenca que ocorre a Alienação Parental sempre que há atuação do então chamado alienador de forma a prejudicar a formação de laços, perturbando a visão que a criança e/ou adolescente já possui do outro genitor. O referido autor estabelece ainda que essa prática surge com a desestruturação familiar proveniente do rompimento da relação. Considera-se que pode ocorrer o fim dos laços matrimoniais, mas ainda assim, persistir a estrutura

familiar, que de acordo com o entendimento moderno, está muito além da formalidade e existência de um casamento.

Acerca do conteúdo, Fábio Vieira Figueiredo (2013) destaca:

A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, da qual tem direito independentemente de ter sido encerrada a relação pessoa entre seus genitores, ou de qualquer outro parente, assim como prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, na medida em que, ao acarretar o afastamento do menor com seus parentes, cria buracos nas relações afetivas que dificilmente conseguem ser restabelecidos (FIGUEREDO, 2013, p. 66).

O autor, portanto, ensina que um dos princípios constitucionais é violado quando ocorre a alienação parental, que é o direito a uma convivência familiar saudável e digna, previsto no art. 227 da CRFB/1988 e no art. 19 do ECA/1990. Conforme destacado, o fim da relação conjugal entre os genitores justifica o desmonte da estrutura familiar, pois o que ocorre é apenas a separação dos pais, vez que os laços e a relação estabelecida com os filhos, devem se perpetuar independente do status relacional dos seus genitores.

A Lei 13.431 de 04 de abril de 2017 foi promulgada com o intuito de fazer com que se estabelecesse um sistema de garantias para o menor que sofre de violências. Estabeleceu-se, portanto, que há quatro tipos de violência que o infante pode sofrer: física, psicológica, institucional e sexual. No art. 4º, II, "b" da mencionada Lei, é previsto de forma expressa que alienação parental é considerada como uma violência psicológica.

É cristalino que uma das maiores consequências da prática da Alienação Parental, além do afastamento do genitor alienado da criança e/ou adolescente, são os danos psicológicos que existirão. Conforme supramencionado, os menores de idade são reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro como pessoas em desenvolvimento, razão pela qual devem ser criados no melhor ambiente social, familiar, emotivo e psicológico possível.

Cumprido ressaltar que é necessário identificar os sujeitos existentes envolvidos nesses casos. À primeira vista identifica-se que a criança e/ou adolescente é a vítima dessa prática, pois é ele que irá sofrer a tortura psicológica, e, na sua condição de

pessoa em desenvolvimento, adquirirá marcas que moldarão e serão fundamentais para a formação de sua personalidade (GUILHERMANO, 2012).

Ocorre que, de acordo com Fábio Vieira Figueiredo (2013), o genitor alienado também deve ser considerado como uma vítima dessa prática, pois é alvo de constantes afirmações de demérito, fazendo com que a percepção e visão do menor a seu respeito mudem drasticamente. O mencionado autor estabelece ainda que não apenas o pai e/ou a mãe podem praticar e sofrer atos que configuram como alienação parental, pois considera que os avós e outros parentes próximos também possam ser envolvidos nesses casos.

Assim sendo, há três figuras principais envolvidas nesses casos: o menor, que é a vítima principal da tortura psicológica com o intuito de fazer com um dos genitores seja desmoralizado; o genitor alienador ou alienante, que é aquele que pratica os atos a fim de que o outro seja visto com demérito pelo filho(a); e, por fim, o genitor alienado, que também é uma vítima da alienação parental, que sofre com o afastamento da criança e/ou adolescente.

O art. 3º da Lei 12.318/2010 prevê que “A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda”. Isso nada mais é do que o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente, que é previsto constitucionalmente no art. 227 da CRFB/88. Dispõe ainda que é considerado como um abuso moral. De acordo com o que já foi mencionado, essa prática também é reconhecida de forma expressa como uma violência psicológica.

O art. 4º, por sua vez, trata do trâmite processual das ações que versam sobre alienação parental. É estabelecido desde então que esses processos tramitem com prioridade, em razão de envolverem crianças e/ou adolescentes.

Juliana Guilhermano (2012) evidencia que o art. 4º preleciona regras relevantes para o ajuizamento do processo. Uma das suas características é que para que tenha início, basta que haja indícios de prática de alienação parental. Também está disposto de forma expressa que o Ministério Público (MP) deve ser ouvido com urgência, para que o magistrado possa então tomar as medidas que considerar necessárias desde então para que se preservem os direitos e a saúde psicológica do infante, que é o objetivo primordial dessa ação, isto é, fazem com que a violência psicológica cesse e que o bem-estar seja preservado.

O parágrafo único do art. 4º da Lei 12.318/2018 estabelece medidas que o juiz pode adotar tais quais: a garantia de visitação assistida, convivência com o genitor e até mesmo a efetiva reaproximação. Destaca-se, todavia, que todas essas decisões devem ser tomadas visando proteger a integridade física e o bem-estar da criança e/ou adolescente.

Figueiredo (2013) faz uma importante observação quanto ao reconhecimento da alienação parental. O autor assegura que esses dispositivos permitem que essa prática seja reconhecida de ofício pelo magistrado ou membro do MP, que atua como fiscal e defensor da lei e a requerimento do próprio interessado.

Por sua vez, o art. 5º versa sobre a possibilidade de acionar a Justiça. E ainda elenca que se for considerado como necessário, o juiz deverá solicitar laudo pericial psicológico e biopsicossocial, a fim de que se analisem os danos causados pela prática de atos que se configuram como alienação parental, que deve ser realizada por uma equipe multiprofissional.

A previsão do art. 6º estabelece uma série de medidas a serem adotadas pelo poder judiciário após a constatação da existência de alienação parental. Os incisos trazem as mais diversas possibilidades, devendo ser aplicada a que mais se enquadrar no caso concreto, de acordo com a gravidade e com os atos praticados e suas consequências. Há diversas possibilidades, entre as quais a aplicação de multa, acompanhamento biopsicossocial e psicológico, fixação de cautelar e até mesmo suspender a autoridade parental.

Conforme determina Brito e Maciel (2018) todas essas possibilidades são analisadas de acordo com o caso concreto, a depender de todo o deslinde processual, configurando também como rol meramente exemplificativo, pois o magistrado pode aplicar as decisões que considerar justas para o caso concreto, sempre pautando suas decisões na preservação do melhor interesse da criança e do adolescente, ou seja, podem existir outras medidas que não estão previstas no rol exemplificativo, como apreensão do indivíduo, suspensão das visitas a criança ou adolescentes entre outros, dos incisos do art. 6º.

3. CONVIVÊNCIA FAMILIAR: IMPORTANTE BASE PARA O DESENVOLVIMENTO INFANTIL

Todo acontecimento no mundo dos fatos pode ser relacionado ao universo da ciência jurídica. Com a evolução da sociedade e a consequente modificação da forma de se relacionar com outrem, os divórcios tornaram-se cada vez mais frequentes. Ocorre que, essa separação pode não ocorrer de maneira pacífica e consensual, e é a

partir de então que entra a ciência jurídica como forma de solucionar o problema dos envolvidos.

O direito de família é uma área do direito civil que possui correlação com a sociologia, psicologia e diversas outras áreas, visto que é ramo do direito que trata das relações interpessoais. Ou seja, conforme elucidam é uma área na qual grande parte das lides envolve o afeto, amor e por muitas vezes, a falta desse sentimento.

Assim sendo, é uma área permeada de sentimentos, sejam estes bons ou ruins, de todos os envolvidos. Esta é a razão pela qual os doutrinadores consideram o Princípio da Afetividade como um dos mais relevantes para esse ramo, posto que estabelece que o que deve ser levado em consideração é que os vínculos devem ser baseados no afeto, e não meramente nos laços sanguíneos (MADALENO, 2017).

4. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A CRFB/1988 no seu art. 1º, III estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o supra princípio do direito brasileiro. Este elenca que ao ser humano deve ser garantida sua integridade física, psíquica e uma vida digna. Esse princípio engloba todas as esferas da vida de um indivíduo, razão pela qual está diretamente correlacionado com princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, vez que é esse que vai nortear todas as políticas públicas, atos, ações e decisões relacionadas a crianças e/ou adolescentes, que são considerados como pessoas em situação de vulnerabilidade e em desenvolvimento.

O ECA surge então composto de 267 artigos com o intuito de resguardar o interesse dos menores de idade. Todavia, mesmo com essa extensa previsão legal, não houve a previsão específica em seu texto para os casos de alienação parental, sendo, portanto, necessário que em 2010 se aprovasse a Lei nº 12.318, que versa de maneira específica sobre esse instituto.

Viegas e Rabelo (2011) conceituam que há quatro maneiras principais de se praticar a alienação parental. A primeira delas é a obstrução do contato, na qual elencam que o genitor alienador busca fazer com que o genitor alienado perca o contato com o infante. Há diversas maneiras que isso pode ocorrer, tais quais: impedindo o convívio ou qualquer contato, seja ele virtual ou físico, como forma de enfraquecer e desprestigiar o outro progenitor.

Outra maneira de se praticar alienação parental seria fazer com que o divórcio dos pais afastasse a criança do gestor alienado, que por muitas vezes é aquele que não possui a guarda. Assim, o que se busca é enfraquecer os laços existentes, deteriorando

a relação existente entre o infante e aquele que não possui sua guarda (VIEGAS; RABELO, 2011).

Uma terceira possibilidade seria uma das formas mais graves, que é a falsa denúncia de abuso. Viegas e Rabelo (2011) classificam que essa forma envolve fazer com que a criança crie na sua cabeça uma situação que de fato não ocorreu para que ele passe a ter medo do genitor, gerando assim, o afastamento. Essa falsa denúncia de abuso pode tanto ser de violência física e sexual como também psicológica.

5. GUARDA COMPARTILHADA: UMA SAÍDA PARA A REDUÇÃO DOS IMPACTOS CAUSADOS PELA ALIENAÇÃO PARENTAL

Quando há um divórcio no qual as pessoas envolvidas possuem filhos menores de idade, é sempre importante salientar que, o que o ordenamento jurídico brasileiro busca, é preservar o melhor interesse da criança. É por essa razão que o instituto da guarda foi se modificando com o passar do tempo, visto que essa ideia de que a criança e/ou adolescente sempre deve ficar exclusivamente com a genitora ou um dos genitores, pode não ser a decisão mais acertada.

O art. 7º traz um importante postulado sobre o instituto da Guarda compartilhada, estabelecendo que a guarda deva ser do genitor que promover a responsabilidade parental nos casos em que não puder haver a guarda compartilhada. Assim sendo, quando esta não for possível, a guarda do menor deve ser daquele que melhor sabe garantir a convivência com o outro genitor.

O art. 1.612 do Código Civil brasileiro estabelece que em se tratando de guarda, deve-se sempre decidir analisando a forma de resguardar o melhor interesse do menor. Esse instituto não retira o dever do poder familiar. A guarda compartilhada surge então como uma maneira de reequilibrar o papel dos pais no que tange a criação dos filhos (GRISARD, 2009).

A guarda compartilhada mostra-se de grande valia em se tratando de casos de alienação parental uma vez que permite que a criança e/ou adolescente possa dividir o seu tempo de convivência com ambos os genitores, garantindo que ambos participem e influenciem no desenvolvimento do menor garantindo assim, não apenas a manutenção dos laços familiares, mas também a participação de ambos no desenvolvimento do menor e a redução dos impactos causados pela Alienação Parental.

6. CONCLUSÃO

A alienação parental vem se mostrando como uma forma de poder e controle dos pais a todo custo pelo poder familiar, nem que para isso viole os direitos da criança, gerando mentiras e falsas acusações, denegrindo a imagem de um dos genitores. Comumente levados pela vontade de destruição e raiva do ex-companheiro, pelo fim da relação conjugal, onde a criança fica exposta e sendo usada como forma de atingir o outro e muitas vezes deixando consequências graves e irreversíveis. O direito de família possui um considerável papel de determinar as condutas abusivas sob o véu da legalidade, admitindo a análise detalhada e a participação das equipes profissionais para barrar as sequelas e prejuízos no desenvolvimento da criança. Diante do exposto vê-se como é necessário ter uma avaliação psicossocial com os genitores, familiares envolvidos e criança, observando todos os fatores sociais e econômicos, para que a decisão a ser tomada não beneficie apenas um lado e que esta seja o melhor para o desenvolvimento da criança em todos os aspectos. Sempre deve-se tomar a decisão baseada no melhor para a criança e/ou adolescente e como solução apresentamos, a guarda compartilhada, onde ambos os pais participam igualmente no desenvolvimento do menor e colaborem de forma mútua da construção do menor envolvido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRITO, Barbara Gadelha de Freitas; MACIEL, Felipe. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E A GUARDA COMPARTILHADA. **Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN**, n. 2, p. 168-168, 2018.

Gomes, Acir de Matos. ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS. Disponível em: <

<https://ibdfam.org.br/artigos/870/Alienacao+parental+e+suas+implicacoes+juridicas>

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação Parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. Disponível em: <

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-88/a-alienacao-parental/>. Acesso em: 28 maio. 2021.

GRISARD, Filho Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUILHERMANO, Juliana Ferla. Alienação parental: aspectos jurídicos e psíquicos. **Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)-Faculdade de Direito/PUCRS Rio Grande do Sul**, 2012.

MADALENO, Rolf. **Manual do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida. A alienação parental. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV**, n. 88, 2011.

DOS DIREITOS ASSEGURADOS AOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE EM MEIO A PANDEMIA DO COVID-19

HEVENIN JOAMY DE MORAIS ARAUJO:
Graduanda do Curso de Direito no Centro
Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: A pandemia Covid-19 varreu o mundo no início de 2020 e continua até hoje. A disseminação do vírus atingiu rapidamente a China e outras partes do mundo, resultando em milhares de mortes. A Covid-19 acabou causando uma crise de saúde em todo o mundo, causando o colapso dos sistemas de saúde em alguns países, como Itália e Brasil. A crise acabou levando a mudanças no direito de comunicação, levando ao estabelecimento de uma ordem socialmente isolada no mundo pela OMS. No Brasil, o Decreto nº 13.979 / 20 foi emitido para combater o vírus e proteger o direito à saúde e à vida, estabelecer o isolamento, o isolamento e os exames para combater a pandemia. A lei mudou a vida e os hábitos de saúde pública dos brasileiros e tomou medidas para solucionar problemas de saúde pública relacionados ao Judiciário. É muito importante analisar a lei, não é apenas uma forma de garantir a vida e a saúde, mas também uma forma de evitar a saturação da saúde, e também uma forma de garantir que os cidadãos e pessoas com necessidade de saúde recebam tratamento médico. No presente artigo, serão explicitados os direitos em relação aos profissionais de saúde, visando mostrar quais escolhas os mesmos possuem perante situações de riscos, e quais medidas são tomadas para garantir a segurança desses agentes de saúde.

Palavras-chaves: Covid-19; profissionais da saúde; Direitos trabalhistas.

SUMMARY: The Covid-19 pandemic swept the world in early 2020 and continues today. The spread of the virus quickly hit China and other parts of the world, resulting in thousands of deaths. Covid-19 ended up causing a health crisis worldwide, causing the collapse of health systems in some countries, such as Italy and Brazil. The crisis eventually led to changes in the right of communication, leading to the establishment of a socially isolated order in the world by WHO. In Brazil, Decree No. 13,979 / 20 was issued to combat the virus and protect the right to health and life, establish isolation, isolation and tests to combat the pandemic. The law changed the lives and public health habits of Brazilians and took steps to solve public health problems related to the Judiciary. It is very important to analyze the law, it is not only a way of guaranteeing life and health, but also a way of avoiding saturation of health, and also a way of ensuring that citizens and people in need of health receive medical treatment. In this article, the rights in relation to health professionals will be explained, aiming to show what choices they have in the face of risk situations, and what measures are taken to guarantee the safety of these health agents.

Keywords: Covid-19; health professionals; Labor rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2.1. A saúde na Constituição Federal de 1988; 3. OBRIGAÇÕES DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE; 4. DIREITOS DO PROFISSIONAIS DE SAUDE EM MEIO A PANDEMIA DA COVID-19; 4.1. Afastamento dos empregados integrantes de grupos de risco; 4.2. Das mudanças na jornada dos empregados da área de saúde; 4.2.1. Jornada 12x36; 4.2.2. Das horas extras; 4.3. Repercussão na área previdenciária para os trabalhadores da área de saúde; 4.3.1. Trabalhadores da área de saúde – segurados do RGPS; 4.3.2. Afastamento dos empregados integrantes de grupos de risco – contribuição previdenciária; 5. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA AOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE DA LINHA DE FRENTE DE COMBATE À COVID-19 EM CASO DE INVALIDEZ PERMANENTE OU MORTE; 6. DESAFIOS ENFRENTADOS POR PROFISSIONAIS DE SAÚDE EM TODO O MUNDO. 7. CONCLUSÃO. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento de 2020, o mundo se depara com coisas que o ser humano não via há muito tempo, essa epidemia não ocorre apenas em uma determinada cidade, estado ou país / região. A doença acabou piorando e se transformou em uma pandemia, matando milhares de pessoas em todo o mundo.

O Covid-19 (coronavírus, comumente conhecido como coronavírus) começou em Wuhan, China, e rapidamente se espalhou por todas as partes do mundo, causando milhares de mortes. Hoje, segundo dados do Instituto Johns Hopkins, o número total de infecções confirmadas no mundo é 2.402.076, o número total de mortes no mundo é de 165.106 e o número de pessoas recuperadas é de 623.911 (HOPKINS, 2020). A Covid-19 mudou a vida do mundo e o isolamento é uma forma de garantir seu direito à vida e à saúde. O vírus é atualmente uma forma importante de restringir direitos. Além dos direitos da pessoa e do movimento, o vírus também questiona dois outros direitos humanos super importantes: o direito à vida e o direito à saúde.

Na Constituição brasileira de 1988, os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana são os direitos à vida e à saúde previstos no art. 5º e 6º da CF / 88 [BRASIL, 1990] [2]. Uma vez que a democracia e o Estado de direito não podem privar esses direitos, o país deve fornecer esse serviço a todas as pessoas de maneira igual e livre, expressa no Artigo 196 da Constituição. Considerando que covid -19 causou uma grave crise de saúde, esses direitos são aumentados pela situação atual.

O papel da justiça é de extrema importância para garantir a segurança da saúde pública, pois o papel da justiça é fiscalizar a implementação das políticas públicas por parte do Estado e mesmo do poder privado na área da saúde. A Lei nº 13.979 / 20

(Brasil, 2020) foi promulgada como medida emergencial de saúde pública para combater o covid-19, tornando o isolamento e a quarentena obrigatórios contra o vírus.

Este artigo irá focar nos direitos que visam dar mais segurança aos agentes de saúde que estão indo de frente com as consequências causadas pela pandemia do COVID-19. Portanto, no primeiro tópico abordará sobre o conceito de saúde e a importância de ser preservada, e como se desenvolveu a saúde na Carta Magna. No segundo tópico é preciso compreender as obrigações dos profissionais de saúde. E por fim, os direitos assegurados aos trabalhos da área de saúde durante a pandemia, visto que é sabido que esta classe esteve de frente com o vírus lutando dia-a-dia para sobreviver.

2. CONCEITO DE SAÚDE

Antes de entrar no tema principal desta pesquisa, é importante trazer o conceito geral de saúde elaborado pela Organização Mundial da Saúde (OMS): "saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades". (OMS, 1948)

Esse conceito mostra claramente que a saúde não está além do que podemos enxergar, ou seja, possibilita doenças que também estão psicologicamente presentes e, muitas vezes, difíceis de detectar.

No mesmo sentido, os problemas sociais também podem afetar a saúde das pessoas e também dependem da falta de relacionamento interpessoal. Por se tratar de um direito social relacionado à cidadania, a saúde de todas as pessoas deve ser garantida, independentemente de raça, religião, ideologia política ou mesmo condição socioeconômica (ALMG, 2016).

Isso porque, a saúde é direito de todos, uma vez que com saúde preservamos outro direito fundamental que é a vida.

O doutrinador José Cretella Júnior é mais conciso, definindo saúde como "a saúde é pressuposto e condição indispensável para todas as atividades econômicas e especulativas, todos os prazeres materiais ou intelectuais". Portanto, em seu entendimento, ele sabe claramente que saúde é obviamente uma combinação do interesse social e individual. O benefício pessoal e social é uma espécie de saúde física que proporciona a harmonia perfeita de todos os elementos e suas funções (CRETELLAJÚNIOR, 1920).

2.1. A saúde na Constituição Federal de 1988

O direito a saúde vem elencado em nossa constituição federal de 1988, em seu artigo 6º, como um direito e garantia fundamental:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

E por se tratar de um direito inalcançável e de importância indiscutível, os eleitores o consideram uma mercadoria maior, o que se deve, obviamente, à sua inclusão em nossa constituição neste capítulo. Porque também responsabiliza o país por garantir sua saúde e universalização do acesso. Nesse sentido, o artigo 196 da Constituição Federal estipula:

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse sentido, o legislador garante ainda mais a saúde ao cidadão, e ressalta claramente que o Estado, como entidade pública, deve garantir a saúde, e propor soluções para que esse direito seja aplicável a todos sem discriminação, por se tratar de um direito básico direto. Está intimamente relacionado com outro direito básico, a saber, a vida.

3. OBRIGAÇÕES DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE

A qualificação dos profissionais de saúde para prestar serviços profissionais aos pacientes pode ser analisada sob duas perspectivas. O primeiro envolve a classificação de doutrinas clássicas. Nesse caso, não há dúvida de que a obrigação de procurar ou convocar profissionais médicos para prestar serviços profissionais aos pacientes é típica: é uma obrigação de meios. Isso significa que os profissionais “não assumem a promessa de curar o paciente (o que vai contra toda a lógica dos fatos), mas prestam assistência, independentemente da polêmica e da adequação” (PEREIRA, 2016, p. 162).

O estado atual da saúde no país mostra que nenhum profissional de saúde (médicos, dentistas, enfermeiras, fisioterapeutas, psicólogos etc.) pode atender as necessidades dos pacientes por meio do SUS, convênios ou mesmo atendimento especial todos os dias. Portanto, exigir o sucesso desses profissionais viola gravemente

os princípios contidos na Constituição Federal, no Código Civil, na Lei de Defesa do Consumidor e no Código de Ética.

O profissional de saúde deve ter o seu enfoque, ou seja, a liberdade de movimento na arte profissional. Se a equipe médica agisse com cautela e profissionalismo ao invés de negligência, mesmo que tenha causado certo dano ao paciente, ele não seria responsabilizado porque não há principal requisito de responsabilidade civil. As obrigações dos profissionais de saúde também podem ser analisadas sob a ótica da teoria da vontade. Portanto, cada conduta profissional pode ser resumida em um simples fato natural, ou seja, "falta de julgamento sobre aprovação ou possibilidade". Esse tipo de comportamento só entra no mundo jurídico após a análise do acordo entre as partes, portanto, é o contrato entre o paciente e o profissional que determina se a obrigação da equipe médica é um meio ou um resultado.

Assim, por exemplo, se um médico apenas promete agir com todo o entusiasmo possível inerente à sua profissão, sem a obrigação de alcançar o resultado desejado, e o paciente consome tal contrato com o consentimento válido, a obrigação será centrada. Portanto, acreditamos que, em termos de obrigações de meios, os profissionais de saúde "têm a obrigação de trabalhar muito e agir com prudência para atingir os objetivos previstos na Lei". Após constatar o não cumprimento das obrigações, "é necessário verificar os procedimentos para saber se devem assumir a responsabilidade". Na obrigação de resultado, "um teste substantivo simples de violação de contrato é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor".

Portanto, se o profissional médico deixar de atingir a meta alcançada pelo paciente no comportamento laboral, então, somente no caso de imprudência, negligência ou prevaricação inerente à sua profissão, o profissional médico poderá dar uma resposta civil ao comportamento que causou. As obrigações assumidas são moderadas. Fato que decorre diretamente dessa forma de coação, que dá origem à chamada responsabilidade subjetiva, mas é necessário verificar suas características em razão de fraude, imprudência, negligência ou dolo, a fim de ressarcir a responsabilidade pelo dano causado, que está relacionada com o resultado, as obrigações são diferentes, e esta dá origem à responsabilidade. Responsabilidade objetiva, não exige prova de culpa para trazer o ônus da indenização aos profissionais médicos.

Durante a pandemia covid-19, os deveres e responsabilidades da equipe médica mais do que dobraram. Além de ter que se preocupar com infecção, carga de trabalho pesada, falta de equipamento de proteção individual adequado, leitos lotados e mortes contínuas, tem a pressão psicológica para com os profissionais, portanto, é necessário

analisar como o país se posiciona para proteger a dignidade pessoal dos profissionais de saúde e proteger seus direitos.

4. DIREITOS DO PROFISSIONAIS DE SAUDE EM MEIO A PANDEMIA DA COVID-19

A saúde desses profissionais será mais afetada, mesmo para quem não está infectado com Covid-19, afinal, todas as condições que eles enfrentam afetarão problemas como depressão, ansiedade, ataques de pânico e outros problemas. Além disso, muitos profissionais de saúde estão em risco, o que coloca ainda mais suas vidas em risco. Portanto, precisaremos conversar sobre os direitos que os profissionais ou seus familiares têm em decorrência disso.

4.1. Afastamento dos empregados integrantes de grupos de risco

A Lei nº 13.979/2020 dispõe sobre medidas destinadas à proteção das comunidades, incluindo isolamento e quarentena, que podem ser tomadas para atender a emergências de saúde pública causadas pela COVID-19. Isso se deve ao alto risco de infecção devido ao contato social entre os indivíduos. No entanto, embora seja necessário proteger as pessoas através do isolamento social, certas funções são essenciais para a própria vida humana. As atividades de saúde estão incluídas nessas atividades. Os profissionais que exercem suas funções em hospitais não podem ficar totalmente isolados, pois assim que isso acontecer, os residentes ficarão em situação de pobreza, agravando a crise gerada pela pandemia. Durante uma pandemia, os profissionais de saúde representam nossa linha de frente contra a propagação do vírus, o que o torna indispensável.

No entanto, é importante lembrar que os profissionais de saúde são pessoas que gozam de todos os direitos, inclusive o direito à saúde, e o direito à saúde é um direito básico intimamente relacionado à dignidade humana. Nesse sentido, não podemos fechar os olhos aos riscos que tais funcionários correm para manter a prestação de serviços durante a pandemia. O impasse se intensifica ao entrar em contato com profissionais de saúde pertencentes ao grupo de risco, o que significa que se estiverem infectados pelo COVID-19, podem apresentar sintomas mais graves e até levar à morte. Diante dessa situação, os seguintes direitos devem ser feitos: por um lado, o direito à saúde coletiva só pode ser realizado quando houver profissionais suficientes para prestar os serviços, por outro lado, a saúde é um direito individual de todos. A própria pessoa tem o direito de proteger sua saúde em caso de risco grave de morte.

Como instituição que promove a dignidade humana e mantém a saúde, o entendimento do Ministério do Trabalho Público significa que deve ser encontrada

uma forma de manter a segurança dos empregados em grupos de risco. Nesse sentido, o advogado Luiz Carneiro acredita que esforços devem ser feitos para estabelecer possibilidades para que aqueles que estão em maior risco de perder a vida sejam levados para a linha de frente sem agravar o impacto da pandemia. Por exemplo, o referido membro do MPT citou a última autorização do Conselho Federal de Medicina (CFM) para permitir que médicos realizem telemedicina durante uma pandemia.

Da mesma forma, ao buscar alternativas, o professor Rafael Miziara levantou algumas possibilidades: 1) Havendo áreas dentro do hospital com menor risco de infecção, os funcionários que constituem o grupo de risco podem ser transferidos para essas áreas. No exercício de suas funções; 2) Pode ser determinado que os funcionários do grupo de risco só entrarão em contato com pacientes cujo teste foi negativo para COVID-19.

4.2. Das mudanças na jornada dos empregados da área de saúde

A MP 927/2020 alterou a regulamentação sobre jornada de trabalho do corpo clínico, sendo esta regulamentação devidamente tratada no próximo subtópico deste artigo.

4.2.1. Jornada 12×36

As regras gerais do horário de trabalho encontram-se no art. 7º da Constituição Federal (CF / 88) limita a prestação de serviços a 8 horas por dia e 44 horas semanais. No entanto, é possível usar um curso 12 × 36, que inclui uma compensação de curso. Nesse sistema, a jornada de trabalho dos colaboradores ultrapassava o permitido de 8 horas e proporcionava 12 horas de serviço. Por outro lado, ele desfrutou de 36 horas consecutivas de descanso muito longo. Antes da reforma trabalhista, esse tipo de viagem era uma exceção. No entanto, a reforma trabalhista flexibilizou as regras de jornada de trabalho, que não é mais exceção, podendo ser pactuada por todos os empregados (art. 59-A da CLT).

A pandemia da COVID-19 trouxe uma nova possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho, exclusiva para os profissionais de saúde. O art. 26, inc. II, da Medida Provisória (MP) nº 927/2020 prevê:

Art. 26. Durante o de estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, é permitido aos estabelecimentos de saúde, mediante acordo individual escrito, mesmo para as atividades insalubres e para a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso:

(...)

II – adotar escalas de horas suplementares entre a décima terceira e a vigésima quarta hora do intervalo interjornada, sem que haja penalidade administrativa, garantido o repouso semanal remunerado nos termos do disposto no art. 67 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

Na nota técnica sobre as Medidas Provisórias nº 927/2020 de 22 de março de 2012, atribuindo importância à saúde dos trabalhadores, o Ministério do Trabalho Público manifestou seu posicionamento de que embora estejamos vivenciando um momento especial ocasionado pela pandemia, com a intervenção de profissional, não devemos esquecer que as restrições de horário de trabalho e as previsões de tempo de descanso têm como objetivo proteger a saúde dos trabalhadores.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal agradeceu brevemente a MP 927/2020 por meio de diversas ações diretas que violam a Constituição, e não descarta o art. 26. Em relação às viagens de profissionais de saúde, existem provas suficientes para demonstrar que, dadas as circunstâncias especiais vividas, o Tribunal entende que tal medida é adequada.

4.2.2. Das horas extras

Vale ressaltar também que prevê a possibilidade de horas extras conforme estipulado na técnica anterior, inc. Disposições do I em Medidas Temporárias (MP) nº 927/2020:

Art. 26. Durante o de estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, é permitido aos estabelecimentos de saúde, mediante acordo individual escrito, mesmo para as atividades insalubres e para a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso:

I – prorrogar a jornada de trabalho, nos termos do disposto no art. 61 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 194314;

De acordo com o novo regulamento, os colaboradores que desenvolvem atividades em instituições de saúde em situação de emergência podem prolongar a sua jornada de trabalho para fazer face a motivos de força maior, ou participar na concretização dos serviços de urgência, ou nos termos técnicos, o não cumprimento pode resultar em danos óbvios. Artigo 61 da CLT Ressalta que essa prorrogação pode

ser realizada mesmo que os colaboradores tenham realizado atividades insalubres. Não há necessidade de acordos ou convenções coletivas, e essa ampliação pode ser prevista em lei por meio de acordos individuais simples. Tendo em vista a longa jornada de trabalho e a separação entre os direitos individuais e coletivos à saúde durante uma pandemia, o uso desse dispositivo terá impacto na saúde dos profissionais de saúde.

4.3. Repercussão na área previdenciária para os trabalhadores da área de saúde

A situação da pandemia da COVID-19, as medidas tomadas pelo governo federal para solucionar o problema, as mudanças legislativas decorrentes e a última decisão do STF também afetaram diretamente a área previdenciária. A segurança social é estruturada de acordo com o Artigo 6º da CF/88, um direito social. É organizado no Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e tem como objetivo apoiar o trabalhador em caso de infortúnio social, como perda temporária ou definitiva do trabalho e morte, e proporcionar-lhes remuneração e subsistência.

Os trabalhadores da saúde poderão ficar incapacitados e se ver afastados do trabalho em face da contaminação pelo COVID-19 ou, na pior das hipóteses, vir a óbito. Tais eventos vão gerar o pagamento de benefícios pelo regime geral de previdência social (RGPS) aos segurados ou ao conjunto de seus dependentes.

4.3.1. Trabalhadores da área de saúde – segurados do RGPS

A prestação de serviços em hospitais e instituições congêneres é prestada por diversos trabalhadores que, consoante as suas modalidades de implementação, serão elegíveis como empregados ou contribuintes individuais do regime geral de segurança social. Se não houver exigência de vínculo empregatício, o pessoal médico será incluído no RGPS como contribuinte pessoa física segurada, como médicos residentes e assistentes sociais.

Dessa forma, nossa análise será feita considerando-se as duas categorias de trabalhadores que atuam na área da saúde – empregados e contribuinte individuais.

4.3.2. Afastamento dos empregados integrantes de grupos de risco – contribuição previdenciária

No item 1 deste artigo, menciona-se o significado de evacuar funcionários considerados "grupos de risco" da área da saúde, ou seja, "o direito à saúde coletiva e o direito à saúde individual deve depender da situação".

No entanto, quando é tomada a decisão de deixar um empregado sem desempenhar suas funções, o pagamento integral do empregador de seu salário levará a discussões sobre a incidência de contribuições para a segurança social. O empregado

sairá sem considerar os serviços da empresa e sem o controle do empregador, pois diante das medidas de saúde pública, ele não poderá realizar atividades laborais para evitar a poluição dos empregados.

A Lei 8.212/91 no art. 43 dispõe no §2º “que se considera ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço”.

Com base nesse entendimento, foi sugerido que, devido aos riscos, a empresa não paga salários aos funcionários afastados para o recolhimento da previdência social. O entendimento do STJ no REsp 1230957 / RS23 de que não ocorreu o recolhimento previdenciário de 15 dias de afastamento por invalidez pode fortalecer ainda mais esse argumento. Aprendeu que, “Embora o empregador tenha pago durante este período, o valor pago não se destinava a retribuir o trabalho, até porque o contrato de trabalho foi interrompido durante um intervalo de quinze dias consecutivos, ou seja, não foram prestados serviços.

5. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA AOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE DA LINHA DE FRENTE DE COMBATE À COVID-19 EM CASO DE INVALIDEZ PERMANENTE OU MORTE

No dia 26 de abril de 2021 o presidente Jair Bolsonaro sancionou a lei 14.128 / 21 que concede indenização aos trabalhadores da saúde que ficaram incapacitados pela Covid-19. O ato é resultado de um veto anulado em 17 de março contra o projeto de lei elaborado na Câmara dos Deputados.

O projeto de lei que Reginaldo Lopes (PT-MG) e Fernanda Melchionna (PsoL-RS) representam para indenizar os profissionais da linha de frente que lutam contra a Covid-19 foi totalmente rejeitado por Bolsonaro sob o argumento de que a lei envolvida no projeto transfere recursos para o enfrentamento da pandemia para os estados e municípios (“Lei Complementar nº 173/20”) proibiram a concessão de indenizações aos órgãos públicos.

Agora, a lei resultante do veto derrubado prevê indenização de R\$ 50 mil para os profissionais que ficaram permanentemente incapacitados após a infecção. Exceto fisioterapeutas, nutricionistas, assistentes sociais, profissionais que realizam exames em laboratórios de análises clínicas, técnicos ou auxiliares relacionados à área da saúde, agentes comunitários de saúde e combate a endemias, homologados pela Comissão Nacional de Saúde Todos os profissionais têm direito a indenização.

6. DESAFIOS ENFRENTADOS POR PROFISSIONAIS DE SAÚDE EM TODO O MUNDO

O Dia Mundial da Segurança do Paciente celebrado em 17 de setembro chamou a atenção para os enormes desafios que os profissionais de saúde enfrentam atualmente para responder à pandemia COVID-19. No Brasil, o Ministério do Trabalho Público (MPT) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) lançaram recentemente uma série de vídeos intitulada "Saúde na Saúde" para lembrar a situação atual dos profissionais de saúde no país (principalmente no Brasil) sobre a crise de Segurança e Saúde no Trabalho (SST) no período.

Globalmente, milhões de profissionais médicos trabalham todos os dias para controlar a disseminação do COVID-19 e cuidar dos pacientes, colocando sua saúde em risco e na vanguarda. A segurança desses profissionais afetará a segurança do atendimento ao paciente. O respeito pelos direitos trabalhistas e condições de trabalho decentes são essenciais para fornecer a esses trabalhadores essenciais a proteção de que precisam para salvar vidas e proteger os pacientes. A crise do COVID-19 também levantou preocupações sobre os sistemas de saúde pública já sobrecarregados em muitos países e a escassez de mão de obra global de saúde. Esta pandemia destaca a necessidade urgente de investir em sistemas de saúde sustentáveis e a necessidade de ter condições de trabalho decentes, forte mão de obra de saúde, para que esses profissionais possam ser competentes para o trabalho, disse o Alto Comissário da OIT para Serviços de Saúde, Christian Vesco.

Profissionais de segurança e saúde, pacientes seguros-MPT e a Organização Internacional do Trabalho produziram a série de fitas de vídeo "Saúde na Saúde" em 2018 para divulgar informações sobre a Norma Regulamentadora nº 32 (NR32), que estabelece os fundamentos para a implementação de medidas de proteção à saúde infantil. Esta série de vídeos foi desenvolvida no âmbito do projeto homônimo, criado em 2014 por meio do Comitê Nacional para a Promoção do Trabalho Regular na Administração Pública (Conap) do MPT.

Inicialmente, o objetivo desta série era capacitar profissionais de saúde, empregadores e fiscais do trabalho para compreender a importância da NR32 para o setor público de saúde, principalmente a importância da SST como tema. A secretaria de saúde possui um grande número de notificações de acidentes de trabalho (CAT), que envolvem desde o manuseio de objetos perfurocortantes perigosos até a jornada excessiva de trabalho.

Com a eclosão da pandemia, a série foi revista e dois vídeos foram produzidos para abordar a questão do impacto do COVID-19 sobre os(as) profissionais de saúde.

"Com a pandemia, a equipe médica ficará mais direta e continuamente exposta ao risco de contaminação do coronavírus. Nesse caso, para manter a saúde e a vida dos profissionais e pacientes e, portanto, prestar melhores serviços às pessoas por

meio deles é ainda mais urgente fortalecer os padrões de saúde e segurança no trabalho ", disse a técnica Thaís Faria sobre os princípios básicos e direitos da OIT no trabalho na América Latina e no Caribe.

De acordo com o balanço apresentado pelo Ministério da Saúde em 24 de agosto, desde março deste ano, 226 profissionais de saúde perderam a vida e outros 257 mil foram infectados pelo novo coronavírus. Para profissionais de saúde, trabalhar em um ambiente estressante aumenta os riscos de segurança no local de trabalho, incluindo infecções, uso limitado de equipamentos de proteção individual e outras medidas de prevenção e controle de infecções.

"Os trabalhadores da saúde, hoje, estão em sofrimento, estão desequipados, destreinados, e estão adoecendo em números alarmantes", relata a procuradora do MPT Renata Coelho em um dos vídeos da série.

José Ribeiro, Coordenador da OIT para a Promoção do Conhecimento do Trabalho Decente, também destacou que "os direitos trabalhistas e as condições de trabalho decentes devem ser respeitados. Esses são os elementos básicos desses trabalhadores da linha de frente". Para as procuradoras do MPT Ana Cristina Desirée Tostes Ribeiro e Carolina Mercante (também participantes da série de vídeos), "Durante esta pandemia, verifica-se que o pessoal médico está mais exposto a fatores biológicos, químicos e físicos que podem causar acidentes de trabalho. Os gestores precisam adotar medidas preventivas mais eficazes para resolver este problema. "

A série também analisou as ações do projeto Saúde na Saúde, que foi implementado pelo MPT em cooperação com outras agências para promover a melhoria das condições de trabalho nos hospitais públicos do país. A Organização Mundial da Saúde (OMS) criou o Dia Mundial da Segurança do Paciente em 2019 para aumentar a conscientização global sobre a segurança do paciente, aumentar a participação pública na segurança médica e promover ações globais para melhorar a segurança do paciente.

Para os profissionais de saúde que cuidam de pacientes diretamente (face a face), a importância do equipamento de proteção individual terá maior probabilidade de estabelecer contato com pacientes com doença COVID-19 e maior probabilidade de serem infectados. É claro que essa possibilidade maior depende de muitos fatores, como as atividades que os profissionais desenvolvem, a jornada de trabalho, o número de pessoas atendidas e, claro, o uso dos equipamentos de proteção individual corretos.

O uso correto do equipamento (incluindo a situação que ocorre) inclui a desmontagem do equipamento, higienização (quando aplicável), e o descarte correto.

O uso correto do EPI é para minimizar o risco do vírus SARS-CoV-2 contaminar os profissionais de saúde. Outro ponto relevante é capacitar esses profissionais em segurança e saúde relacionadas ao ambiente de trabalho para que possam desenvolver atividades que cuidem da própria saúde e da saúde dos outros.

Tão importante quanto esses aspectos básicos é garantir jornada de trabalho justa e descanso necessário, reduzindo o risco de fadiga e a consequente atenção. Outro aspecto a ser observado nessas situações é que, além do acompanhamento adequado, também deve ser garantido o número de profissionais compatível com as exigências psicológicas e físicas da função. Em caso de emergência de saúde pública, costuma-se observar que alguns profissionais ultrapassaram o horário normal de trabalho para se dedicar à enfermagem e salvar vidas. No entanto, é sabido que o cansaço excessivo pode levar a negligências desnecessárias, o que pode colocar em risco a vida de profissionais e pacientes.

Os equipamentos recomendados para a prevenção da COVID-19 nos serviços de saúde levam em consideração as tarefas que o indivíduo irá realizar, neste caso particular, são considerados os riscos biológicos envolvidos na atividade; deve ser padronizado com o organismo de certificação Anvisa; deve ser manuseado corretamente; deve passar por um processo de desinfecção / ou ser descartado regularmente; deve seguir as recomendações técnicas e ser reparado e substituído de acordo com as instruções do fabricante. Em nenhuma hipótese os EPIs dedicados aos serviços de saúde devem ser trazidos para a residência de um profissional. Profissionais de saúde de muitos países (mas principalmente do Brasil) relataram incidentes importantes de não conformidade com as práticas obrigatórias de biossegurança devido à pandemia.

Esse fato mostra que a importância da organização dos procedimentos de trabalho também exige que a equipe assistencial do trabalho monitore e oriente os procedimentos de forma a minimizar os riscos aos profissionais e pacientes. Essa situação evoluiu na medida em que profissionais e sindicatos condenaram as condições de trabalho instáveis, higiene inadequada, jornada de trabalho pesada, falta de treinamento, equipamentos de proteção insuficientes ou indisponíveis e até a falta de prestação de cuidados intensivos. Ao se observar o número de profissionais de saúde infectados, acredita-se que esse tipo de falha de biossegurança seja responsável pelo aumento dos casos de contaminação por profissionais e pacientes.

7. CONCLUSÃO

A razão pela qual a crise de saúde de covid-19 aparece em cada uma de nossas vidas é para refletir sobre todos os comportamentos humanos que ocorreram no mundo. Mesmo que os direitos básicos sejam legalizados, os direitos à vida e à saúde

ainda não são respeitados em todo o mundo. A falta de compaixão no sistema acabou levando a uma crise na qual não tínhamos certeza de quando ela terminaria.

O trabalho atual envolve os profissionais de saúde e seus direitos, devemos lembrar que eles têm que lidar com questões diretamente relacionadas às políticas públicas, pois para se ter sucesso na recuperação dos pacientes são necessárias as condições mínimas. Esses heróis vivenciam um trabalho rotineiro exaustivo e geralmente não contam com o salário mensal porque há profissionais com dívidas em atraso, mesmo assim, esses profissionais continuam arriscando a vida para benefício da população. Ao tentar sobreviver, não só falta de saúde, mas também falta de olhos humanos para restaurar a dignidade.

Visto que em frente a pandemia estes estão expostos à riscos diversos, portanto é necessário existam leis e direitos para assegurar os profissionais de saúde, tanto direitos à vida, quanto relacionados a ética caso o local onde vai exercer sua função não tenha estrutura para garantir sua segurança, sendo assim, o mesmo tem direito a recusar trabalhar nessas condições.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. Estudos mostram profissões com risco de contágio.

CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2019.

Resumo de Direito do Trabalho. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2020.

CORREIA, Henrique (et. al.). CLT Comparada com a Reforma Trabalhista. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2020.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. Súmulas e OJs do TST comentadas e organizadas por assunto. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2020.

BRASIL, Presidência da República. Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências.

Presidência da República. Medida Provisória 936 de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da

emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências.

Ministério Público do Trabalho. Pandemia COVID-19: veja as notas técnicas, recomendações e a atuação do MPT nos estados. Disponível em:

Supremo Tribunal Federal (STF). Relator Ministro Ricardo Lewandowski. ADI 6.363. Decisão cautelar. Diário Oficial da União, Brasília, 2020. Publicação: 06/04/2020.

Supremo Tribunal Federal (STF). Ministro relator: Marco Aurélio. ADI6344. Decisão liminar suspende eficácia art. 29 e 31 da MP 927/2020. Diário Oficial da União, Brasília, 2020. Publicação 29/04/2020.

Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Ministro relator: Mauro Campbell Marques. REsp 1230957/RS. Decisão. Diário Oficial da União, Brasília, 2020. Primeira Seção. Julgamento: 26/02/2014. Publicação: 18/03/2014.

Tribunal Regional do Trabalho (TRT) 15º região. Vara do trabalho de Barretos. Decisão liminar. ACC 0010547-29.2020.5.15.0011. Publicação: 13/04/2020.

Tribunal Regional do Trabalho (TRT) 15ª região. Desembargador: Orlando Amâncio Taveira. Decisão liminar. MS nº 0006203-38.2020.5.15.0000. Publicação: 21/04/2020. Disponível em:

CARNEIRO, Luiz. Tema: A atuação do MPT durante a COVID-19. Palestra In: Seminário online PJE Aprovação: atualização em direito do trabalho e processo do trabalho em tempos de pandemia. 01 a 04 de junho. Disponível em:

CASSAR, Vólia Bonfim. Tema: Pontos polêmicos da legislação emergencial x pandemia coronavírus. In: Seminário online PJE Aprovação: atualização em direito do trabalho e processo do trabalho em tempos de pandemia. 01 a 04 de junho. Disponível em:

CFM, Conselho Federal de Medicina. Telemedicina: CFM reconhece possibilidade de atendimento médico a distância durante o combate à COVID-19. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28636:2020-03-19-23-35-42&catid=3>. Acesso em: 20 mai 2021.

FERNANDES, Felipe. Tema: Impactos da pandemia nas relações trabalhistas da administração pública. Palestra In: Seminário online PJE Aprovação: atualização em direito do trabalho e processo do trabalho em tempos de pandemia. 01 a 04 de junho. Disponível em:

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. Direito de resistência e desobediência civil. In Migalhas. Disponível em: < MENEZES, Adriana. Direito Previdenciário. 8 ed. Salvador: Editora Juspodium, 2020.

MIZIARA, Raphael. Tema: A posição dos tribunais em relação à COVID-19. Palestra In: Seminário online PJE Aprovação: atualização em direito do trabalho e processo do trabalho em tempos de pandemia. 01 a 04 de junho. Disponível em:

TINOCO, Pedro. Pagamento para funcionário em casa não pode gerar contribuição patronal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/pedro-tinoco-contribuicao-previdenciaria-patronal-covid-19>>. Acesso em: 30/04/2021.

MENEZES, Adriana. SABONGI, Camila Martinelli. OS PROFISSIONAIS DA SAÚDE NA PANDEMIA. Disponível em: <https://escoladaanpt.org.br/artigos/os-profissionais-da-saude-na-pandemia>.

A RESPONSABILIDADE PELA PUBLICIDADE ENGANOSA OU ABUSIVA

KAROLAYNE KETTERYN DIAS AGOSTINHO:

Bacharelada do Curso de Direito da
Universidade Brasil

RESUMO: O presente trabalho traz em si o propósito de estudar e analisar o fenômeno jurídico da publicidade e da propaganda enganosa e abusiva, frente ao Código de Defesa do Consumidor e as suas diversas formas de responsabilidade. Para tanto tem como objetivo apresentar dentro do ordenamento jurídico de que forma esse engano e abuso acontece no cenário publicitário. A metodologia utilizada foi a análise bibliográfica realizada nas biografias nos principais livros e jurisprudências ligadas à temática. Nesse sentido, a pesquisa se justifica por entender que o direito do consumidor deve prevalece sobre qualquer ação que envolva a propaganda enganosa e abusiva, em relação ao produto consumido. Os estudos realizados acerca do tema possibilitaram entender que muitas vezes o consumidor não tem conhecimento dos direitos que possui e, observou-se que o Código de Defesa do Consumidor não visa apenas punir os fornecedores, mas sim proteger o polo mais vulnerável da relação, ou seja, o consumidor, igualando as partes desiguais, para que se harmonize as relações de consumo. Tais esclarecimentos podem colaborar para um melhor conhecimento acerca da responsabilidade publicitária quando esta envolve o engano e o abuso ao consumidor.

Palavras-chave: Responsabilidade. Publicidade. Enganosa. Abusiva.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR; 1.1 Histórico; 1.2 Relação jurídica de consumo; 1.3 Vulnerabilidade; 1.4 Informações obrigatórias na oferta; 1.5 A publicidade e a propaganda; 1.5.1 A publicidade; 1.5.2. Publicidade e propaganda enganosa e abusiva; 1.6. Publicidade x propaganda; 1.7. Publicidade e propaganda institucional e promocional; 1.8 Veracidade; 1.9 Transparência; 1.10 Confiança. 2 TIPOS DE RESPONSABILIDADE ABUSIVA; 2.1 Análise jurisprudência da propaganda enganosa ou abuso do fornecedor; 2.1.1 Decisão a favor; 2.1.2 Decisão contra. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Desde o surgimento das corporações empreendedoras foi preciso pensar e estabelecer estratégias inovadoras para potencializar a venda de produtos e serviços de maneira a atender o cliente de forma satisfatória. Nesse cenário surge a Publicidade, maneira considerada eficaz dentro do marketing nas relações entre o produto e o cliente.

Sendo assim, o presente trabalho tem por objetivo realizar uma abordagem significativa acerca da publicidade enganosa e da publicidade abusiva e seus impactos sobre o consumidor. Para tanto, a metodologia utilizada para a realização deste estudo será o método qualitativo, para explanar os aspectos a respeito do tema. Por meio da pesquisa bibliográfica é possível obter dados concretos sobre os aspectos que envolvem a responsabilidade sobre a publicidade enganosa e abusiva no direito do consumidor, bem como todas as temáticas que envolvem este assunto e as orientações de renomados autores e estudiosos do tema.

Dentro deste contexto a pesquisa se justifica por entender que a relação de consumo é marcada pela vulnerabilidade, que é o princípio norteador do direito do consumidor, previsto no artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que reconhece a existência de uma parte mais fraca nas relações abrangidas por este diploma legal. As observações e discussões acontecerão em torno dos direitos básicos do consumidor, desde seu contexto histórico até os dias atuais, demonstrando a relação jurídica de consumo entre fornecedor e consumidor e mencionando os conceitos de produto e serviço. Há também os princípios da boa-fé objetiva e da informação cuja importância será destacada.

Permeiar-se-á sobre o enfoque na publicidade e a propaganda em si, onde serão explanados conceitos, diferenças e técnicas de publicidade e propaganda, incluindo mais uma vez alguns princípios, tais como o da veracidade, transparência e confiança. Após essa análise, será feita uma abordagem acerca das agências de publicidade e propaganda e dos valores de anúncios feitos pelas emissoras de tv.

Buscar-se-á apontar o ponto da responsabilidade dos envolvidos, dispendo sobre a responsabilidade administrativa, o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, a responsabilidade penal, a responsabilidade civil, a responsabilidade dos fornecedores, a responsabilidade das agências de publicidade, a responsabilidade das celebridades e a responsabilidade dos veículos de divulgação.

O presente tema destaca a aflição em relação a forma de que os publicitários estão agindo e/ou procedendo mediante a sociedade, não perdurando limites quando se refere a lucros. E o consumidor continua ainda sendo vulnerável e hipossuficiente em associação aos fornecedores.

1 DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

1.1 Histórico

De acordo com Belch e Belch (2008) a publicidade e a propaganda possuem papel essencial nos meios de comunicação, em razão disso, elas foram progredindo ao longo do tempo e se adaptando aos diversos moldes para adequar-se a todos os veículos de comunicação e às mudanças comportamentais da sociedade. O fator propaganda, que faz parte da promoção do mix de marketing, de acordo com Belch e Belch (2008) é toda forma paga de comunicação impessoal sobre uma organização, produto, serviço, uma marca ou ideia por parte de um patrocinador identificado que se remete ao público.

De acordo com Elias (2020) a propaganda, por sua vez, também tem características próprias que é persuadir o consumidor, ou cliente, a efetivar uma determinada compra de um produto. Uma grande e árdua trajetória foi crucial para que as propagandas e as publicidades fossem feitas da forma que são atualmente. Ao longo da história, elas foram usadas inúmeras vezes para robustecer concepções dos países e anunciar preceitos da coletividade que estavam no poder, muitas vezes com êxito, em função da vulnerabilidade do consumidor. Conforme encontrou-se em Casarotto (2016):

Foi no século XIX, logo no prelúdio de sua formação da noção de propaganda como meio de divulgação de produtos e serviços, várias delas tinham como ponto registrado ilustrações grandes e de corpo inteiro de pessoas e/os indivíduos. Posteriormente, no início do século XX, as divulgações começaram a ser mais fundamentadas em imagens pouco menores. A matéria em si ainda exercia papel relevante, mas era mais empregado como slogan (CASAROTTO, p.67, 2016).

Conforme Las Casas (2008) o mercado brasileiro tem presenciado grande crescimento do marketing direto, em especial o *e-commerce*. Por meio desse canal, muitos produtos então sendo comercializados. Contudo, é importante salientar que no presente, perdura-se uma sociedade que anseia cada vez mais por celeridade, facilidade e simplicidade, e a publicidade e a propaganda acompanham essa evolução.

No entanto, é de vital importância que as propagandas ofereçam ao consumidor informações verídicas, entretenimento, conteúdo e cumplicidade em todas as coberturas exequíveis, de modo a estabelecer uma relação de lealdade com o consumidor. Esse assunto será tratado no próximo tópico no qual será apresentada de que maneira acontece a relação jurídica de consumo.

1.2 Relação jurídica de consumo

Diante do exposto até aqui, verificou-se que a propaganda faz parte do cenário comercial e, todos os comerciantes dependem desta ferramenta para poder convencer o cliente sobre o melhor produto oferecido. No entanto, se faz necessário e fundamental compreender, o conceito de relação jurídica de consumo e de seus principais elementos.

A lei 8.078/1990, que é denominada como Código de Defesa do Consumidor regulamenta os termos do artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, que descreve, *in verbis*, "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" e do artigo 170, inciso V, também da respeitada Constituição Federal, que descreve, *in verbis*: "A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor".

Para Chaves (2017) as relações jurídicas têm como objetivo é garantir que todos os direitos do consumidor sejam preservados, sempre em primeiro lugar, como uma norma de Ordem Pública e Interesse Social, já que abrange todas as pessoas que a todo momento da vida passam por diversos tipos de relação de consumo, e por sua vulnerabilidade, precisam da proteção legislativa. E é a vulnerabilidade o assunto que será abordado no próximo tópico, considerando que este princípio é o que mais fragiliza as questões que envolvem a relação de consumo, ou seja, entre produto e cliente.

1.3 Vulnerabilidade

Pela interpretação do artigo 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor que institui o princípio da vulnerabilidade como um princípio fundamental a ser observado na relação de consumo, e levando em consideração que durante toda a história, diante de todas as revoluções comerciais, não há como negar, que o consumidor adquiriu esse posto na relação, o de vulnerável, perante essa necessidade de proteção, foi criada a lei número 8.078/1990, mais popularmente conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com os ensinamentos de Noronha (2018. p.17):

O princípio da vulnerabilidade do consumidor é o mais importante dos já referidos, até por ser ele que justifica o especial relevo daqueles, no âmbito do Direito do Consumidor. Com ele pretende-se significar que, nas relações entre fornecedores e

consumidores, estes são “partes fracas” (mas não necessariamente hipossuficientes), correndo sempre risco de serem afetados jurídica e economicamente, em consequência de vários fatores. É este princípio que verdadeiramente confere características específicas ao Direito do Consumidor, podendo justificadamente ser considerado o grande princípio informador desse ramo do direito (NORONHA, 2018, p.17)

Sem dúvidas, de todos os princípios que o Código de Defesa do Consumidor traz, o princípio da vulnerabilidade é o mais importante, porque explica que o consumidor, a parte mais enfraquecida da relação corre sérios riscos de ser afetado de forma lesiva. Para Tartuce *et. al* (2017, p. 33):

A publicidade e os demais meios de oferecimento do produto ou serviço estão relacionados a essa vulnerabilidade, eis que deixam o consumidor à mercê das vantagens sedutoras expostas pelos veículos de comunicação e informação (TARTUCE *et. al*, 2017, p. 33).

Não há como negar, que atualmente com a facilidade de compra em massa, é notável uma discordância na discussão e aplicação das regras comerciais, e justamente por isso, o princípio da vulnerabilidade deve ser aplicado, como uma condição jurídica, de modo a proteger o consumidor, sendo uma presunção absoluta, ou seja, não aceitando prova em contrário.

Para Junior (2017) o princípio da vulnerabilidade é o princípio que tem as características específicas do Direito do Consumidor, pois é um ramo do direito que visa proteger o vulnerável, a parte frágil, que precisa de proteção, este que está submetido a ser lesado economicamente e juridicamente pelo fornecedor, que em todos os casos é o consumidor, por isso a vulnerabilidade tem uma grande importância no direito consumerista.

1.4 Informações obrigatórias na oferta

A informação obrigatória na oferta é mais uma garantia de proteção ao consumidor, para que fique ileso de possíveis enganos ou golpes, especialmente em compras virtuais, onde o consumidor é facilmente induzido ao erro, por diversos anúncios que não respeitam o que a lei impõe. Em conformidade com o artigo 31, caput do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em

língua portuguesa sobre suas características, qualidades, composição, preço, garantia prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Apresentação essa que serve para informar exatamente ao consumidor o que contém no produto que ele pode vir a obter, deste modo, tentar ao máximo diminuir a indução ao erro por falta de informação. "A apresentação do produto ou serviço pode servir tanto para incitar o consumidor quanto para "traduzir ao público, uma linguagem acessível, que o produto ou serviço, pode ou não oferecer, bem como os riscos que apresentem" (SANTOS, 2000 apud CAMARGO, 2009). Nesse sentido, compreendida a relação de consumo e os princípios fundamentais que a orientam, impõe-se o estudo da publicidade e seu impacto sobre o consumidor.

1.5 A publicidade e a propaganda

1.5.1 A publicidade

A publicidade além de estimular a ação de compra, tem o propósito de dar maior identidade a um produto ou à empresa; torna os benefícios e vantagens do produto conhecidos e aumenta a convicção racional ou emocional do consumidor em relação ao produto (BRAINLY, 2018).

Publicidade é um cartaz, uma imagem, um texto etc., com caráter publicitário. Uma publicidade chega ao público alvo através de diversos veículos publicitários, que em geral dividem-se em: revistas, jornais, outdoor (cartazes, painéis), rádio, televisão, cinema, internet, publicidade direta (folhetos, catálogos, cartas, prospectos etc.) e mídia suplementar, que engloba todo o resto (BRAINLY, 2018, p. 77).

Impõe-se diferenciar publicidade e propaganda. A primeira é toda forma de veiculação de cunho mercadológico, que visa fomentar atos de consumo, provocar desejos mediante anúncios publicitários de produtos ou serviços. Para Amaral (2019) a segunda por sua vez, é uma forma de divulgação de informações de cunho ideológico, institucional, que não tem o propósito de fomentar atos de consumo.

1.5.2 Publicidade e propaganda enganosa e abusiva

A publicidade e a propaganda enganosa entende-se ser aquela que deixa de dar informações básicas ao consumidor, capaz de induzir o consumidor ao erro. Já, em relação a publicidade abusiva, o artigo 37, §2º do CDC relata:

É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência de criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.

Almeida (1993, p.90) explica que publicidade enganosa vicia a vontade do consumidor, que, por sua vez iludido acaba contraindo produto ou serviço em desconformidade com o pretendido. A falsidade está diretamente ligada ao erro, numa relação de causalidade Para Ulhoa Coelho (2011, p. 70):

É enganosa a publicidade capaz de induzir consumidores em erro quanto ao serviço ou produto em promoção (...) o decisivo é investigar se o conteúdo transmitido é suscetível de induzir em erro o consumidor do fornecimento em programação. Se, a partir da mensagem, se constata que ele pode ser levado a tomar por verdadeira a informação falsa, então caracteriza-se a publicidade enganosa.

Novamente, Almeida (2015, p. 59) aduz:

A publicidade abusiva não chega ser mentirosa, mas é distorcida, desvirtuada dos padrões de publicidade escorreita e violadora de valores éticos que a sociedade deve preservar. Além disso, deturpa a vontade do consumidor, que pode, inclusive, ser induzido a comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde e segurança.

A publicidade enganosa se caracteriza quando omite algum dado essencial, ou seja, é aquela que, através da sua veiculação, pode induzir o consumidor ao erro, atribuindo mais qualidades ao produto ou ao serviço do qual as que ele realmente possui. (Marques, 1999, p. 348).

De acordo com o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma publicidade é considerada enganosa quando induz o consumidor ao erro. Ou seja,

quando traz uma informação falsa capaz de dar uma ideia diferente da realidade do produto ou do serviço ofertado.

1.6 Publicidade x propaganda

A publicidade é a comunicação utilizada para anunciar produtos ou serviços com o objetivo de atrair compradores e usuários. Usa técnicas de multimídia para promover produtos, serviços e ideias, sendo formatado para persuadir um público a desejar seus produtos.

Segundo Coelho (2002, p. 04) a propaganda abrange as ações que visam atrair seguidores ou influenciar a atitude das pessoas. Ela busca convencer o público a adotar uma determinada atitude ou a aderir a um grupo ou crença particular.

1.7 Publicidade e propaganda institucional e promocional

A publicidade institucional é destinada, em tese, para fazer alertas aos consumidores mediante seus aspectos de vida, meio a sociedade, especificamente aos de prevenção, implementação e efetivação de regras. É caracterizada por pretender sempre sensibilizar os destinatários mediante seu vocabulário e pela linguagem expressiva (FERREIRA, 2017). Como exemplo, as diversas campanhas de prevenções e de solidariedade.

Já a publicidade promocional é incentivada imediatamente a aquisição de um determinado bem, visa vender produtos ou anunciar serviços por meio da persuasão, o consumidor é convencido a contrair um determinado bem ou serviço (SANTOS, 2003). Em relação as marcas, quando o comércio começou a se desenvolver, a marca passou a significar a origem ou a fonte de um produto para diferenciá-los uns dos outros. De acordo com Diogo (2013) a marca é fundamental para a publicidade como um todo. O termo foi desenvolvido para significar a fonte, o fabricante ou o proprietário de um produto.

A veiculação de um determinado produto não pode ser da forma que o anunciante publicitário achar adequado e oportuno, visto que, a publicidade não pode ser elaborada de forma livre, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor veda uma sucessão de meios de convencimento que são aplicados pelos publicitários. A publicidade sublimar originou na década de 50, nos Estados Unidos, quando os cinemas de Nova Jersey passavam uma sequência de imagens em fração de segundo, convencendo os frequentadores a consumirem pipocas e refrigerantes. A venda desses dois produtos aumentou significativamente na época (FALCÃO, 2001).

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1998, p. 205-208) expõe:

O legislador brasileiro não aceitou nem a publicidade subliminar (...) publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor (...) O dispositivo visa impedir que a publicidade, embora atingindo o consumidor, não seja por ele percebida como tal (...) veda-se, portanto, a chamada publicidade subliminar, especialmente em sua forma redacional.

É importante e necessário considerar que as relações de consumo envolvem devem primar pela clara explicitação dos produtos em relação ao cliente, ou seja, o consumidor deve ter conhecimento total do produto através das informações oferecidas pela publicidade. Nenhuma forma de denegrimiento ou condição de confusão para com o produto pode acontecer, levando o cliente a adquirir algo que não é exatamente o que é apresentado na publicidade.

1.8 Veracidade

O princípio básico que rege a publicidade é a veracidade, onde relaciona-se que as mensagens publicitárias devem ser verídicas e autênticas, a encargo do respeito a boa-fé, e conjuntamente devido o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado (artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor).

James Marins (1993, p.43), elucida: "O Código adota o princípio da veracidade, ao qual deve ater-se o fornecedor sempre que preste informações, de qualquer natureza, sobre produtos e serviços". Ademais, o artigo 43, §1º, do Código de Defesa do Consumidor cita: "Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros, e em linguagem de fácil compreensão (...)

Apesar das questões surgidas pelo surgimento da lei na sua efetiva aplicação e das oposições doutrinárias que tais questões deram origem, o Código de Defesa do Consumidor representa um divisor de águas na legislação brasileira que regulamenta as relações comerciais. Antes de seu surgimento, não havia nada que salvaguardasse os direitos dos consumidores que são a parte mais fraca e vitimada desse tipo de relação. Ao examinar o Código de Defesa do Consumidor, é possível reconhecer que se trata de uma legislação totalmente voltada para a parte mais frágil de uma relação de comércio: o consumidor.

1.9 Transparência

Conforme o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor, in verbis: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

Ainda deve ser observado que “O excesso de expressões técnicas no bojo do contrato sem a correspondente explicação torna bem evidente uma das modalidades de vulnerabilidade do consumidor, qual seja: a jurídica/científica”. (ALMEIDA, 2012, p. 387) pois torna a linguagem do contrato muito mais difícil para a parte vulnerável compreender, que no caso, é o consumidor, que não possui o costume de lidar com a linguagem científica/jurídica em seu cotidiano.

1.10 Confiança

O princípio da confiança, não está previsto no Código de Defesa do Consumidor, entretanto, é uma irradiação normativa do princípio da boa-fé e está totalmente ligado ao princípio da transparência, consiste na confiança creditada no produto ou no vínculo contratual como forma de alcançar o objetivo desejado.

O princípio da confiança consiste na credibilidade depositada pelo consumidor no produto ou contrato a fim de que sejam alcançados os fins esperados.

É o princípio da confiança, instituído pelo CDC, para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídica-fornecedora, para regular também alguns aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor [...] (Marques, 2002, p. 981/982).

Dentro da relação jurídica de consumo, o princípio da confiança aparece como uma espécie de princípio geral do direito, que decorre do fundamento da legislação positiva que constituem os pressupostos das normas. Sendo um dos princípios mais importantes na construção da relação de consumo.

2 TIPOS DE RESPONSABILIDADE ABUSIVAS

A prática de publicidade enganosa ou abusiva é considerada tão grave que está tipificada como crime nos artigos 66, 67, 68 e 69 do CDC. Assim, expõe-se:

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber se enganosa ou abusiva:

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade.

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

O dever de informação, faz com que o fornecedor seja obrigado a apresentar nitidamente as questões oportunas e convenientes aos produtos. O método utilizado para avaliar a possibilidade de fraudar ou enganar vai decorrer do caso concreto, analisando-se o público alvo.”. De acordo com o artigo 26 do CDC:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de

produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado).

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Parágrafo único. (Vetado).

A Lei 8.078/1990, nos seus artigos 18 e 20 classifica a responsabilidade sobre os produtos e serviços pelo fornecedor, respondendo solidariamente pelos vícios causados ao consumidor quando suceder alguma violação ou lesão nas relações de consumo. Para Silva (2012, p. 72) diferente do vício, o fato do produto gera um dano que extrapola o objeto da relação. Geralmente tal hipótese ocasiona a lesão além da esfera patrimonial do objeto da relação.

Conforme Zelmo Denari (1998, p. 64), há três modalidades de defeitos do produto, sendo:

Defeito de concepção/criação: defeitos no projeto, na formulação ou design dos produtos;

Defeito de produção/fabricação: defeitos de fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento dos produtos;

Defeito de informação/comercialização: defeito na apresentação, informação insuficiente ou inadequada, inclusive a publicidade.

A responsabilidade pelo vício do produto é aquela responsabilidade pela mera inadequação do produto ou do serviço aos fins a que se destinam. Quanto a responsabilidade do fornecedor, esse diz respeito aos produtos e serviços pelos mesmos que são objetos de sua atividade nas relações de consumo.

Benjamin (2007, p. 367) entende que o anunciante tem responsabilidade civil objetiva pela publicidade enganosa ou abusiva, o que também terá pelo cumprimento do princípio da vinculação da mensagem publicitária, sendo este um dos princípios mais importantes que regem o CDC (artigos. 30 e 35, do CDC).

Nunes (2011, p. 556-557) entende que a responsabilidade do anunciante, da agência e do veículo é solidária, de acordo com previsão do art. 7º do CDC, será sempre responsabilizado pelos danos que o seu anúncio causar e que “a agência, como produtora do anúncio, responde solidariamente com o anunciante, independentemente do tipo de contrato que com ele tenha estabelecido”, ou seja, no contrato de prestação de serviços entre anunciante e agência, a cláusula que estabeleça a responsabilidade exclusiva daquele, após a sua aprovação, só será válida entre eles, sendo garantido à pessoa lesada pela publicidade enganosa acionar qualquer um deles.

Oliveira (2018) salienta que em relação a responsabilidade de celebridades e apresentadores, está acontece quando consumidor e/ou espectador da oferta, numa grande maioria de vezes, é iludido e enganado por celebridades e apresentadores, visto que, o produto ou serviço é divulgado diretamente por eles. Conforme Oliveira (2018) as celebridades e apresentadores possibilitam podem facilitar a publicidade enganosa pois, são figuras de garantias dos produtos, considerando toda a persuasão que passa.

Rizzatto Nunes (2014, p. 585-586), também aponta que os veículos de comunicação devem ser responsabilizados solidariamente, visto que são os “instrumentos de contato com o público”. Assim, sempre que verificado ilegalidade ou atentado às normas de autoregulamentação no anúncio, poderá e deverá o veículo de comunicação recusar-se a transmiti-lo. Contudo, o autor observa que o veículo não deverá ser responsabilizado nas hipóteses em que a abusividade não decorrer de fatores intrínsecos ao anúncio.

Outra corrente existente admite a responsabilização solidária dos veículos de comunicação pela transmissão de publicidade abusiva somente quando se verificar, na conduta destes, dolo ou culpa, esse é o posicionamento adotado por Júnior (2013, p. 63). Para esse autor, se a transmissão da publicidade abusiva vier a gerar prejuízo ao consumidor, observar-se-á rescisão contratual com perdas e danos nos moldes da regra geral dos vícios de consentimento.

2.1 Análise jurisprudência da propaganda enganosa ou abusiva do fornecedor

Considerando a relação jurídica sujeita às regras do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos, materiais ou morais, causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, exceto quando comprovado que o serviço não apresentou defeito ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiros nos termos do art. 14, do CDC.

Sendo assim, a responsabilidade civil decorrente de relação de consumo é de natureza objetiva, não dependendo de culpa para sua ocorrência, possuindo como requisitos apenas a comprovação do dano, a prestação de serviço defeituoso e o nexo de causalidade entre o dano e os defeitos relativos à prestação do serviço”.

CIVIL E PROCESSO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DANOS MATERIAIS. VALOR DA CELEBRAÇÃO DIVERGENTE DO FINANCIAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PUBLICIDADE ENGANOSA VERIFICADA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DA PUBLICIDADE. JUROS DE OBRA. RESSARCIMENTO. ITBI E COBRANÇA A MAIOR DO VALOR CELEBRADO. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DOS VALORES PAGOS. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Apresentando-se o valor financiado em desconformidade ao inicialmente pactuado entre as partes quando da celebração da promessa de compra e venda, imperiosa se faz a devolução do valor cobrado a maior do consumidor. 2. O Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 30 e 35, prevê o princípio da vinculação da publicidade, ou seja, as informações constantes da publicidade/oferta integram o contrato eventualmente firmado. Verificando-se que a ré veiculou publicidade/informação parcialmente falsa, ao propagar que o empreendimento compreenderia uma vaga de garagem e isenção de ITBI, o que não correspondeu à realidade

do imóvel, caracteriza-se a publicidade enganosa, nos termos do art. 37, § 1º, do CDC, o que implica em ilícito por parte da fornecedora de serviços, passível de ser indenizado ao consumidor. 3. Os juros de obra devem ser ressarcidos pela construtora, eis que a manutenção da despesa para além do prazo inicialmente estipulado somente ocorreu em razão do atraso na averbação da carta de habite-se, requisito necessário para a conclusão do processo de financiamento imobiliário. 4. Configurada a má-fé da fornecedora em exigir o pagamento do imóvel por valor acima do contratado, além do valor referente ao ITBI, que seria assumido pela vendedora, imperiosa a aplicação do parágrafo único do artigo 42 do CDC, o qual disciplina, verbis: "O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por igual valor ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável". 5. Na ação de indenização por danos morais, não se faz necessária a prova do prejuízo, sendo suficiente para a procedência a constatação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do ofensor. Precedentes do STJ e deste Tribunal. A postura da fornecedora em vender imóvel mediante oferta de produtos que não existiam, como a falta de garagem específica destinada ao bem, em evidente propaganda enganosa, configura a imposição ao consumidor de aflições, angústia e desequilíbrio que extrapolaram a normalidade, em ofensa à integridade psíquica da autora. 6. Na fixação da indenização por danos morais, deve considerar o Juiz a proporcionalidade e razoabilidade da condenação em face do dano sofrido pela parte ofendida e o seu caráter compensatório e inibidor, mediante o exame das circunstâncias do caso concreto. 7. Apelação não provida. (TJ-DF - APC: 20140110980944 DF 0023373-03.2014.8.07.0001, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 11/02/2015, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 06/03/2015 . Pág. 358).

A jurisprudência aponta a decisão mantida sobre a identificação da propaganda enganosa e abusiva visto que o requerente sentiu-se prejudicado moralmente, ofendido em circunstancias abusivas, o que provou desequilíbrio, angustia e prejuízo em suas atividades psíquicas, o que exige um caráter compensatório para fazer valer o direito do consumidor.

2.1.1 Decisões a favor

Nos termos do art. 14 do CDC, o fornecedor apresenta responsabilidade objetiva em relação aos danos causados aos consumidores em virtude de defeitos decorrentes dos serviços por ele prestados. Isso significa apenas que a responsabilização do fornecedor independe da aferição de culpa, sendo necessário comprovar não apenas o prejuízo sofrido, mas também o nexo de causalidade entre o dano e o serviço prestado. Do arcabouço probatório, não há comprovação robusta de possível negligência do Shopping Center capaz de gerar os danos sofridos pela autora, afastando, assim, o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TELECOMUNICAÇÕES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE CONDENA O FORNECEDOR A RESTITUIR OS VALORES PAGOS A MAIOR PELO CONSUMIDOR. INSURGÊNCIA RECURSAL. ALEGAÇÕES DE LEGALIDADE DA COBRANÇA, EIS QUE NÃO HÁ VENDA CASADA E O CONSUMIDOR FOI QUEM ESCOLHEU O PLANO. COMANDO CONDENATÓRIO MANTIDO, MAS POR FUNDAMENTOS DIVERSOS. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO. PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO E OFERTA IMPRECISA. FORNECEDOR QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE SEU ÔNUS DE PROVAR QUE INFORMOU QUE O VALOR DE R\$ 49,90 PELO SERVIÇO DE INTERNET DEPENDIA DA CONTRATAÇÃO, TAMBÉM DO SERVIÇO DE TELEFONIA, COM INDICAÇÃO DO PREÇO TOTAL DO PACOTE/ PLANO/ COMBO. OMISSÃO DOLOSA RELEVANTE. FATO QUE FOI DETERMINANTE PARA O ANGARIAMENTO DO CONSUMIDOR. INFORMAÇÃO POSTERIOR QUE NÃO AFASTA A MÁCULA DA PUBLICIDADE E DA OFERTA, EIS QUE ATINGIDO O OBJETIVO DO FORNECEDOR. MÁ-FÉ EVIDENTE. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DEVIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Diante do exposto, decidem os Juízes Integrantes da 1ª Turma Recursal Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade, conhecer do recurso, e no mérito, negar-lhe provimento, nos exatos termos do vot (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0035396-37.2012.8.16.0021/0 - Cascavel - Rel.: Vitor Toffoli - - J. 02.03.2015). (TJ-PR, Relator: Vitor Toffoli, Data de Julgamento: 02/03/2015, 1ª Turma Recursal).

A jurisprudência aponta a decisão mantida sobre a identificação da propaganda enganosa e abusiva visto que o requerente não tinha as informações relevantes para a contratação dos serviços de telefonia e na publicidade de oferta, contratou-se a má fé evidente, em consequência a restituição em dobro devida.

2.1.2 Decisões contra

No que tange à responsabilidade do prestador de serviços por danos causados ao consumidor e equiparados em decorrência de vícios na prestação do serviço, o Código de Defesa do Consumidor adotou, em seu art. 14, caput, a chamada teoria objetiva, segundo a qual a obrigação de indenizar surge com o dano e a demonstração do nexo de causalidade.

Contudo, a responsabilização civil do fornecedor independa da comprovação de dolo ou de culpa (art. 14, caput, do CDC), não está o consumidor desobrigado de comprovar a efetiva ocorrência do dano que afirma ter sofrido em decorrência da falha na prestação do serviço.

PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE PUBLICIDADE ENGANOSA NA PROPAGANDA DO VESTIBULAR DO ANO 2000 DA UNIVERSIDADE SALGADO FILHO, ANTE A OMISSÃO ACERCA DE DECISÃO JUDICIAL, NÃO TRANSITADA EM JULGADO, QUE AUTORIZARA O FUNCIONAMENTO DA INSTITUIÇÃO. PUBLICIDADE ENGANOSA NÃO RECONHECIDA, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I. O Tribunal a quo, soberano na análise do material cognitivo produzido nos autos, entendeu estarem ausentes os requisitos ensejadores da reparação civil, porque não caracterizada a publicidade enganosa, na espécie, concluindo que a agravada informara amplamente, através da imprensa, a existência das ações em curso, no TRF da 2ª Região, referentes aos processos ajuizados contra a implantação dos campi da Universo. Nesse contexto, a inversão do julgado exigiria, inequivocamente, incursão na seara fático-probatória dos autos, inviável, na via eleita, a teor do enunciado sumular 7/STJ. II. Agravo Regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 161013 PE 2012/0075671-0, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 21/08/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/09/2014)

Alegando publicidade enganosa em relação a um vestibular, mediante análise do material, verificou-se a ausência da publicidade enganosa, tornando o direito do consumidor não reconhecido, bem como a ausência do dever de indenização contra o acusado.

BEM MÓVEL Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais Consumidor que pretende adquirir veículo de acordo com as condições expostas no anúncio veiculado na TV Oferta que leva o consumidor a crer que a compra do automóvel se daria mediante o pagamento de duas parcelas, sendo uma de 50% no ato da compra e a outra somente após dois anos, sem existência de qualquer prestação intermediária. Previsão de juros cobrados no período de dois anos entre as duas parcelas. Informação trazida em letras miúdas, disponibilizadas por tempo mínimo na tela, de apenas 03 segundos, o que não permite a adequada visualização das ressalvas pelo consumidor - Exegese do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor. Configuração de publicidade enganosa ou abusiva. Condenação do fornecedor a proceder à venda do automóvel nos termos anunciados na propaganda veiculada na TV. DANOS MORAIS - Indenização por danos morais descabida Inocorrência de comprovação de abalo psíquico-físico ao autor, em vista da veiculação de publicidade enganosa por parte da ré. Não configuração do dano moral, porquanto o caso concreto se apresenta como mero aborrecimento. Recurso parcialmente provido, para o fim de se julgar parcialmente procedente a ação, somente para afastar o pedido de indenização por danos morais, determinando-se a repartição e compensação dos ônus sucumbenciais entre os litigantes. (TJ-SP - APL: 30005566120138260400 SP 3000556-61.2013.8.26.0400, Relator: Carlos Nunes, Data de Julgamento: 09/03/2015, 33ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/03/2015).

A jurisprudência acima aponta a não comprovação de publicidade enganosa em relação a oferta de produto ofertado em mídia (TV), considerando inexistente a presença de elementos que comprovem que o pretendente sofreu danos morais, psíquicos ou físicos, portanto, não houve publicidade enganosa.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, o CDC tem uma visão protecionista com o lado mais frágil da relação que é o consumidor. É notável que com exceção as publicidades úteis, convenientes e oportunas; os meios de convicções persuasivos influenciáveis, são

excessivamente perigosos se empregados irresponsavelmente. Alguns profissionais da publicidade abusam da simplicidade da população, demasiadamente vulnerável à frente deste mercado, agindo de forma contrária ao que é colocado no Código de Defesa do Consumidor.

A publicidade é um artifício de indústrias, empresas e comércios, que por intermédio de procedimentos temerários, podem manipular mentes. Anunciantes, agências publicitárias, celebridades e os veículos de divulgação, por vezes deixam de considerar e acatar os preceitos éticos e se dispõe de uma sucessão de artimanhas para a venda ou saída do produto ou serviço, a cargo da remuneração que auferem, justificando estar na execução de sua atividade.

Todavia, o CDC traz com ele o objetivo de salvaguardar o consumidor. Através dele, a publicidade passou a ser altamente regulada e os interesses dos consumidores começaram a ser protegidos e guardados por uma lei hábil, eficaz e de simples e transparente discernimento. Os pontos que cercam a publicidade, isto é, as ponderações do Código sobre a obrigação pré-contratual, a responsabilidade objetiva aos fornecedores e inclusive a tipificação penal de eventuais condutas, vieram a instituir e ditar notável obrigação de respeito a ética dos consumidores vulneráveis a essas práticas.

Ademais, para que haja a manifestação em discordância as propagandas enganosas e abusivas, é crucial que todos tenham o entendimento e a compreensão de seus direitos como consumidores. E, deste modo, é primordial ficarmos alertas ao que nos é ofertado mediante anúncios escritos, mencionados, citados e tele-receptados. Finalmente, mesmo diante de toda a evolução tecnológica e toda a sua influência, o Código de Defesa do Consumidor, mesmo sendo uma lei criada há mais de 20 anos, deve ser aplicada sobre todas as relações de consumo, para que o direito do consumidor e sua vulnerabilidade continue sendo resguardada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J. B. de. **Manual de Direito do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 1993.

ALMEIDA, J. B. **A proteção Jurídica do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, F. d. R.; OLIVEIRA, C. S. **Responsabilidade civil da agência publicitária**. 8ª ed. São Paulo, 2018.

BENJAMIN, A. H. de V.; MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BENJAMIN, A. H. et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BELCH, G. E.; BELCH, M. A. **Avaliação da eficácia dos elementos das comunicações integradas de marketing: uma revisão da pesquisa**. Revista Skap. Bratislava - Eslováquia, v. 4, n. 1, p. 185-204, jun. 2008.

BRASÍLIA, DF. Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2020.

CARVALHO, Juliana Freire de. **Destinatário Final para fins de aplicação do código do CDC**. 2014. Disponível em: <<https://julianafreiredecarvalho.jusbrasil.com.br/artigos/186206386/destinatario-final-para-fins-de-aplicacao-do-codigo-do-cdc>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHAISE, V. F. **A Publicidade em Face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHAVES, Rogério. **Características principais acerca da Lei nº 8078/90 Código de Defesa do Consumidor**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55601/caracteristicas-principais-acerca-da-lei-n-8078-90-codigo-de-defesa-do-consumidor->>. Acesso em: 17 nov. 2020.

COELHO, C. S. **Publicidade enganosa e abusiva frente ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro, 2002.

COELHO, F. Ulhoa. **A Publicidade Enganosa no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 1, Revistas dos Tribunais, 2011.

CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

DIOGO, K. **A publicidade contemporânea e as teorias de comunicação de massa**. São Paulo: Atlas, 2013.

ELIAS, J. J. **Marketing: o modelo dos 4ps**. Rio de Janeiro: Guanabara, 2020.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. **O que prevê o princípio da vulnerabilidade?**. 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1236524/o-que-preve-o-principio-da-vulnerabilidade-aurea-maria-ferraz-de-sousa>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de V.; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

JUNIOR, H. T. **Direitos do Consumidor**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

LAS CASAS, A. L. **Plano de marketing para micro e pequena empresa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINS, J. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto**. São Paulo, Revista dos Tribunais. Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. 5, 1993.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, L. A. R. **Curso de Direito do Consumidor**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

NUNES, L. A. R. **Curso de direito do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, F. G. **Direito do Marketing**. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2000.

SILVA, J. A. Q. de C. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e Legislação Complementar**. 6ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2018.

SILVA, M. V. F. A. **O Direito do Consumidor e a publicidade**. São Paulo. Editora MP, 2008.

TARTUCE, F; e NEVES, D. A. A. **Manual de direito do consumidor**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSA NOS CRIMES DE TRÂNSITO

JUAN FELIPE VILLAR DOS SANTOS:

Graduando do Curso de Direito no Centro
Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: O presente trabalho tem o propósito de pesquisar o fenômeno que rege na sociedade brasileira contemporânea a violência no trânsito, examinando a aplicabilidade do dolo eventual e da culpa consciente nos crimes de homicídios e lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor, ligado ao apelo da sociedade acerca do tema. O trabalho também tem o escopo de conceituar a conduta penalmente punível, apreciando a culpa e o dolo na estrutura do delito, bem como expor o entendimento doutrinário a respeito dos elementos e da estrutura do crime culposo e do crime doloso, de tal modo que possa vir a esclarecer, de maneira facilitada o entendimento no tocante aos crimes praticados na direção de veículo automotor. Por conseguinte, trazer pesquisas jurisprudenciais a respeito da aceitação e aplicação do dolo eventual nos crimes decorrentes de embriaguez ao volante.

Palavras-chave: Culpa consciente e Dolo eventual. Direito Penal e Código de Trânsito Brasileiro.

ABSTRACT: The present work has the purpose of researching the phenomenon that governs in contemporary Brazilian society to road rage, examining the applicability of dolo eventual and conscious guilt in crimes of murders carried out in the direction of motor vehicle, connected to the call of the society on the subject. The work also has the scope to conceptualize the conduct criminal punishable, enjoying the guilt and deceit in the structure of the offense, as well as expose the doctrinal understanding regarding the elements and structure of the crime manslaughter and felony, in such a way that might clarify so facilitated the understanding with regard to crimes committed in the direction of motor vehicle. Therefore, bringing research in jurisprudence regarding the acceptance and application of dolo eventual us crimes arising from drunk-driving.

Keywords: conscious and Intentional Fault possible. Criminal law and Brazilian Transit Code.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CONTEXTO HISTÓRICO. 3. ASPECTOS PROCESSUAIS DO HOMICÍDIO CULPOSO E LESÃO CORPORAL CULPOSA NOS CRIMES COMETIDOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. 3.1. Dolo eventual e culpa consciente. 3.2. Da culpa consciente. 4. APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NOS CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSA NO TRÂNSITO. 4.1 Ações penais cabíveis nos crimes de

homicídio e lesão corporal culposa nos crimes de trânsito. 4.1.1. Da possibilidade jurídica do pedido. 4.1.2. Do interesse de agir. 4.1.3. Da legitimidade das partes. 4.2. AUMENTO DE PENA NOS CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSA NOS CRIMES DE TRÂNSITO. 4.2.1. Não possui permissão para dirigir ou Carteira Nacional de Habilitação. 4.2.2. Praticá-lo em faixa de pedestre. 4.2.3. Deixar de prestar socorro, quando possível faze-lo sem risco pessoal. 4.2.4. No exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiro. 5. CONCLUSÃO. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 20 de setembro de 1997), completou, recentemente, 20 (vinte) anos de vigência. Sofreu diversas mudanças legislativas visando o seu aperfeiçoamento e a sua adequação às transformações que a sociedade moderna exige.

Este artigo, no entanto, tem por cerne discutir os principais aspectos jurídicos dos concernentes aos crimes de homicídio culposo na direção de veículo automotor e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, previstos, respectivamente, nos artigos 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro. Serão enfatizadas, também, as mudanças legais ocorridas nos referidos delitos após a promulgação do Código de Trânsito Brasileiro, a exemplo da Lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014. Não passará ao largo as revogações de incisos da redação original das ditas infrações penais, bem como as causas que o motivaram.

Dito isto, impende reconhecer que os delitos que serão aqui tratados – homicídio culposo na direção de veículo automotor e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor – são aqueles que causam maiores males na sociedade, já que os bens jurídicos envolvidos, a vida e a integridade física, reclamam maior prevenção e reprovação jurídicas, mediante a adoção de reprimendas penais mais gravosas se consideradas as mesmas figuras típicas contidas no Código Penal.

Saliente-se, ainda, que o delito de homicídio culposo praticado no trânsito é causa de preocupação mundial, mormente das Organizações Mundial da Saúde - OMS, uma vez que constitui uma das principais causas de morte.

Além disso, enorme dispêndio financeiro é suportado pelo Estado na área da saúde, pois, não raras vezes, os tratamentos decorrentes das sequelas deixadas pelo cometimento do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor são caros e perenes.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

O homem sempre teve a necessidade de se locomover, seja para se alimentar, migrar para outros territórios ou por outros motivos, e com essa necessidade foi preciso desenvolver ferramentas de locomoção que inicialmente se deu a pé, depois com a ajuda de carroças puxadas por animais devidos às próprias limitações inerentes a raça humana.

Com a evolução o homem criou os veículos movidos à tração mecânica, (veículos automotores), e em meados do século XVII esse desenvolvimento chegou ao Brasil. No ano de 1995, o país contava com nada menos de 53 (cinquenta e três) milhões de veículos motorizados. Sucede que os métodos de engenharia de trânsito acompanharam as inovações tecnológicas produzidas pelo setor automotivo, de sorte que os problemas relacionados ao trânsito não demoraram a acontecer.

Por esses e outros motivos o Brasil se tornou um dos países com a maior taxa de homicídio culposo no trânsito do mundo. A prudência recomendou, diante deste triste cenário, que nosso legislador percebesse a necessidade de criar regras de trânsito mais rígidas, com o intuito de inibir a prática de crimes de trânsito.

A principal delas é o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), que estabelece conceitos, institutos, previsões administrativas, cíveis e criminais decorrentes do uso de veículos automotores.

3. ASPECTOS PROCESSUAIS DO HOMICÍDIO CULPOSO E LESÃO CORPORAL CULPOSA NOS CRIMES COMETIDOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

Os crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor estão capitulados, respectivamente, nos artigos 302 e 303, do Código de Trânsito Brasileiro.

O delito de homicídio culposo assim se encontra expresso no artigo. 302, do Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor. Penas- detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

O delito em comento consiste em conduta comissiva, isto é, no ato de praticar homicídio na direção de veículo automotor, utilizado para locomoção terrestre, excluídas embarcações e veículos com tração animal.

Por conseguinte, o artigo 303, do Código de Trânsito Brasileiro, tipifica a conduta de praticar lesão corporal na forma culposa também na direção de veículo automotor, sempre que, do acidente de trânsito, ocorrer ofensa à integridade física alheia. A conduta encontra-se expressa da seguinte forma:

Art. 303 – Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor. Penas – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Observa-se, portanto, que a aprovação do Código de Trânsito teve como objetivo tutelar a vida, a paz e a segurança no trânsito, tornando as penas então existentes no Código Penal mais severas, na tentativa de inibir o cometimento destes e outros delitos.

3.1. Dolo eventual e culpa consciente

Sabidamente os crimes podem ser dolosos ou culposos, na clara dicção do disposto no artigo 18 do Código Penal. Os crimes de trânsito podem ser culposos ou dolosos, a depender da tipificação legal. Diz-se culposo, quando o agente deu causa ao resultado por negligência, imprudência ou imperícia. Diz-se doloso, por outro lado, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

O dolo pode ser direto ou eventual. Será direto quando o agente teve vontade e intenção no cometimento do crime. No entanto, quando o agente assume o risco de produzir o resultado, ou seja, quando sua conduta é previsível e a ofensa ao bem jurídico é previsível pelo agente, tem-se o denominado dolo eventual.

Linha tênue é a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente. Na culpa consciente, porém, o agente prevê a probabilidade do resultado, entretanto, ele espera que o resultado negativo não ocorra, em razão das suas habilidades pessoais ou destreza serem suficientes para enfrentar a situação de risco e impedir o resultado.

De acordo com Bitencourt (2011, p.321):

Haverá dolo eventual quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas aceitá-la como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado, (art.18, I in fine, do CP). No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas apesar de prevê-lo age aceitando o risco de produzi-lo. Como afirma Hungria, assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é

consentir previamente no resultado, caso este venha efetivamente a ocorrer. Não é só.

De acordo com José Henrique Pierangeli (2007, p. 57):

Podemos admitir a existência do dolo eventual, quando o resultado típico está abrangido pela vontade realizadora. Essa vontade deverá se apresentar através de uma conduta em que se demonstre de maneira irretocável um total desprezo pelo bem jurídico alheio e que se possa aclarar, através das expressões que me importa azar dele, e outra equivalente. Por conseguinte, se é bem verdade que, em alguns pontos, o dolo eventual transparece com ampla nitidez, nos casos de lesão de direitos pessoais (lesão e morte), muito especialmente, as que são produzidas em meio ao trânsito, a sua adoção quase sempre leva à estupefação.

A culpa consciente traz algumas características iguais ao dolo eventual, tendo em vista que em ambas há a previsão do resultado por parte do agente e que sua conduta poderá causar um resultado. O que os torna diferente é o fato de que, na culpa consciente, o agente acredita que sua habilidade impedirá o resultado.

Diz Bitencourt (2011, p. 341):

Os limites fronteiriços entre dolo eventual e culpa inconsciente constitui um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito. Há entre ambos um traço comum: a previsão do resultado proibido. Mas, enquanto no dolo eventual o agente anui ao advento desse resultado, assumindo o risco de produzi-lo, em vez renunciar a ação, na culpa consciente, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, e, na esperança convicta de que este não ocorrerá.

Fazendo alusão da diferença entre culpa consciente e dolo eventual, Queiroz (2001, p. 148) analisa que:

Diferentemente da culpa consciente (ou culpa com previsão), no dolo eventual, o agente, ainda que só eventualmente, quer o resultado, isto é, aceita a sua produção; na culpa consciente, porém, há mera previsão, sem que, com isso, se aceite o resultado. No dolo eventual, pois, o autor atua segundo a fórmula: "seja como for, dê no que der, em qualquer caso não

deixo de agir” (Frank). Na culpa consciente, no entanto, há um erro de cálculo, enquanto no dolo eventual há uma dúvida. Existe, por conseguinte, entre dolo eventual e culpa consciente, como observa Hungria, um traço comum: a previsão do resultado antijurídico, mas, enquanto no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, em vez de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora consideravelmente, a hipótese de superveniência do resultado e empreende a ação na esperança ou persuasão de que este não ocorrerá, pois assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente ocorrer.

As consequências jurídicas são absolutamente diversas. Suponha-se que um condutor de veículo pratique homicídio culposo da direção de veículo automotor. Sua pena de reclusão será de dois a quatro anos, segundo o preceito secundário da norma do artigo 302, do Código de Trânsito Brasileiro. Porém, a mesma conduta é praticada a título de dolo eventual, a partir de competição automobilística não autorizada, a punição a título doloso. Isso implica dizer que o agente será punido com pena de reclusão de seis a vinte anos, malgrado o contido no artigo 121 do Código Penal, dada a ausência de tipificação legal do Código de Trânsito Brasileiro.

Prevalecem os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de que havendo dúvidas na real intenção do caso concreto, vale dizer, se o crime foi cometido a título de dolo ou culpa, deverá o agente responder a título de culpa, ancorado na máxima de que não houve comprovação do dolo, tudo para homenagear o princípio do “in dubio pro reo”.

3.2. Da culpa consciente

Aos critérios trazidos pela lei e pela doutrina em relação ao dolo eventual e culpa consciente devemos determinar as semelhanças que torna um pouco mais complexas as diferenças quando existem situações práticas.

Dolo eventual, como já explanado anteriormente quando o agente produz o resultado de forma consciente e se mostra indiferente em relação ao resultado. Contudo, na maior parte desses casos é necessário conhecer o interior do agente, isto é, o que o levou a cometer determinado crime.

A culpa consciente traz algumas características iguais ao dolo eventual, tendo em vista que em ambas há a previsão do resultado por parte do agente e que sua

conduta poderá causar um resultado. O que os torna diferentes é o fato de que, na culpa consciente, o agente acredita que sua habilidade impedirá o resultado.

De acordo com Bitencourt (2011, p. 341):

Os limites fronteira entre dolo eventual e culpa inconsciente constitui um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito. Há entre ambos um traço comum: a previsão do resultado proibido. Mas, enquanto no dolo eventual o agente anui ao advento desse resultado, assumindo o risco de produzi-lo, em vez de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, e, na esperança convicta de que este não ocorrerá.

Destarte, conclui-se que a diferença entre o instituto do dolo eventual e da culpa consciente, se dá pelo fato do agente querer produzir o resultado, pois se no dolo eventual o agente age de maneira convicta, querendo produzir o resultado e, até mesmo, assume o risco de produzi-lo, na culpa consciente, o agente não tem interesse e não aceita o resultado, confiando que sua habilidade evitará a produção do resultado.

4. APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NOS CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSA NO TRÂNSITO

Em razão da constância que acontecem os crimes de trânsito, em decorrência de embriaguez, direção perigosa deixando vítimas fatais ou lesionando em razão da despreocupação do condutor que alegava que não estava em condições de saber o que estava fazendo o legislador procurou dar maior rigor às regras regidas no Código de Trânsito Brasileiro.

Com esse objetivo, Lei nº 12.760/12, modificou o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

“Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora”.

Antes da mudança da lei, para constatação de embriaguez ao volante era necessário o limite de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, o condutor não era obrigado a fazer o exame de alcoolemia, uma vez que se cometesse o crime de homicídio ou lesão corporal na direção de veículo automotor não produziria prova contra si.

O legislador percebeu que existia uma falha, e alterou a lei onde a embriaguez poderia ser constatada pela alteração da atividade locomotora em razão do uso de álcool, além da alcoolemia ainda se faz prova da substância que provocou a alteração significativa no condutor.

No entanto, que não é razoável, uma vez que, em concurso, o crime do art. 302, que é de dano, absorve totalmente a conduta do artigo 306, de perigo, impedindo assim o concurso de crimes.

Assim, em casos de morte no trânsito, causadas supostamente por embriaguez do condutor, têm sido recorrentes a aplicação do dolo eventual, para incriminar na forma dolosa o agente causador da morte e aumentar sua punição.

Desta maneira, o dolo eventual não será tratado mais pelo Código de Trânsito Brasileiro que por sua vez não admite modalidade dolosa, saindo de sua esfera e levando para o art. 121 do Código Penal Brasileiro, cumulado com art. 18, I, ou a lesão corporal seguida de morte, prevista pelo art. 129, §3º também do Código Penal Brasileiro.

Visto pela ótica do legislador se o agente causador do homicídio respondesse pelo Código de Trânsito Brasileiro sua pena máxima seria de 4 anos. Porém se responder pelo homicídio doloso na modalidade eventual, além de ser jugado no tribunal do júri sua pena pode ser de reclusão de 6 a 20 anos se praticada lesão corporal seguida de morte será penalizado com pena de até 12 anos.

Podemos entender assim, que na aplicação do dolo eventual nos homicídios de trânsito pode levar os tribunais a cometerem injustiças, uma vez que os crimes de trânsito devem ser tratados pelo Código de Trânsito Brasileiro e não pelo Código Penal Brasileiro.

Neste sentido, em decisão do Habeas Corpus 107801 SP, o STF reconheceu a ocorrência de culpa consciente e decidiu por desclassificar o homicídio qualificado como doloso, para homicídio culposo na direção de veículo automotor in verbis:

“Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influenciando na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus. 2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. , caput, do) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. 4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte. 5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que “O anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1º e 2º estabeleciam: 'A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. § 1º. Se as embriaguezes foram intencionalmente procuradas para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo; § 2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato”. (Guilherme Souza Nucci, comentado, 5. Ed. Rev. Atual. E ampl. - São Paulo: RT, 2005, p. 243) 6. A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se

confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 7. A Lei nº /06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela *lex mitior*, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime *sub judice* e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. , caput, do). 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. , caput, do), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP.”

É correto afirmar que o causador de um acidente de trânsito que teve como consequência vítimas, tenha a segurança jurídica de um julgamento feito pela legislação especial, que talvez deva ser alterada para agravar essas situações específicas, que não se pode aceitar é o desvirtuamento do dolo eventual para classificar um crime de trânsito como doloso, imputando-lhe a prática prevista no art. 121 do Código Penal Brasileiro, sob a afirmação que o agente teve a consciência do resultado.

O objeto material do crime de homicídio culposo é a vida e lesão corporal culposa, a integridade física do da pessoa humana vítima de acidente de trânsito ocorrido em via pública.

Assim prescreve MARCÃO (2008)

Em relação ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal em estudo, vê-se que temos a vida em primeiro lugar, e subsidiariamente o fluxo de veículos, haja vista o CTB trazer em seu bojo diversas outras normas de ordem pública consistentes em ordenar o trânsito de veículos em território nacional.

4.1 Ações penais cabíveis nos crimes de homicídio e lesão corporal culposa nos crimes de trânsito

O artigo 291 do Código de Trânsito Brasileiro, define as regras, que só haverá processo judicial se a vítima assim requerer, e serão aplicadas normas gerais do Código Penal Brasileiro e do Processo Penal bem como dos dispositivos da lei 9.099/95 no que couber.

Porém toda regra há sua exceção, uma vez que em certos casos não se pode falar em ação penal pública condicionada a representação por se mostrar diferente em situações particulares neste caso dando ênfase ao crime homicídio culposa (art.302) do Código de Trânsito Brasileiro e lesão corporal culposa (art. 303) do Código de Trânsito Brasileiro ocorrida na direção de veículo automotor e independente da vontade da vítima haverá a oferecimento de denúncia pelo Ministério Público e a ação será pública incondicionada.

Sobre a matéria, discorre Mirabete:

“A ação é um direito subjetivo processual que surge em razão da existência de um litígio, seja ele civil ou penal. Ante a pretensão satisfeita de que o litígio provém, aquele cuja exigência ficou desatendida propõe a ação, a fim de que o Estado, no exercício da jurisdição, faça justiça, compondo, segundo o direito objetivo, o conflito intersubjetivo de interesses em que a lide se consubstancia. O jus puniendi, ou poder de punir, que é de natureza administrativa, mas de coação indireta diante da limitação da autodefesa estatal, obriga o Estado-Administração, a comparecer perante o Estado-Juiz propondo a ação penal para que seja ele realizado. A ação é, pois, um direito de natureza pública, que pertence ao indivíduo, como pessoa, e ao próprio Estado, enquanto administração, perante os órgãos destinados a tal fim”. (MIRABETE, Júlio Fabrinni. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2005.v. 1, p. 108).

Para ter início uma ação penal (denúncia), deve estar presentes alguns requisitos que são inerentes ao fato como, por exemplo: a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento que possa identifica-lo, a classificação do crime e o rol das testemunhas.

4.1.1. Da possibilidade jurídica do pedido

Condição na qual se exige que o direito reclamado no pedido de prestação jurisdicional esteja previsto em nosso ordenamento jurídico positivo, no processo penal é viável o provimento jurisdicional condenatório expressamente permitido.

“(…) a ordenamento jurídico da providência que se quer ver atendida. Ausente ela, o caso seria de carência da ação doutrina processual penal refere-se à Possibilidade Jurídica do Pedido

como a previsão no penal por falta de condição de ação (...). (PACELLI, 2007, p. 87).

4.1.2. Do interesse de agir

Segundo Dinamarco, o interesse de agir pode ser definido como “utilidade do provimento jurisdicional pretendido pelo demandante”. Essa condicionante da ação se justifica pelo fato de que o Estado apenas exerce sua junção jurisdicional quando tal atuação se faz necessária, devendo ser resguardado o trinômio explicado por Capez.

“Desdobra-se no trinômio: necessidade e utilidade do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido e à adequação à causa do procedimento e do provimento, de forma a possibilitar a atuação da vontade concreta da lei segundo os parâmetros do devido processo legal” (CAPEZ, 2007, p. 470).

O trinômio a que se refere Capez são os pressupostos condicionantes da ação, partindo do princípio da impossibilidade de se impor a pena sem o devido processo legal.

4.1.3. Da legitimidade das partes

A *Legitmatio ad causam*, são legitimados para a causa os titulares da ação jurídica deduzida.

Prescreve Capez: “(...) a legitimidade “ad causam” é a legitimação para ocupar tanto o pólo ativo da relação jurídica processual, o que é feito pelo Ministério Público, na ação penal pública, e pelo ofendido, na ação penal privada, quanto no polo passivo, pelo provável ator do fato, e da legitimidade *ad processum* que é a capacidade para estar no polo ativo, em nome próprio, e na defesa de interesse próprio (...).” (CAPEZ, 2007, p. 471).

4.2. Aumento de pena nos crimes de homicídio e lesão corporal culposa nos crimes de trânsito

Além dos crimes cometidos de forma simples previstos nos artigos 302 que trata de homicídio culposo na direção de veículo automotor e artigo 303 de lesão corporal culposa, o legislador, tornou por majorar a pena situação expressas na lei que são elas:

4.2.1. Não possui permissão para dirigir ou Carteira Nacional de Habilitação

O condutor que não tiver permissão para dirigir ou não tiver Carteira Nacional de Habilitação, terá sua pena aumentada de 1/3 a metade e o fato não retira do condutor a responsabilidade uma que o fato gerador do aumento da pena não é sua capacidade de guiar um veículo automotor e sim o fato de não ter a devida permissão ou Carteira Nacional de Habilitação.

Não será por sua vez reconhecido como crime autônomo com previsão no artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro:

Ementa: APELO DEFENSIVO. **HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR**, QUALIFICADO POR NÃO POSSUIR PERMISSÃO PARA DIRIGIR OU CARTEIRA DE HABILITAÇÃO. ART. 302, § ÚNICO, I DO CTB. RECURSO DISTRIBUÍDO EM 06.05.11 E CONCLUSO PARA JULGAMENTO EM 16.06.11. SENTENCIADO QUE APELA EM LIBERDADE. APELANTE QUE, NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, EM VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM O LOCAL, SEM HABILITAÇÃO E COM QUANTIDADE DE PASSAGEIROS SUPERIOR AO PERMITIDO, CAPOTOU O CARRO, CAUSANDO A MORTE DA VÍTIMA E LESÕES CORPORAIS EM OUTRAS 04 (QUATRO) PESSOAS. CONDENAÇÃO EM 02 (DOIS) ANOS E 08 (OITO) MESES DE DETENÇÃO. FUNDAMENTOS DO RECURSO: PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. REJEITADA. MÉRITO. 1. ABSOLVIÇÃO. INACOLHIDO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, NA ESTEIRA DO PARECER MINISTERIAL. Página 1 de 7.799 resultados. (TJ-MJ – Apelação Criminal APR 10183091603385001 mg (TJ-MG)).

4.2.2. Praticá-lo em faixa de pedestre

Será considerada também causa de aumento de pena o cometimento de homicídio culposo ou lesão corporal culposa, na direção de veículo automotor cometida sobre a faixa de pedestre. Onde o condutor tem o dever de resguardar a integridade física do pedestre.

Ementa: HOMICÍDIO CULPOSO. ATROPELAMENTO COM MORTE. CRIME E AUTORIA COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Como afirmou o Julgador, condenando o recorrente: "A negligência do denunciado decorreu de sua falta de atenção e cuidados necessários para a segurança no trânsito, visto que não visualizou a vítima atravessando a rua, embora tivesse condições

para tanto, olvidando que a prioridade de passagem era da ofendida que estava na travessia em local apropriado. A faixa presente no local indicava a previsibilidade de que haveriam pedestres nas proximidades, o que exigia maior cautela dos condutores de veículos naquele local." DECISÃO: Apelo defensivo desprovido, por maioria de votos. (Apelação Crime Nº 70050075332, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 20/02/2013).

4.2.3. Deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal

O agente causador do acidente de trânsito deve prestar imediato socorro à vítima, sob a égide de que não o fizer sua pena será majorada e será permitida sua prisão em flagrante nos termos do artigo 301 do Código de Trânsito Brasileiro.

O agente causador que não prestar o devido socorro deve justificar que havia risco a sua integridade física e não pode fazê-lo, respondendo pelo fato na forma simples e não majorada, garantindo que não será preso em flagrante e nem lhe exigindo fiança.

A pena será aumentada, se for possível fazê-lo sem risco a sua integridade física e não fez e que tenha agido culposamente para que o fato acontecesse, e não houve imprudência, negligência ou imperícia estará incurso no art. 304 do código de trânsito brasileiro cometendo assim o crime de omissão.

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO (ART. 302, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, DO CTB). CRIME DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE CICLISTA. FUGA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CULPA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA EXCLUDENTE OU DE CULPA CONCORRENTE OU EXCLUSIVA DA VÍTIMA. IMPRUDÊNCIA E NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADAS COM RESPALDO NA PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL. INOBSERVÂNCIA DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO. PREVISIBILIDADE OBJETIVA DO RESULTADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INACOLHIMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. NÃO COMPROVAÇÃO DE RISCO PESSOAL POR PARTE DO ACUSADO. OMISSÃO DE SOCORRO À VÍTIMA. CONFIGURAÇÃO. MORTE INSTÂNTANEA DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA. INCABIMENTO. APELO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I - Havendo prova de que o réu foi o responsável pelo atropelamento da vítima fatal, à

míngua de qualquer circunstância que exclua sua culpa ou que demonstre a culpa exclusiva por parte da vítima, impõe-se a condenação pela prática do delito de homicídio culposo previsto no Código de Trânsito Brasileiro. Assim, demonstrada a culpa, na modalidade de negligência e imprudência, do condutor do veículo responsável pelo atropelamento fatal da vítima, como é o caso dos autos, torna-se inviável a absolvição do recorrente, que não cumpriu com o dever objetivo de cuidado, ante a previsibilidade do evento danoso. Precedente do STJ. II- "(...) 2. Irrelevante o fato de a vítima ter falecido imediatamente, tendo em vista que não cabe ao condutor do veículo, no instante do acidente, supor que a gravidade das lesões resultou na morte para deixar de prestar o devido socorro. 3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no Ag nº 1.140.929/MG, relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 08/09/2009). Precedentes do STJ e do TJPE.III- Apelo não provido. Decisão unânime.

4.2.4. No exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiro

Pessoa que tem como sua atividade laboral o transporte de passageiros deve zelar pela segurança de todos que transporta exigindo-lhe um cuidado a mais quando estiver na direção de veículo, automotor ainda que este não tenha passageiro.

Não há necessidade que o veículo utilizado esteja com passageiros bastando apenas que o condutor esteja conduzindo o veículo, não ficando restritas, às pessoas que estiverem fora do veículo também se forem vítimas o condutor respondera pelo crime deste inciso.

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de apelação. EMENTA: APELANTE: JEFFERSON CARLOS SANTOS PEREIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ RELATOR: DES. MIGUEL KFOURI NETO APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NO TRANSPORTE DE PASSAGEIROS (ART. 302, § 1.º, INC. IV, DA LEI Nº.9.503/97). RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE O RÉU ADENTROU À VIA NA CONTRAMÃO DE DIREÇÃO POR AUSÊNCIA DE

SINALIZAÇÃO. DESACOLHIMENTO. PROVAS SUFICIENTES DE QUE O RÉU, AO SAIR DO TERMINAL DO SÍTIO CERCADO, CONDUZINDO ÔNIBUS BIARTICULADO, ADENTROU NA CONTRAMÃO, IGNORANDO PLACAS DE SINALIZAÇÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO. ATO CONTÍNUO, TRANSPÔS CRUZAMENTO SINALIZADO COM SEMÁFORO, INTERCEPTANDO A TRAJETÓRIA DO VEÍCULO VW/GOL, QUE VINHA EM SUA REGULAR MÃO DE DIREÇÃO, CAUSANDO A MORTE DA PASSAGEIRA DESTE. QUEBRA DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO DEMONSTRADO. RECURSO DESPROVIDO. I - RELATÓRIO (TJPR - 1ª C.Criminal - AC - 1389219-6 - Curitiba - Rel.: Miguel Kfourri Neto - Unânime - - J. 13.08.2015)

O número de vítimas fatais em acidentes de trânsito vem crescendo drasticamente, tornando a sociedade mais violenta, fazendo com que as pessoas se sintam cada vez mais inseguras.

Após a criação do Código de Trânsito Brasileiro no ano de 1997, no Brasil o número de mortes no trânsito era de aproximadamente 35 mil mortes, visto que éramos o primeiro lugar nas estatísticas de mortes no trânsito. Após a criação do Código de Trânsito Brasileiro houve uma diminuição considerável com queda para 28 mil mortes, porém nos anos subsequentes houve um crescimento moderado e que em 2012 já ultrapassava 43 mil mortes no trânsito, conforme gráfico abaixo que bem denota esta situação.

Os dados acima ilustram a média de cada 100 mil habitantes no Brasil. Se comparar com outros países, nota-se que em 2017 o Brasil ocupa o 3º lugar no ranking mundial de mortes no trânsito, atrás apenas de países como África do Sul e Tailândia.

A alusão de que o Código de Trânsito Brasileiro diminuiria ou até mesmo inibiria os acidentes de trânsito não se constata efetivamente, uma vez que o resultado advém de causa natural, nem sempre podendo ser previsto, uma vez que está associada à consciência pessoal do homem e não o medo uma punição mais gravosa (Ministério da saúde, 2017).

Conforme a última avaliação do Ministério da Saúde em 2017 houve um número significativo de vítimas fatais de acidentes de trânsito de transporte terrestre somando um total de 37.306 vítimas, a figura abaixo é clara sobre a situação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem o objetivo de analisar as mudanças ocorridas na legislação brasileira no que se refere aos crimes de trânsito praticados na direção de veículo automotor, mostrando que as penas se tornaram mais graves com o objetivo de inibir tais crimes.

Atualmente a sociedade vêm enfrentando diversos riscos de ordem, econômicos, naturais, nucleares e, todos aqueles que são presenciados diariamente. Também nesta linha de raciocínio, estão os riscos causados pela violência no trânsito, estando entre os mais perigosos, causando insegurança à sociedade.

Por isso, nota-se uma sociedade mais participativa nas decisões dadas pelos magistrados, fazendo com que a insegurança vivenciada por ela, acabe interferindo no julgado, na maior parte, punindo de maneira impensada e severa os que violam as leis de trânsito. E, para tentar dar uma resposta imediata à sociedade, os juízes vêm anuindo à tese de enquadramento do dolo eventual, mesmo não sendo a maneira mais correta de dirimir os problemas oriundos do trânsito.

Todo esse entrave dá-se pela complexidade de distinguir a modalidade do dolo eventual ou da culpa consciente no caso concreto. Tudo isso, resulta em oposições de pensamentos, tanto doutrinários quanto jurisprudenciais, haja vista as semelhanças entre ambos.

A diferença entre o homicídio culposo e o doloso, encontra-se, também, no tempo da pena por isso muitos juízes tendem a reconhecer o dolo eventual, como forma de punir mais severamente os infratores que praticam crimes no trânsito, idealizando na sociedade uma sensação de segurança.

Porém, se nos dias atuais o reconhecimento do dolo eventual tornou-se algo frívolo, e na maioria das vezes instintivo, isso se deve em grande parte à pressão trazida pela mídia. Lamentavelmente o poder dos meios de comunicação faz com que, em muitos casos, os poderes legislativo e judiciário, fiquem alienados ao clamor popular, a fim de influenciar nas decisões judiciais e na elaboração de leis, deixando o embasamento técnico de lado.

Diante desses fatos, criou-se uma comissão incumbida de elaborar um anteprojeto de reforma ao Código Penal. Uma das propostas apresenta o novo modelo de culpa, a culpa gravíssima, que implicará numa punição mais severa, tanto para os crimes de lesão corporal e homicídio de trânsito, decorrente de embriaguez, quanto para os crimes de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade. Deste modo, permite-se que os delitos supracitados sejam punidos de

forma mais condizente, abstendo-se o julgador de observar a aplicação e o reconhecimento do dolo eventual, ou seja, ofuscaria o ponto de vista analítico.

A solução dos problemas decorrentes do trânsito não pode ser transferida, unicamente, ao Código Penal, nem achar que, aumentando a punição, fará com que a violência no trânsito amenize. Para tal, implique na reeducação de todos os cidadãos, sejam eles pedestres ou condutores.

Dito isto, é importante ressaltar que atualmente o Direito Penal está sendo interpretado de maneira equivocada, visto que existem situações lógicas em que o dolo eventual é aplicado, em vez da culpa consciente, ao acreditar que essa decisão poderá solucionar ou amenizar a violência atual do trânsito. Isso apenas serve como forma de responder ao clamor da sociedade, mas de modo geral, não se pode tentar resolver o problema, aumentando a pena, sem, ao menos, entender as causas que ensejaram o delito.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral – 15° ed.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 3 ed. São Paulo, Atlas, 1987.

PIERANGELI, José Henrique. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Thomson, Ano VIII n° 44, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais**, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Dolo Eventual e Culpa Consciente nos Crimes de Trânsito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas. N° 59**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. **Teoria da Pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf) Acesso:10/05/2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 8ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2012.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6438 Acesso:09/05/2021.

ESTABILIDADE DOS EMPREGADOS PÚBLICOS QUE INGRESSARAM EM EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA ANTES DA EC 19/98. EXTENSÃO DO ITEM II DA SÚMULA 390 DO TST. ENTENDIMENTO DO STF E DO TST.

MÁRCIA DOS ANJOS MANOEL:

Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

RESUMO: No presente estudo busca-se confrontar o item II da Súmula 390 do Tribunal Superior do Trabalho, que trata da estabilidade do empregado público de empresa pública e de sociedade de economia mista, com a redação original do *caput* do artigo 41 da Constituição Federal, antes das alterações promovidas pela Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998. Objetiva-se concluir se são estáveis os empregados públicos que ingressaram em empresas públicas e sociedades de economia mista a tempo de cumprir, antes da vigência da Emenda Constitucional 19 de 1998, o prazo previsto na redação original do *caput* do artigo 41 da Constituição Federal. Analisam-se precedentes históricos e atuais do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

INTRODUÇÃO

No âmbito da advocacia pública trabalhista, encontramos inúmeras decisões judiciais divergentes acerca de institutos legais e constitucionais, como a estabilidade dos empregados públicos antes e depois da Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998 (EC 19/98).

Apesar de o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tentar pacificar a questão através da edição das Orientações Jurisprudenciais (OJ) nº 229 e 265 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) e da OJ nº 22 da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais (SDI-2), posteriormente convertidas na Súmula 390, verifica-se que subsistem decisões conflitantes sobre a matéria.

É incontroverso neste artigo que, desde a alteração promovida pela EC 19/98 no *caput* do artigo 41 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), não existe estabilidade ordinária a empregados públicos de empresas públicas e sociedades de

economia mista. Tal conclusão decorre do Item II da Súmula 390 do TST e é referendado por inúmeras decisões judiciais.

Permanece controvertido no âmbito da Justiça do Trabalho, contudo, se os empregados públicos da administração indireta de direito privado possuíam estabilidade constitucional quando vigente a redação original do *caput* do artigo 41 da Constituição Federal.

Apesar de a Emenda Constitucional referida possuir anos de vigência, a discussão permanece ativa na Justiça do Trabalho, quando analisa em reclamações trabalhistas a constitucionalidade de demissões atuais de empregados públicos que haviam sido admitidos em empresas públicas ou sociedades de economia mista antes de 1996, quando já poderiam ter cumprido os requisitos do então vigente artigo 41 – se lhes fosse aplicável – antes da revogação pela EC 19/98.

Assim, o objetivo do presente estudo é analisar as decisões judiciais do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de concluir a eficácia do item II da Súmula 390 do TST à luz da EC 19/98.

Ou seja, visa-se perquirir se, à luz da jurisprudência pátria, o empregado público de empresas públicas e de sociedades de economia mista possui estabilidade constitucional se houver completado o estágio probatório de 2 (dois) anos antes da vigência da EC 19/98.

1. A QUESTÃO CONTROVERTIDA: A ESTABILIDADE DOS EMPREGADOS PÚBLICOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E A EC 19/98.

A Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998, alterou o artigo 41 da Constituição Federal de 1988, para – no que interessa a este artigo – rever a forma de estabilidade dos servidores públicos, estatutários e celetistas.

Assim dispunha a redação original do *caput* do artigo 41 da CF/88:

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

[...]78

Após alterações promovidas pela EC 19/98, assim ficou redigido o dispositivo:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]79

Antes da alteração constitucional, decorridos apenas 2 (dois) anos de estágio probatório, os servidores públicos nomeados em concurso eram estáveis. A redação constitucional não fazia diferenciação entre os servidores públicos estatutários e os celetistas nem mencionava a necessidade de ocupar cargo de provimento efetivo (como faz a nova redação do artigo 41), o que levou ao debate sobre a extensão do dispositivo.

Ilustrativamente, Fabrício Motta e Maria Sylvia Zanella Di Pietro explicam a controvérsia:

A redação dada ao art. 41 da Constituição pela EC 19/1998 não deixa dúvida de que houve o intuito de excluir os servidores celetistas do direito à estabilidade igual à do servidor estatutário. Aliás, a redação original também já permitia essa conclusão. No entanto, no âmbito do Poder Judiciário, especialmente da Justiça

⁷⁸ BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União de 05/10/1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em 07 jun. 2021.

⁷⁹ Ibid, acesso em 07 jun. 2021.

do Trabalho, passou-se a decidir favoravelmente à estabilidade dos celetistas, pelo fato de estarem os mesmos sujeitos a concurso público para investidura em emprego público.

Pela Súmula 390, I, o Tribunal Superior do Trabalho consagrou o entendimento de que "o servidor celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988".

Esse entendimento já era difícil de ser aceito na redação original do art. 41 da Constituição, mas chegou a ser adotado pelo STF, antes da EC 19/1998. Porém, a partir da Emenda 19, que só assegura estabilidade ao servidor nomeado para cargo de provimento efetivo, não mais se justifica a outorga de estabilidade ao servidor celetista, que é contratado (e não nomeado) para emprego (e não cargo).⁸⁰

A discussão, no que concerne especificamente aos empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista, envolve o artigo 173, §1º, II, da CF/88, que previu expressamente a sujeição à legislação trabalhista:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁸⁰ MOTTA, F.; DI PIETRO, M. S. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Ebook Proview, Parte II, Cap. 5. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100963923/v1/document/102675586/anchor/a-102675586> . Acesso em 07 jun. 2021.

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)⁸¹

Antes da EC 19/98, a disposição hoje referente ao inciso II do §1º constava no *caput* do parágrafo, com uma redação análoga:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. ⁸²

O Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula 390, interpretou os dispositivos constitucionais referidos de forma a atribuir estabilidade aos servidores celetistas da administração direta, autárquica e fundacional, negando tal direito ao pessoal das empresas públicas e sociedades de economia mista:

Súmula nº 390 do TST

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista

⁸¹ BRASIL, 1988. Acesso em 07 jun. 2021.

⁸² Ibid, acesso em 07 jun. 2021.

no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)⁸³

Inúmeros debates cercam a aplicação da súmula 390 do TST. Debate-se, além de outros pontos, a eficácia do dispositivo sumular à luz da alteração promovida no *caput* do artigo 41 da CF/88 pela EC 19/98.

Sobre o item I da súmula, discute-se se persiste a estabilidade aos empregados que ingressaram na administração direta, autárquica ou fundacional mesmo depois da EC 19/98. Sobre o Item II da Súmula, discute-se se a estabilidade constitucional prevista na redação original do artigo 41, *caput*, da CF/88 alcançava os empregados públicos que ingressaram em empresas públicas ou sociedades de economia mista antes da EC 19/98, tendo em vista o disposto na então redação do artigo 173, §1º, da CF/88 (atualmente correspondente ao inciso II do §1º do artigo 173).

Este último ponto, a eficácia do item II da Súmula 390 frente à EC 19/98, é o objeto deste artigo.

A problemática surgiu a partir do entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT4), que reconheceu estabilidade constitucional a empregado público que ingressou em sociedade de economia mista gaúcha antes da EC 19/98:

⁸³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 390**. Publicado no DJ em 20, 22 e 25/04/2005. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390. Acesso em 07 jun. 2021.

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISPONIBILIDADE REMUNERADA DO ARTIGO 41, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Inaplicáveis ao reclamante as disposições da Súmula 390 do TST, haja vista que admitido mediante concurso público no ano de 1991, quando vigentes as disposições legais do art. 41 da CF, sem as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 19/1998. Assim, o reclamante adquiriu estabilidade no ano de 1993,** razão pela qual deve ficar ao abrigo da pretendida disponibilidade remunerada. [destaquei] 84

EMENTA ESTABILIDADE DO ARTIGO 41 DA CRFB/1988. EMPREGADO CELETISTA CONCURSADO, DESPEDIDO DA CORAG. **Ao reclamante não se aplica a Súmula 390 do TST, tendo em vista que admitido na CORLAC por intermédio de concurso público em 22.03.1988, quando ainda vigentes as disposições legais do art. 41 da Constituição Federal, sem as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 19/1998, adquirindo, pois, estabilidade no serviço público a partir de 22.03.1990 (após dois anos de efetivo serviço público),** somente podendo perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa. Recurso do reclamante provido. [destaquei] 85

Por seu turno, tratando de empregados admitidos após a EC 19/98, tampouco o TRT4 diferenciou os empregados da administração direta, autárquica e fundacional dos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista:

⁸⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão no ROT 0020027-84.2018.5.04.0018.** 6ª Turma. Relator: FERREIRA, Maria C. S. Publicado no DJ de 30/01/2020. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/7cc-ecy7jgkA7vwR80QVYQ?> . Acesso em 07 jun. 2021.

⁸⁵ Id. **Acórdão no ROT 0020042-82.2020.5.04.0018.** 2ª Turma. Relator: FIGUEIREDO, Marçal H. S. Publicado no DJ em 10/12/2020. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/sKaawev-6BG_O51KjbF_NA? . Acesso em 07 jun. 2021.

ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal não autorizam a concessão de estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República a empregado público admitido posteriormente à Emenda Constitucional 19/98.⁸⁶ ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Aplica-se ao empregado público regido pela CLT, admitido em 01/03/1991, as disposições do artigo 41 da Constituição Federal sem as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 19/1998.⁸⁷

É dizer: as ementas acima transcritas evidenciam que o TRT4 desconsidera a diferenciação feita pela Súmula 390 a partir da personalidade jurídica do empregador público. Importa somente, nas decisões citadas, se, ao advento da EC 19/98, o empregado público já havia cumprido os 2 (dois) anos previstos como estágio probatório pela redação original do *caput* do artigo 41 da CF/88.

2. ENTENDIMENTO DO TST. ANÁLISE DOS PRECEDENTES QUE ORIGINARAM A SÚMULA 390, II, DO TST.

Como referido no item anterior, assim dispunha o *caput* do artigo 41 da CF:

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

⁸⁶ Id. **Acórdão no ROT 0021569-41.2017.5.04.0029**. 4ª Turma. Relator: BESERRA, Fabiano H. Publicado no DJ de 27/05/2021. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/_qElSqKoY1Pe3Jd100A? . Acesso em 07 jun. 2021.

⁸⁷ Id. **Acórdão no ROT 0020035-90.2020.5.04.0018**. 5ª Turma. Relator: JARDON, Manuel C. Publicado no DJ de 30/014/2021. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/QLcsqJ3Eg_XuOBxrdqNUGw? . Acesso em 07 jun. 2021.

[...]88

Após alterações promovidas pela EC 19/98, assim ficou redigido o dispositivo:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]89

A nova redação do artigo previu expressamente que a estabilidade constitucional refere-se apenas aos servidores “nomeados para cargo de provimento efetivo” – expressão que, em sua interpretação literal, exclui os empregados públicos de toda a administração direta e indireta.

Com efeito,

Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto os ocupantes de cargo público (efetivo ou em comissão) e de função (de confiança) têm um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei 8.112/1990) e em legislação esparsa que o complementa. 90

⁸⁸ BRASIL, 1988. Acesso em 07 jun. 2021.

⁸⁹ Ibid. Acesso em 07 jun. 2021.

⁹⁰ MOTTA, DI PIETRO. 2015, parte II, cap. 3. Acesso em 07 jun. 2021.

Sobre “cargo de provimento efetivo”, os autores acrescentam:

Provimento efetivo é o que se faz em cargo público, mediante nomeação por concurso público, assegurando ao servidor, após três anos de exercício, o direito de permanência no cargo, do qual só pode ser destituído por sentença judicial, por processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa ou por procedimento de avaliação periódica de desempenho, também assegurando o direito à ampla defesa (conforme art. 41, § 1.º, da Constituição, com a redação da EC 19). 91

Mesmo diante da literalidade da redação dada ao *caput* do artigo 40 pela EC 19/98, houve – e ainda há – amplo debate doutrinário sobre a extensão da estabilidade constitucional aos empregados públicos. No âmbito da Justiça do Trabalho, contudo, a matéria parecia pacificada pela Súmula 390 do TST. Repete-se o teor da súmula para facilitar ao leitor:

Súmula nº 390 do TST

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art.

⁹¹ Ibid. Parte II, cap. 3. Acesso em 07 jun. 2021.

41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)⁹²

Repara-se que a súmula foi redigida em 2005, com base em Orientações Jurisprudenciais formuladas nos anos 2000, 2001 e 2002. Ou seja, os enunciados jurisprudenciais são posteriores à EC 19/98. Ainda assim, o texto não faz distinção entre a situação de empregados públicos que ingressaram antes ou depois da alteração na estabilidade constitucional provocada pela referida emenda.

Diante desse vácuo sobre a eficácia temporal da Súmula 390, a jurisprudência do TST conta com inúmeras decisões argumentando que o enunciado sumular busca interpretar a redação original do artigo 41, *caput*, da CF/88, não se aplicando às contratações havidas após a EC 19/98. Neste sentido, notícia amplamente veiculada no *site* do TST:⁹³

⁹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 390**. Publicado no DJ em 20, 22 e 25/04/2005. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390 . Acesso em 07 jun. 2021.

⁹³ Brasil. **Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/medica-celetista-contratada-por-concurso-publico-nao-obtem-direito-a-estabilidade . Acesso em 06 de junho de 2021.

Notícias do TST

Médica celetista contratada por concurso público não obtém direito a estabilidade

Imprimir

Seguir @tst_oficial

Curtir 1 mi

(Seg, 12 jan 2015 10:14:00 +0000)

A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho não reconheceu o direito à estabilidade de uma médica celetista contratada por concurso público pela prefeitura de Itapeverica da Serra (SP). De acordo com o ministro Walmir Oliveira da Costa, relator do processo, a **Súmula 390** do TST, ao garantir estabilidade ao servidor público celetista concursado, "tem seu alcance limitado às situações em que os empregados públicos foram nomeados até a data de publicação da **Emenda Constitucional 19/98**".

A médica foi contratada pelo regime da CLT em agosto de 2000 e dispensada em março de 2005. No recurso ao TST, ela alegou que teria direito à estabilidade pelo fato de ter sido demitida após três anos de efetivo exercício de sua função. Por isso, sua demissão violaria o artigo 41 da **Constituição Federal** e a Súmula 390.

A súmula dispõe que "o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF /1988". O artigo 41, por sua vez, dispõe que "são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público".

No entanto, o ministro Walmir Oliveira ressaltou que os precedentes que levaram à edição da súmula são referentes a situações concretas ocorridas antes da Emenda Constitucional 19/98, quando o artigo 41 da Constituição tinha a seguinte redação: "são estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público".

Para o ministro, como o texto do artigo utilizava a locução "servidores nomeados", permitia abarcar no seu conceito tanto os titulares de cargo público como também os de emprego público (regidos pela CLT), "desde que atendido o requisito genérico de haverem sido nomeados em virtude de concurso público".

De acordo ainda com Walmir Oliveira, a partir da Emenda Constitucional n. 19/98, a redação do artigo foi alterada e ganhou maior especificidade quanto ao direito à estabilidade, "aplicando-se tão somente aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público". Esses servidores não são regidos pela CLT e são nomeados para cargos criados por lei municipal.

Com esse entendimento, a Primeira Turma do TST não conheceu do recurso da médica, mantendo a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP) desfavorável a ela.

Processo: [RR-106500-15.2005.5.02.0332](#)

(Augusto Fontenele/CF)

Também a decisão a seguir, tratando da aplicação do Item I da Súmula 390:

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE. ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 390, I, DO TST. Em face da aparente violação do artigo 41, caput, da CF, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO RECLAMADO. ESTABILIDADE. ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 390, I, DO TST.

I – Esta Oitava Turma posiciona-se no sentido de que a Súmula 390, I, do TST, por consubstanciar a interpretação da redação anterior do artigo 41 da CF, não se aplica aos trabalhadores admitidos pela Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional, sob o regime da CLT, no período posterior à publicação da Emenda Constitucional nº 19/98. Precedentes desta Turma e do STF. II – Na presente hipótese, o reclamante, contratado sob o regime da CLT, foi admitido em 1/4/2002, portanto, posteriormente à publicação da EC 19/98. Consta-se, pois, não se tratar de servidor detentor da estabilidade prevista no artigo 41 da CF. Recurso de revista conhecido e provido. C) RECURSO DE REVISTA ADESIVO INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. Prejudicado o exame do apelo, tendo em vista o provimento do recurso de revista interposto pelo Município reclamado e a consequente determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que julgue o recurso ordinário interposto pelo reclamado em relação à pensão mensal e o recurso ordinário interposto pelo reclamante em relação à limitação da condenação ao pagamento da pensão mensal até os sessenta e cinco anos de idade, aspectos prejudicados em razão do reconhecimento do direito à estabilidade prevista no artigo 41 da CF, ora afastada. [destaquei]94

No tocante aos servidores celetistas de empresas públicas e sociedades de economia mista, discute-se se o Item II da Súmula 390 também consubstancia interpretação da redação original do *caput* do artigo 40 da CF/88.

É dizer: há estabilidade constitucional aos empregados públicos que ingressaram em empresas públicas e sociedades de economia mista quando ainda

⁹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão no RR 430-78.2010.5.03.0070**. 8ª Turma. Relator: COSTA da, Dora M. Publicado no DJ de 19/10/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#a10e87301bfb4fc515402fc7f4ca5e05> . Acesso em 07 jun. 2021.

vigente a redação original do *caput* do artigo 40 da CF/88 e que já haviam cumprido os requisitos lá previstos antes do advento da EC 19/98, em 04 de junho de 1998?

A solução exige a avaliação dos precedentes dos quais decorreu o entendimento sumulado do TST. Analisando-se o histórico dos precedentes que embasaram a edição da súmula, tem-se que **o entendimento ali esposado reflete a jurisprudência do Tribunal Superior desde muito antes da edição da EC 19/98.**

Conforme extraído do *site* do TST⁹⁵:

⁹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 390**. Publicado no DJ em 20, 22 e 25/04/2005. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390. Acesso em 07 jun. 2021.

Súmula n° 390 do TST

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais n°s 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial n° 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs n°s 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ n° 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

Precedentes:

Item I

[ERR 459515/1998](#) - Juiza Conv. Glória Regina Ferreira Mello
DJ 02.08.2002 - Decisão unânime

[ERR 412005/1997](#) - Min. Milton de Moura França
DJ 31.05.2002 - Decisão unânime

[ERR 422996/1998](#) - Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
DJ 03.05.2002 - Decisão unânime

[ERR 481163/1998](#) - Min. Carlos Alberto Reis de Paula
DJ 05.04.2002 - Decisão por maioria

[ROAR 421648/1998](#) - Min. Ives Gandra Martins Filho
DJ 24.11.2000 - Decisão unânime

[ROAR 420755/1998](#) - Min. João Oreste Dalazen
DJ 20.10.2000 - Decisão por maioria

[ERR 330200/1996](#) - Min. Vantuil Abdala
DJ 06.10.2000 - Decisão unânime

[ROAR 387511/1997](#) - Min. José Luciano de Castilho Pereira
DJ 29.09.2000 - Decisão por maioria

[ERR 224870/1995](#) - Min. Vantuil Abdala
DJ 12.02.1999 - Decisão unânime

[ERR 174844/1995](#) - Min. Rider de Brito
DJ 27.11.1998 - Decisão unânime

[RR 572678/1999](#), 2ªT - Min. Renato de Lacerda Paiva
DJ 09.08.2002 - Decisão unânime

[RR 572678/1999](#), 2ªT - Min. Renato de Lacerda Paiva
DJ 09.08.2002 - Decisão unânime

[RR 425656/1998](#), 2ªT - Juiz Conv. José Pedro de Camargo
DJ 10.08.2001 - Decisão unânime

[RR 557968/1999](#), 3ªT - Min. José Luiz Vasconcellos
DJ 01.09.2000 - Decisão unânime

[RR 570448/1999](#), 4ªT - Juiz Conv. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
DJ 26.04.2002 - Decisão unânime

[RR 669215/00](#), 5ªT - Min. João Batista Brito Pereira
DJ 26.04.2002 - Decisão unânime

Item II

[ERR 522150/1998](#) - Min. Milton de Moura França
DJ 20.04.2001 - Decisão unânime

[ERR 329807/1996](#) - Min. Wagner Pimenta
DJ 22.09.2000 - Decisão unânime

[ERR 279741/1996](#) - Min. Milton de Moura França
DJ 28.04.2000 - Decisão unânime

[ERR 292039/1996](#) - Min. Milton de Moura França
DJ 07.04.2000 - Decisão unânime

[RR 394890/1997](#), 2ªT - Min. José Luciano de Castilho Pereira
DJ 03.03.2000 - Decisão unânime

[RR 312513/1996](#), 3ªT - Min. José Luiz Vasconcellos
DJ 26.05.2000 - Decisão unânime

[RR 625486/2000](#), 4ªT - Min. Milton de Moura França
DJ 01.12.2000 - Decisão unânime

Destaca-se, para ilustrar, as ementas de dois dos precedentes mencionados no histórico do Item II da Súmula 390, proferidos em processos ajuizados antes da EC 19/98:

ESTABILIDADE - ART. 41 DA CF/88 - SERVIDOR REGIDO PELA CLT - APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA **A exegese sistemática das disposições constitucionais insertas nos arts. 7º, inciso I, 37, caput e inciso II, 41, e 173, § 1º, (com redação anterior à Emenda Constitucional nº 19/98) conduz à convicção de que não se aplica ao empregado público a estabilidade prevista no mencionado art. 41 da Constituição Federal/88.** Recurso conhecido e não provido. 96 [destaquei]

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - DISPENSA IMOTIVADA - REINTEGRAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ESTABILIDADE DO ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - INAPLICABILIDADE. **O empregado público, ainda que admitido mediante concurso público, de ingresso (artigo 37, II, da CF/88) sob o regime da legislação trabalhista, não se beneficia da estabilidade assegurada no art. 41 da CF, destinada apenas aos servidores públicos civis, submetidos ao regime estatutário, e ocupantes de cargos públicos criados por lei. A expressa referência a "cargo" e a "nomeação", contida no caput do artigo 41 da CF e em seu § 1º, exclui a aplicação do dispositivo para os servidores admitidos ou contratados para o desempenho de emprego ou função pública. O artigo 173, § 1º, da Constituição da República é categórico ao afirmar que a empresa pública e a sociedade de economia mista sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas.** Da exegese do mencionado preceito constitucional, depreende-se que a

⁹⁶ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão no E-RR-329807-74.1996.5.02.5555.** Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator: PIMENTA, Wagner. Publicado no DJ de 22/09/2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#a10e87301bfb4fc515402fc7f4ca5e05> . Acesso em 07 jun. 2021.

reclamada, sociedade de economia mista, deve observar, para a contratação e demissão de seus empregados, o que estabelece a CLT e a legislação complementar, podendo, por essa razão, dispensá-los imotivadamente ou sem justa causa, no regular exercício do direito potestativo. Embargos não providos.⁹⁷ [destaquei]

O primeiro precedente citado consigna expressamente que o entendimento pela inexistência de estabilidade aos empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista está pautado na redação do artigo 41, *caput*, antes da alteração pela EC 19/98.

O segundo precedente citado, embora não faça tal referência de forma expressa, fundamenta-se na redação original do §1º do artigo 173 da CF/88, que, conforme já ventilado em item anterior, teve o teor original inserido pela EC 19/98 no inciso II. Então, por óbvio, a interpretação refere-se o momento prévio à Emenda Constitucional.

É que, diferentemente dos demais entes da Administração Pública, as empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se à exploração direta de atividade econômica pelo Estado e, por tal motivo, entendeu o legislador constituinte que devem seguir um regime jurídico específico, regulado no artigo 173, §1º, II, da Constituição, já citado.

Daí decorre que tais empregados, em virtude da natureza jurídica de seu empregador, não são e nunca foram agraciados pelas disposições constantes no artigo 41, *caput* e §3º, da CF, nem na sua redação original, nem naquela posterior à EC 18/98, ao contrário do que vem decidindo o TRT4.

⁹⁷ Id. **Acórdão no E-RR-279741-52.1996.5.07.5555**. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator: FRANCA, Milton M. Publicado no DJ de 28/04/2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#a10e87301bfb4fc515402fc7f4ca5e05> . Acesso em 07 jun. 2021.

3. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Quando a Constituição falava, no *caput* do seu artigo 41 (redação original), que são estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público, ela não estava se referindo aos empregados de sociedade de economia mista, pois tal previsão não se coaduna com a redação original do já referido artigo 173, §1º, da CF/88 (atualmente referente ao inciso II do §1º do artigo 173 da CF/88).

Isso é reiteradamente reconhecido pelo Superior Tribunal Federal, antes e depois da EC 19/98, em razão do disposto no artigo 173, §1º, II, como se percebe, exemplificativamente, das ementas abaixo colacionadas:

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EMPREGADO. ESTABILIDADE. A decisão agravada está em conformidade com entendimento firmado por ambas as Turmas desta Corte, no sentido de que não se aplica a empregado de sociedade de economia mista, regido pela CLT, o disposto no art. 41 da Constituição federal, o qual somente disciplina a estabilidade dos servidores públicos civis. Ademais, não há ofensa aos princípios de direito administrativo previstos no art. 37 da Carta Magna, porquanto **a pretendida estabilidade não encontra respaldo na legislação pertinente, em face do art. 173, § 1º, da Constituição, que estabelece que os empregados de sociedade de economia mista estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas**. Agravo regimental a que se nega provimento. 98 [destaquei]

Agravo regimental. - Ofensa indireta à Constituição não dá margem ao cabimento do recurso extraordinário. - **O artigo 41**

⁹⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no AI AgR 465780**. 2ª Turma. Relator: BARBOSA, Joaquim. Publicado no DJ de 18/02/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2151524> . Acesso em 09 jun. 2021.

e seus parágrafos da Carta Magna só se aplicam aos servidores públicos civis, ou seja, aos servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, não alcançando, portanto, os empregados das sociedades de economia mista. Agravo a que se nega provimento. 99 [destaquei]

Merecem destaque as várias decisões do STF proferidas antes da EC 19/98, nas quais o Tribunal fala expressamente no regime trabalhista de direito privado imposto pelo artigo 173, §1º, da CF/88. A exemplificar:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADVOGADOS. ADVOGADO-EMPREGADO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Medida Provisória 1.522-2, de 1996, artigo 3º. Lei 8.906/94, arts. 18 a 21. C.F., art. 173, § 1º. **I. - As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. C.F., art. 173, § 1º. II. - Suspensão parcial da eficácia das expressões "às empresas públicas e às sociedades de economia mista", sem redução do texto, mediante a aplicação da técnica da interpretação conforme: não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio. III. - Cautelar deferida.** 100 [destaquei]

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E DO TRABALHO. SERVIDOR DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA: FÉRIAS: ADIANTAMENTO DA REMUNERAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 1º DA LEI Nº 1.139, DE 10.07.1996, DO DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR. 1.

⁹⁹ Id. **Acórdão no AI 232462 AgR.** 1ª Turma. Relator: ALVES, Moreira. Publicado no DJ de 06/08/1999. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1737909> . Acesso em 09 jun. 2021.

¹⁰⁰ Id. **Acórdão na ADI 1552 MC.** Tribunal Pleno. Relator: VELLOSO, Carlos. Publicado no DJ de 17/04/1998. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1657077> . Acesso em 09 jun. 2021.

Estabelece o art. 1º da Lei nº 1.139, de 10.07.1996, do Distrito Federal: "o adiantamento da remuneração de férias a servidor da administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Distrito Federal será concedido no percentual de 40% (quarenta por cento) da remuneração líquida do respectivo mês, mediante solicitação expressa do servidor". 2. A expressão "servidor da administração indireta" abrange o servidor das empresas públicas e das sociedades de economia mista. **3. Sucede que o § 1º do art. 173 da Constituição Federal estatui: "a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias".** 4. **Por outro lado, "compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho" (art. 22, inc. I, da Constituição Federal).** 5. E, sobre remuneração de férias de empregados de empresas privadas, já legislara a União Federal, na C.L.T. (art. 145), mais favoravelmente àqueles. **6. A um primeiro exame, para efeito de apreciação do requerimento de medida cautelar, é de se admitir que ocorreu, na hipótese, usurpação de competência da União, pois, embora tenha o Distrito Federal competência para regular o regime jurídico de seus servidores (artigo 61, § 1º, inc. II, letra "c", c/c artigos 32, § 1º, e 25, da C.F.), não a tem para regular direitos dos empregados em empresas privadas, como são as empresas públicas e as sociedades de economia mista,** ao menos quando contrarie norma expressa baixada pela União, que, a respeito, tem competência privativa. 7. Precedentes do S.T.F. 8. Evidenciada a plausibilidade jurídica da ADI ("fumus boni iuris"), considera o Tribunal também preenchido o requisito do "periculum in mora", pois a permanência da norma em questão, quanto aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, do Distrito Federal, lhes causará sérios prejuízos, durante o curso do processo. E o próprio Distrito Federal teria de indenizá-los, o que aumentaria seus problemas. 9. Medida cautelar deferida, para suspensão, "ex nunc", da eficácia do vocábulo "indireta", no texto do art. 1º da Lei nº 1.139,

de 10.07.1996, do Distrito Federal. 10. Plenário. Decisão unânime.
101 [destaquei]

Embora não trate especificamente do caso em debate – estabilidade de empregados públicos de sociedade de economia mista – a *ratio decidendi* das decisões aplica-se com perfeição ao caso.

Com efeito, a última decisão citada aduz que o Distrito Federal não poderia legislar sobre o regime de trabalho dos empregados de sociedades de economia mista, uma vez que o artigo 173, §1º, da CF/88 lhes atribuía o regime trabalhista de direito privado – cuja competência legislativa é privativa da União.

A decisão – e a respectiva *ratio* – foram confirmadas quando do julgamento definitivo, ocorrido após a EC 19/1198:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E DO TRABALHO. SERVIDOR DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA: FÉRIAS: ADIANTAMENTO DA REMUNERAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 1.139, DE 10.07.1996, DO DISTRITO FEDERAL, QUE DIZ: "Art. 1º - O adiantamento da remuneração de férias a servidor da administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Distrito Federal será concedido no percentual de 40% (quarenta por cento) da remuneração líquida do respectivo mês, mediante solicitação expressa do servidor". 1. **A expressão 'servidor da administração indireta' abrange o servidor das empresas públicas e das sociedades de economia mista.** 2. **Sucedem que tais empresas estão sujeitas ao regime jurídico trabalhista (art. 173, § 1º, da C.F. de 05.10.1988, agora art. 173, § 1º, inciso II, em face da redação dada pela E.C. nº 19/98, que, no ponto, não a alterou).** 3. **Por outro lado, 'compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho' (art. 22, inc. I, da Constituição Federal).** 4. E, sobre

¹⁰¹ Id. **Acórdão na ADI 1515 MC.** Tribunal Pleno. Relator: SANCHES, Sydney. Publicado no DJ de 11/04/1997. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1652807>. Acesso em 09 jun. 2021.

remuneração de férias de empregados de empresas privadas, já legislara a União Federal, na C.L.T. (art. 145), mais favoravelmente àqueles. **5. Ocorreu, na hipótese, usurpação de competência da União, pois, embora tenha o Distrito Federal competência para regular o regime jurídico de seus servidores (artigo 61, § 1º, inc. II, letra 'c', c/c artigos 32, § 1º, e 25, da C.F.), não a tem para regular direitos dos empregados em empresas privadas, como são as empresas públicas e as sociedades de economia mista, ao menos quando contrarie norma expressa baixada pela União, que, a respeito, tem competência privativa.** 6. Precedentes do S.T.F. 7. Ação Direta julgada procedente para se declarar a inconstitucionalidade do vocábulo "indireta" constante do texto referido. 102 [destaquei]

A exegese de que o artigo 173, §1º, II, da CF/88 impede a estabilidade de empregados públicos de sociedades de economia mista também é antiga no STF, quando analisada a estabilidade do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

EMENTA: Dispensa imotivada de empregado de sociedade de economia mista, admitido sob o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Estabilidade outorgada por lei municipal, no período proscrito pelo art. 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988. **Não se aplica, aos empregados de sociedades de economia mista e empresas públicas, a estabilidade excepcional outorgada pelo art. 19, também do ADCT.** Recurso extraordinário provido, para julgar improcedente a reclamação trabalhista.¹⁰³ [destaquei]

EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMPREGADOS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ESTABILIDADE. C.F., art. 41. **I. - A norma do**

¹⁰² Ibid. Publicado no DJ em 11/04/2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1652807> . Acesso em 09 jun. 2021.

¹⁰³ Id. **Acórdão no RE 208046**. 1ª Turma. Relator: GALLOTTI, Octávio. Publicado no DJ em 24/04/1998. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1659801> . Acesso em 09 jun. 2021.

art. 41, C.F., conferidora de estabilidade, tem como destinatário o servidor público estatutário exercente de cargo público. Inaplicabilidade aos empregados de sociedade de economia mista. II. - Inocorrência de ofensa ao art. 37, II, C.F. III. - Agravo não provido. 104 [destaquei]

O entendimento acima foi ratificado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 716.378, representativo do Tema 545 da repercussão geral (Tema 545 – Extensão da estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT a empregados de fundação privada):

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho. Direito Constitucional. Ação trabalhista. Demanda de servidor da Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas - pelo reconhecimento de sua estabilidade no emprego em razão do disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Discussão acerca do alcance da referida norma constitucional. Matéria passível de repetição em inúmeros processos, com repercussão na esfera de interesse de inúmeros trabalhadores. Reconhecida a inaplicabilidade do dispositivo constitucional aos empregados das fundações públicas de direito privado que não exerçam atividades típicas de Estado. Ausência de estabilidade calcada nesse fundamento constitucional. Recurso provido. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 545 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet, cuja descrição é a seguinte: “recurso extraordinário com agravo em que se discute se empregados da Fundação Padre Anchieta - Centro Paulista de Rádio e TV Educativas têm direito à estabilidade excepcional de que trata o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT”. 2. Segundo a jurisprudência predominante na Corte Suprema, a aposentadoria espontânea somente dá causa à extinção do contrato de trabalho se ocorrer o

¹⁰⁴ Id. **Acórdão RE 242069 AgR**. 2ª Turma. Relator: VELLOSO, Carlos. Publicado no DJ em: 22/11/2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1738993> . Acesso em 09 jun. 2021.

encerramento da relação empregatícia. Nesse contexto, é constitucional o entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 361, primeira parte, da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho. Esse entendimento, no entanto, não altera a questão fundamental posta no apelo extremo e que deu ensejo ao reconhecimento da repercussão geral. 3. Segundo a jurisprudência da Corte, a qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende de dois fatores: i) do estatuto de sua criação ou autorização e ii) das atividades por ela prestadas. Não há na Constituição Federal o elenco das atividades que definiriam qual o regime jurídico a ser aplicado a uma determinada fundação pública. Entretanto, existem alguns pressupostos lógico-jurídicos que devem ser utilizados como critérios discriminadores. 4. Não pode a Administração Pública pretender que incida um regime jurídico de direito privado sobre uma entidade da administração indireta que exerça atividade constitucionalmente estatal – ainda que formalmente o tenha feito –, mais especificamente, um serviço público (lato sensu) que parte da doutrina denomina de serviço público próprio, seja porque essa atividade está definida na Constituição Federal como uma obrigação a ser executada diretamente (como são as atividades públicas de saúde, higiene e educação, v.g.), seja porque ela deve ser exercida com supremacia de poder, como é o caso do exercício do poder de polícia e da gestão da coisa pública. Essas atividades são essenciais, não podem ser terceirizadas, não podem ser delegadas a particulares e, portanto, devem se submeter a regras eminentemente publicísticas, o que afasta a possibilidade da incidência de um regime jurídico de direito privado sobre elas. 5. Por outro lado, as atividades de cunho econômico (respeitados os arts. 37, inciso XIX, e 173 da CF, esse com a redação dada pela EC nº 19/1998) e aquelas passíveis de delegação, porque também podem ser executadas por particulares, ainda que em parceria com o Estado, a toda evidência, se forem definidas como objetos de fundações, ainda que sejam essas instituídas ou mantidas pelo Poder Público, podem se submeter ao regime

jurídico de direito privado caso as respectivas fundações também tenham sido instituídas como entes privados. 6. O art. 19 do ADCT da Constituição de 1988 tem abrangência limitada aos servidores civis da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, entre os quais não se encontram os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista (ADI nº 112, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 24/8/1994, Plenário, DJ de 9/2/1996; ADI nº 1.808-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 1º/2/1999, Plenário, DJ de 1º/6/2001; e RE nº 208.046, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 3/2/1998, Primeira Turma, DJ de 24/4/1998). Em face do quadro delineado acima, o termo “fundações públicas” deve ser compreendido, segundo a jurisprudência da Corte, como fundações autárquicas sujeitas ao regime jurídico de direito público. 7. A Fundação Padre Anchieta é enquadrada em outra categoria jurídica, submetida aos ditames do regime privado, com as derrogações do direito administrativo, de forma assemelhada à sujeição imposta às empresas estatais, em especial porque sua finalidade institucional é a promoção de atividades educativas e culturais por intermédio de rádio, televisão ou outras mídias. Portanto, como não incide o art. 19 do ADCT da Constituição de 1988 sobre os empregados das fundações públicas de direito privado, há que se reconhecer a legalidade da demissão sem justa causa. 8. Recurso extraordinário provido. 105

Ainda, é deveras conhecido o julgamento do RE 589.998, no qual o STF julgou a estabilidade dos empregados públicos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Antes do julgamento dos embargos de declaração, o acórdão teve a seguinte ementa:

Ementa: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA

¹⁰⁵ Id. **Acórdão no RE 716378**. Tribunal Pleno. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ em 30/06/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4312969> . Acesso em 09 jun. 2021.

DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. **I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998.** Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. 106 [destaquei]

Contudo, a decisão foi objeto de embargos de declaração, com o fito de especificar que a decisão referia-se exclusivamente aos Correios. Isso porque, tal como redigida, a tese ficou bastante genérica, podendo ser – de forma indevida – estendida a outras empresas públicas e sociedades de economia mista. Assim ficou ementada a decisão dos embargos de declaração:

Ementa: Direito Constitucional e Direito do Trabalho. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Dispensa sem justa causa de empregados da ECT. Esclarecimentos acerca do alcance da repercussão geral. Aderência aos elementos do caso concreto examinado. 1. No julgamento do RE 589998, realizado sob o regime da repercussão geral, esta Corte estabeleceu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever de motivar os atos de dispensa sem justa causa de seus

¹⁰⁶ Id. **Acórdão no RE 589998**. Tribunal Pleno. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ em 12/09/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2627681> . Acesso em 09 jun. 2021.

empregados. Não houve, todavia, a fixação expressa da tese jurídica extraída do caso, o que justifica o cabimento dos embargos. 2. O regime da repercussão geral, nos termos do art. 543-A, § 7º, do CPC/1973 (e do art. 1.035, § 11, do CPC/2015), exige a fixação de uma tese de julgamento. Na linha da orientação que foi firmada pelo Plenário, a tese referida deve guardar conexão direta com a hipótese objeto de julgamento. **3. A questão constitucional versada no presente recurso envolvia a ECT, empresa prestadora de serviço público em regime de exclusividade, que desfruta de imunidade tributária recíproca e paga suas dívidas mediante precatório. Logo, a tese de julgamento deve estar adstrita a esta hipótese.** 4. A fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa. Não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório. 5. Embargos de declaração providos em parte para fixar a seguinte tese de julgamento: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados. 107[destaquei]

Destaca-se o excerto abaixo, extraído do voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, que fora acompanhado pela ampla maioria da Corte (divergiram somente os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio):

[...]

Então, dizia eu, Presidente, muitos Ministros se manifestaram no sentido de que, se for admitido por concurso público, só pode ser demitido motivadamente. Não tenho dificuldade com esta tese, mas vejo problemas em adotá-la neste processo por duas razões.

A primeira: Este não era o objeto da ação nem da repercussão geral reconhecida; e, portanto, não houve contraditório nem possibilidade de participação dos interessados. **No caso, não houve defesa da posição das empresas públicas e sociedades de economia mista dos três níveis da Federação. Portanto, não tenho simpatia por fixar tese que alcance interesses que não foram representados no processo. Os *amici curiae*, que pediram para entrar, são todas sociedades de economia mista, queriam discutir a extensão a elas, desta tese, que, em rigor, não era o objeto do julgamento. Logo, creio que estaríamos fixando uma tese com a qual eu, em princípio, concordo, mas que não foi objeto de contraditório.**

Em segundo lugar, Presidente, aqui, muito importante, em relação aos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, as decisões, tanto do TST quanto a do Ministro Ricardo Lewandowski, estariam mantendo o entendimento pacífico consolidado na Orientação Jurisprudencial 247, que, no seu item II - acabei de ler -, prevê expressamente que os empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos só podem ser demitidos mediante motivação.

O que acontece, porém, Presidente, é que **a mesma Orientação Jurisprudencial, no seu item I, que não foi aplicado aqui, diz o seguinte:**

"I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;"

Portanto, se nós incluirmos esta ideia na tese, vamos estar modificando a jurisprudência consolidada do TST. E aí penso que, se prevalecer o entendimento dessa tese mais expansiva, teremos de modular. Se prevalecer o entendimento da tese mais restrita, não precisamos modular porque o entendimento do TST vem desde 2007.

[...]

Existem três outros pontos, Presidente, que eu penso que devemos esclarecer e que não são responsabilidade do acórdão, mas dá interpretação que tem sido dada pelas instâncias inferiores.

A primeira delas é a inexistência de estabilidade própria dos servidores públicos para os empregados da ECT. Aos empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas, aplica-se o art. 173, §1º, da Constituição, e não o art. 37 que dá estabilidade.

O acórdão diz isso claramente. Contudo, há uma observação na decisão do Ministro Lewandowski que tem sido explorada nas instâncias inferiores; é o ponto em que, no item I, Sua Excelência averbou na sua ementa: "Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da Emenda Constitucional nº 19".

Esta matéria, este ponto da estabilidade anterior à Emenda nº 19 - que, de fato, consta do voto do Ministro Lewandowski -, não foi, todavia, objeto de deliberação; é uma observação que se encontra apenas no voto dele, e, portanto, não há manifestação do Tribunal sobre isso. De modo que acho isso não integra a tese de julgamento; é apenas um obiter dictum de Sua Excelência e não uma posição do Tribunal. Estou esclarecendo isso, portanto. E no voto tanto Vossa Excelência, quanto o Ministro Joaquim Barbosa, e penso que também o do Ministro Gilmar Mendes, expressamente ressaltaram que não havia estabilidade.

Portanto, eu estou, nos embargos de declaração, esclarecendo que este ponto não foi objeto de deliberação majoritária. 108

[destaquei]

Todos os julgados colacionados demonstram que o assunto da estabilidade dos empregados públicos que ingressaram na administração indireta de direito privado antes da EC 19/98 ainda não foi tratada de forma expressa pela Suprema Corte. **Contudo, a análise dos precedentes do STF evidencia que tais empregados públicos não são e nunca foram beneficiários da estabilidade constitucional do artigo 41.**

Por fim, vale observar que tramita no STF o tema 1.022 da repercussão geral, que visa a definir a constitucionalidade da “Dispensa imotivada de empregado de empresa pública e de sociedade de economia mista admitido por concurso público”. O RE 688.267/CE, representativo do tema, aborda o caso de um empregado público demitido pelo Banco do Brasil S.A em 1997, antes, portanto, da EC 19/98.

Embora a necessidade de motivação não tenha referência direta com a estabilidade do empregado demitido, é possível que os debates a serem travados no tema envolvam o conceito de estabilidade constitucional.

Concretizando-se tal previsão, haveria uma manifestação expressa do STF sobre a (não)extensão da estabilidade constitucional prevista na redação original do *caput* do artigo 41 da Carta Magna aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Vale ficar atento.

CONCLUSÃO

Em face da análise da questão controvertida e de como vem sendo abordada no Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal, conclui-se:

1. A Emenda Constitucional 19/98 alterou o artigo 41, *caput*, da Constituição Federal, prevendo “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”;

2. Dispunha a redação original: “São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público”;

3. A alteração constitucional levou a debates sobre a extensão da estabilidade constitucional aos empregados públicos que ingressaram na administração pública antes e depois da EC 19/98;

4. Quanto aos empregados públicos da administração indireta de direito privado, o artigo 173, §1º, II, da CF/88 prevê: “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. A redação deste dispositivo, incluído pela EC 19/98, equivale à redação original do §1º do artigo 173 da CF/88;

5. À luz do artigo 173, §1º, da CF/88, permanece controvertido na Justiça do Trabalho se são estáveis os empregados públicos que ingressaram em empresas públicas e sociedades de economia mista a tempo de cumprir, antes da vigência da EC 19/98, o prazo de 2 (dois) anos previsto na redação original do *caput* do artigo 41 da Constituição Federal;

6. O Item II da Súmula 390 do TST, editada em 2005, prevê “Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.”;

7. O TRT4 interpreta a súmula 390 do TST como aplicável apenas aos empregados ingressos após a EC 19/98. Segundo o TRT4, seriam estáveis os empregados que ingressaram antes da EC 19/98 e já haviam cumprido o prazo de 2 (dois) anos previsto no *caput* do artigo 41 então vigente;

8. O TST, por seu turno, possui decisões defendendo que o item I da Súmula 390 refere-se somente às situações anteriores à EC 19/98;

9. Apesar da ausência de decisões enfrentando expressamente o Item II da Súmula 390, objeto deste trabalho, a análise dos precedentes que embasaram a súmula evidenciam que também o item II refere-se às situações anteriores à EC 19/98;

10. O STF, embora não trate da situação específica deste trabalho, possui inúmeras decisões *a)* pontuando a incompatibilidade do artigo 41, *caput*, com o artigo 173, §1º, II, ambos da CF/88; *b)* abordando expressamente o regime trabalhista de direito privado importado pelo artigo 173, §1º, da CF/88 às empresas públicas e sociedades de economia mista; e *c)* afastando a aplicação da estabilidade do artigo 19 do ADCT aos empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista;

11. Apesar de constar em trecho da ementa do RE 589.998 que “os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998”, o acórdão dos embargos de declaração esclareceu que a tese estaria restrita aos empregados públicos dos Correios;

12. Assim, inobstante ausente decisão expressamente abordando a estabilidade dos empregados públicos que ingressaram em empresas públicas e

sociedades de economia mista antes da EC 19/98, a *ratio decidendi* de inúmeros precedentes do STF e do TST evidenciam que tais empregados nunca foram estáveis, tendo em vista o artigo 173, §1º, da CF/88;

15. Conclui-se, pois, que o Item II da Súmula 390 do TST refere-se igualmente aos empregados que ingressaram em empresas públicas e sociedades de economia mista antes ou depois da EC 19/98.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União de 05/10/1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no AI AgR 465780**. 2ª Turma. Relator: BARBOSA, Joaquim. Publicado no DJ de 18/02/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2151524> . Acesso em 09 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no AI 232462 AgR**. 1ª Turma. Relator: ALVES, Moreira. Publicado no DJ de 06/08/1999. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1737909> . Acesso em 09 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na ADI 1552 MC**. Tribunal Pleno. Relator: VELLOSO, Carlos. Publicado no DJ de 17/04/1998. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1657077> . Acesso em 09 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na ADI 1515 MC**. Tribunal Pleno. Relator: SANCHES, Sydney. Publicado no DJ de 11/04/1997. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1652807> . Acesso em 09 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no RE 208046**. 1ª Turma. Relator: GALLOTTI, Octávio. Publicado no DJ em 24/04/1998. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1659801> . Acesso em 09 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão RE 242069 AgR**. 2ª Turma. Relator: VELLOSO, Carlos. Publicado no DJ em: 22/11/2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1738993> . Acesso em 09 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no RE 716378**. Tribunal Pleno. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ em 30/06/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4312969> . Acesso em 09 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no RE 589998**. Tribunal Pleno. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ em 12/09/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2627681> . Acesso em 09 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 390**. Publicado no DJ em 20, 22 e 25/04/2005. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390 . Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão no ROT 0020027-84.2018.5.04.0018**. 6ª Turma. Relator: FERREIRA, Maria C. S. Publicado no DJ de 30/01/2020. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/7cc-ecy7jgkA7vwR80QVYQ?> . Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão no ROT 0020042-82.2020.5.04.0018**. 2ª Turma. Relator: FIGUEIREDO, Marçal H. S. Publicado no DJ em 10/12/2020. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/sKaawev-6BG_O51Kjbf_NA? . Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão no ROT 0021569-41.2017.5.04.0029**. 4ª Turma. Relator: BESERRA, Fabiano H. Publicado no DJ de 27/05/2021. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/_qEISqKoiyOY1Pe3Jd10OA? . Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão no ROT 0020035-90.2020.5.04.0018**. 5ª Turma. Relator: JARDON, Manuel C. Publicado no DJ de 30/014/2021. Disponível

em:

https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/QlcsqJ3Eg_XuOBxrdqNUGw? . Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão no RR 430-78.2010.5.03.0070**. 8ª Turma. Relator: COSTA da, Dora M. Publicado no DJ de 19/10/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#a10e87301bfb4fc515402fc7f4ca5e05> . Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão no E-RR-329807-74.1996.5.02.5555**. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator: PIMENTA, Wagner. Publicado no DJ de 22/09/2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#a10e87301bfb4fc515402fc7f4ca5e05> . Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão no E-RR-279741-52.1996.5.07.5555**. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator: FRANCA, Milton M. Publicado no DJ de 28/04/2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#a10e87301bfb4fc515402fc7f4ca5e05> . Acesso em 07 jun. 2021.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/medica-celetista-contratada-por-concurso-publico-nao-obtem-direito-a-estabilidade . Acesso em 06 de junho de 2021.

CAVALCANTE, J. Q. P; NETO, F. F. J. **A estabilidade do artigo 41, da Constituição Federal, para o empregado público**. Disponível em: <http://online.sintese.com> . Acesso em: 04 mar. 2021.

LAMPERTI, Suzana. **Súmula nº 390 do Tribunal Superior do Trabalho e a estabilidade do empregado público após a Emenda Constitucional nº 19/1998**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47007>. Acesso em 04 mar. 2021.

LEITE, C. P. **Estabilidade do empregado público celetista: Súmula 390 do TST**. Revista Controle 2007. Ceará: TCE/CE, 2007. Fls. 84-87.

LEITE, L. H. A. **Empregado público possui direito à estabilidade do art. 41 da Constituição?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68716>. Acesso em: 04 mar. 2021.

MATHIAZZI, H. **O servidor público admitido pelo regime jurídico da CLT adquire estabilidade tal qual um estatutário?**. Disponível em: <https://online.sintese.com> . Acesso em: 04 mar. 2021.

MOTTA, F.; DI PIETRO, M. S. **Tratado de Direito Administrativo. Vol. 2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Ebook Proview.

PINTO, R. N. M. **Do direito à estabilidade do empregado da empresa de caráter estatal.** Revista de Direito do Trabalho | vol. 136/2009 | p. 178 - 201 | Out - Dez / 2009.

SOUZA, M. C. M. **Servidor público celetista: estabilidade trienal e dispensa motivada.** Disponível em: <http://online.sintese.com> . Acesso em: 04 mar. 2021.

VARGAS, P. B; BORTOLINI, G; FALLAVENA, V. D. **Estabilidade do servidor público celetista.** Disponível em: <https://online.sintese.com> . Acesso em: 04 mar. 2021.

APOSENTADORIA ESPECIAL: SEU RECONHECIMENTO PARA O PROFISSIONAL DE DISC JOCKEY (DJ)

HAROLDO ARTAXESXES CABRAL ARRUDA JUNIOR:
Graduando do Curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus.

INGO DIETER PIETZSCH¹⁰⁹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo científico realizado por meio de pesquisa bibliográfica tem como objetivo demonstrar o que é a aposentadoria, seu conceito e histórico, assim como as espécies de aposentadoria no Brasil. O objetivo principal deste artigo é relatar sobre a aposentadoria especial e quais são os requisitos para requere-la. A profissão de Discotecário é bastante antiga, uma vez que está relacionado à música, recentemente a 10ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região por unanimidade reconheceu a natureza especial das atividades exercidas como Discotecário (a) - DJ.

Palavra-chave: Aposentadoria Especial, Discotecário, Previdência Social.

ABSTRACT: This scientific article conducted through bibliographic research aims to demonstrate what is retirement, its concept and history, as well as the species of retirement in Brazil. The main purpose of this article is to report on special retirement and what are the requirements to apply for it. The profession of Discotheque is quite old, since it is related to music, recently. The 10th Panel of the Federal Regional Court of the 3rd Region unanimously recognized the special nature of the activities performed as Discotheque (DJ).

Keyword: Special Retirement, Discotheque, Social Security.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 3. ESPECIES DE APOSENTADORIA NO BRASIL; 3.1. Aposentadoria por invalidez; 3.2. Aposentadoria por idade: ART. 201, § 7º, II, DA CF; 3.3. Aposentadoria por tempo de contribuição; 3.4. Aposentadoria Especial, ART. 201, § 1º, DA CF. 4. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA DISCOTECÁRIO (A) – DJ's. 4.1. Breve Histórico. 4.2. Conceito. 4.3. Aposentadoria Especial para DJs. CONCLUSÃO. Referências.

1. INTRODUÇÃO

109 Professor Orientador.

O direito previdenciário está em constante transformação, desta forma o contribuinte e segurado Regime Geral da Previdência Social não tem total segurança jurídica até que seja operado o ato jurídico perfeito, assim como o cumprimento dos requisitos exigidos em lei para que ocorra de fato a realização do direito.

A seguridade social é um dos instrumentos disciplinados pela Ordem Social que, assentado no primado do trabalho, propicia bem-estar e justiça sociais. A seguridade social garante a proteção social compreendida na Assistência Social, na Previdência Social e no direito à saúde. A proteção social e seu respectivo custeio podem ser expandidos, nos termos do art. 194, parágrafo único, da CF, em vista das mutações sociais e econômicas, geradoras de novas contingências causadoras de necessidades.

A seguridade social entra em cena quando o indivíduo não tem condições de prover seu sustento ou de sua família, em razão de desemprego, doença, invalidez ou outra causa. Se for segurado da previdência social, a proteção social será efetivada na forma de pagamento do benefício correspondente à contingência-necessidade que o atingiu. Terá, ainda, direito a serviços de assistência à saúde. Se não for segurado de nenhum regime previdenciário, e se preencher os requisitos legais, terá direito a benefícios e serviços de assistência social e de assistência à saúde.

Recentemente a profissão de Disc Jockey (DJ) obteve o reconhecimento necessário para que seja considerado de risco por conta do ruído ser um agente nocivo, e com isso é possível possuir o benefício da aposentadoria especial, desta foram estudadas as leis que tratam deste tema, como também o caso concreto que serviu como base para a elaboração deste projeto e tem o objetivo de: apresentar a importância da aposentadoria especial; a importância da aposentadoria especial para o profissional de Disc Jockey (DJ) e a decisão favorável do reconhecimento para a aposentadoria especial.

O presente artigo apresenta uma proposta de acordo a 10ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que reconheceu como atividade especial o trabalho de uma assistente social que também exerceu a função de DJ. No caso descrito, a beneficiada comprovou ter ficado exposta a ruídos acima dos limites permitidos, sendo assim, faz-se necessário falar sobre a possibilidade de o profissional Discotecário se aposentar na modalidade especial por conta dos frequentes ruídos excessivos que suporta em seu labor.

O presente artigo aponta como uma proposta de estudo da aposentadoria especial do profissional exposto ao ruído, procurando evidenciar os requisitos indispensáveis para a concessão, variáveis e impedimentos, bem como definir a razão

do equipamento de proteção individual não ser capaz de impedir o reconhecimento deste direito.

No primeiro capítulo faz-se necessário expor sobre a história da previdência social no Brasil, como surgiu e se desenvolveu no decorrer dos anos. No segundo capítulo trata-se das espécies de Aposentadoria no Brasil, falaremos das quatro principais, que são: Aposentadoria por Invalidez, Aposentadoria por Idade, Aposentadoria por Tempo de Contribuição e por fim Aposentadoria Especial, esta última é o nosso foco, e por qual motivo o DJ poderia se aposentar nesta modalidade.

Já no último tema, que foi denominado como “aposentadoria especial para os DJs”, faz-se necessário analisar sobre a história da profissão e seu conceito, o que exerce e como exerce, abordaremos também a possibilidade da aposentadoria especial para essa categoria de profissão e como é preciso políticas públicas para que os profissionais Discotecários venham a ser um contribuintes e segurados da Previdência Social e assim poder valer seus direitos já assegurados na Carta Magna.

2. HISTÓRIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Existem diversas políticas de proteção social, no qual está incluso a saúde, a previdência e a assistência social, estas garantias são direitos fundamentais histórico de lutas trabalhistas que vem de muito tempo, no qual correspondem pelo pelos princípios e valores sociais trabalhistas reconhecidos pelo Estado, que deve ser respeitado por todos.

De acordo com OLIVEIRA (1996, online) o primeiro texto sobre a aposentadoria no Brasil surgiu no ano de 1821, escrito pelo Príncipe Regente, Dom Pedro de Alcântara. Refere-se ao Decreto de 1º de outubro 1821, permitindo a aposentadoria para mestres e professores, após 30 anos de serviço, e garantindo um abono de $\frac{1}{4}$ (um quatro) dos ganhos aos que continuassem em atividade.

De acordo com o Portal da Previdência Social (2017, online) no Brasil, na era do Império, já existia mecanismo de voltado ao direito previdenciário, mas só foi em 1923, com o surgimento da Lei Eloy Chaves, também conhecido como Decreto Legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, nesta época o Brasil atingiu um marco jurídico no que tange ao sistema previdenciário, na época quem era responsável por essa área eram as Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAPs, que tinha como objetivo apoiar os trabalhadores durante o período de inatividade.

Acontece que a Lei Eloy de Chaves, visava especialmente as CAPs da categoria ferroviárias, uma vez que os sindicatos eram mais organizados e tinham maior poder político (INSS, 2017).

Na década de 1930, as questões previdenciárias tiveram alterações, visto que com o crescimento populacional na área urbana e com a ampliação de sindicatos trabalhistas levaram a direção de uma nova organização previdenciária por categoria profissional, dando ênfase as instituições de previdência, criada pelo Estado, sobressaindo-se outros Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs (INSS, 2017, online).

Desta forma, outros institutos que tinham mais poder aquisitivo se tornaram forte politicamente, uma vez que tinham mais influência e recursos que atraíam atenção política.

Esta desigualdade gerou um problema de distorção entre os diversos institutos, com categorias efetivamente representadas e outras sub-representadas. Dessa forma, era clara a necessidade de um sistema previdenciário único (INSS, 2017, online).

Logo depois, surgiu a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, chamada de Lei Orgânica de Previdência Social – LOPS, que uniu a legislação concernente aos Institutos de Aposentadorias e Pensões (INSS, 2017).

Derradeiramente, o Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966, unificou os seis Institutos de Aposentadorias e Pensões que existiam na época (IAPM, IAPC, IAPB, IAPI, IAPETEL, IAPTEC), criando o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS (INSS, 2017).

O INPS unificou as ações da previdência para os trabalhadores do setor privado, exceto os trabalhadores rurais e os domésticos (INSS, 2017).

Já, no transcorrer da década de 1970, a cobertura previdenciária evoluiu-se com a concentração de recursos no governo federal, principalmente devido às demais medidas: em 1972, a inclusão dos empregados domésticos; em 1973, a regulamentação da inscrição de autônomos em caráter compulsório; em 1974, a instituição do amparo previdenciário aos maiores de 70 anos de idade e aos inválidos não-segurados (idade alterada posteriormente); em 1976, extensão dos benefícios de previdência e assistência social aos empregadores rurais e seus dependentes (INSS, 2017).

Na era de 1970, houveram mudanças importantes na legislação previdenciária na época, disciplinadas por vários diplomas legais, necessitando de uma unificação, que ocorreu com a chegada da CLPS (Consolidação das Leis da Previdência Social) em

24/01/1976, através do Decreto nº 77.077. Já no ano 1971, foi criado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS (INSS, 2017).

Com a chegada da Constituição Federal em 1988, foi feito o que chamamos hoje de Seguridade Social composto pelas áreas da Saúde, Assistência e Previdência Social. As determinações foram regulamentadas nas Leis n.º 8.212/91 e 8.213/91, desta forma foram unificados o sistema previdenciário de todos os trabalhadores da iniciativa privada, rural ou urbana, criando-se o Regime Geral da Previdência Social (SANTOS, 2017, p. 11).

A criação da Constituição de 1988 estabelece um conjunto de ações envolvendo Saúde, Assistência e Previdência Social usando o termo “Seguridade Social”. É nesse momento que se estabelece a previdência como conhecemos hoje, mantendo seu aspecto de arrecadação entre empregadores e empregados, mas delegando ao Estado o papel de organizar e distribuir os recursos de acordo com a legislação (POLITIZE, 2017).

Na constituição de 1988, a previdência descrita na Carta Magna é especial por abordar temas importantes para garantir a proteção social, uma vez que a Constituição traz pautas sociais que asseguram a dignidade da pessoa humana, mas algumas reformas na legislação previdenciária foram necessárias (POLITIZE, 2017).

No que tange ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS foi criado em 27 de junho de 1990, no decorrer da gestão do então presidente Fernando Collor de Melo, por meio do Decreto nº 99.350, a partir da fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS com o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, como autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, atual Ministério da Previdência Social – MPS (INSS, 2017).

Cabe ao INSS a instrumentalização do reconhecimento dos direitos dos consumidores do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. No art. 201 da Constituição Federal Brasileira, constata-se a organização do RGPS, que tem caráter contributivo e de filiação obrigatória, e onde se enquadra toda a atuação do INSS, coerentemente respeitando as políticas e estratégias governamentais oriundas dos órgãos hierarquicamente superiores, como o MPS (INSS, 2017).

O INSS qualifica-se, contudo, como uma organização pública prestadora de serviços previdenciários para a sociedade brasileira.

Desta forma, de acordo com INSS (2017, online) define o conceito como:

É nesse contexto e procurando preservar a integridade da qualidade do atendimento a essa clientela, que o Instituto (INSS)

vem buscando alternativas de melhoria contínua, com programas de modernização e excelência operacional, ressaltando a maximização e otimização de resultados e de ferramentas que fundamentem o processo de atendimento ideal aos anseios da sociedade em geral.

No ano de 1998, no governo Fernando Henrique, houve mudanças significativas, naquele ano a aposentadoria não seria validade pelo tempo de serviço do trabalhador, mas sim pelo tempo de contribuição para o INSS, determinado com 30 anos de contribuição para mulheres e 35 para homens, além do mais, com a reforma do Governo de Fernando Henrique Cardoso foi implantado o fator previdenciário, que era o cálculo utilizado para determinar o valor do benefício recebido após a aposentadoria (INSS, 2017).

No governo Lula, houveram mudanças voltadas para o funcionalismo público. No ano de 2003, com a reforma previdenciária fora criado um teto para os servidores federais, que elaborou a cobrança da contribuição para pensionistas e inativos, e altero o valor do benefício para ambos (INSS, 2017).

Em 2015, o Congresso sancionou no decorrer do governo da ex-presidente Dilma Rousseff uma nova mudança, que procurava mudar a idade de acesso à aposentadoria integral. A nova mudança era a soma de idade com o tempo de contribuição, foi chamada de 85/95, para as mulheres essa soma deveria resultar 85 e para homens 95, para que os trabalhadores tenham direito a receber o benefício integral (INSS, 2017).

No governo Temer foi proposto uma reforma da Previdência mais radical para ser aprovada. Na época para votação houve dificuldade na tramitação da proposta na Câmara, desta forma, atualmente, no governo de Jair Bolsonaro tornou prioridade levar a frente a Reforma da Previdência. A PEC está em tramitação no Senado, se aprovada nos dois turnos de votação sem alteração, deverá entrar em vigor no fim de 2019, trazendo mudanças radicais no Direito previdenciário.

3. ESPECIES DE APOSENTADORIA NO BRASIL

O Regime Geral da Previdência Social disciplina a cobertura previdenciária dada aos seus segurados na forma de benefícios: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, falaremos apenas das quatro principais.

3.1. Aposentadoria por invalidez

Dispõe o art. 42 do PBPS: "A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição".

Observa-se que a invalidez tem definição legal: incapacidade total e impossibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência do segurado.

De acordo com Santos (2012, p. 2018) "Trata-se da incapacidade que impede o segurado de exercer toda e qualquer atividade que lhe garanta a subsistência, sem prognóstico de melhoria de suas condições, sinalizando que perdurará definitivamente, resultando na antecipação da velhice. A incapacidade configuradora da contingência é, exclusivamente, a incapacidade profissional".

Contingência: incapacidade total e permanente. A perícia médica a cargo do INSS deve comprovar a impossibilidade de o segurado exercer a mesma ou qualquer outra atividade que lhe garanta a subsistência (art. 42, § 1º).

A jurisprudência do STJ tem sido no mesmo sentido:

"(...) 1. É devida a Aposentadoria por Invalidez ao segurado considerado total e permanentemente incapacitado para qualquer atividade laborativa que lhe garanta a subsistência. 2. Sendo tal incapacidade oriunda de moléstia adquirida na infância, é ainda imperiosa a concessão do benefício quando sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão (...)" (REsp 196821/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ, 18.10.1999, p. 260).

O período de carência para aposentadoria por invalidez é de 12 contribuições, a concessão pode ser realizada sem respeitar a carência quando o segurado sofrer acidente de qualquer natureza ou causa, ou ser atacado de alguma das doenças especificadas na Portaria Interministerial n. 2998/01. Segundo o artigo 26, inciso II da Lei nº 8.213/91, dispõe:

Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações: II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência

Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado.

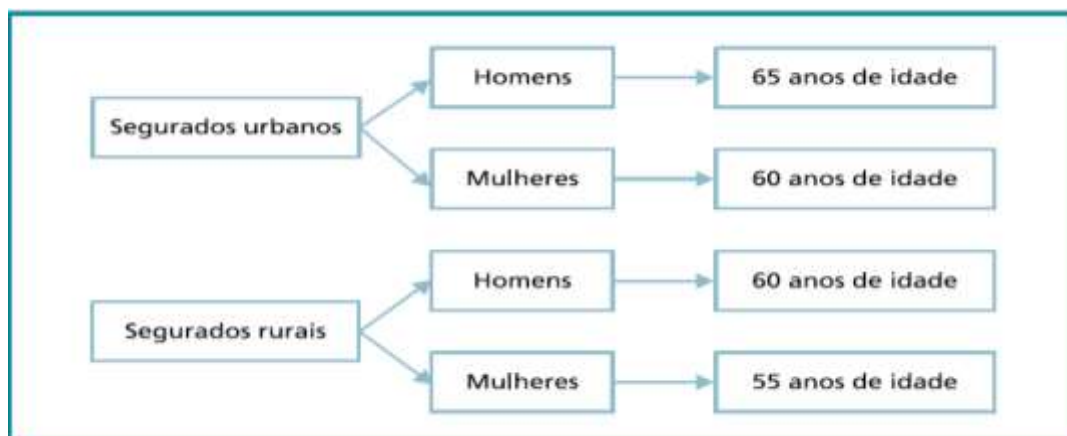
O art. 45 do PBPS trata da aposentadoria valetudinária: o valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25%. Já o art. 45 do RPS determina a observância de seu Anexo I, que relaciona as situações em que o aposentado por invalidez terá direito ao acréscimo de 25%.

3.2. Aposentadoria por idade: ART. 201, § 7º, II, DA CF

De acordo com Marisa Santos (2012, p. 221) “aposentadoria por idade tem fundamento no art. 201, § 7º, II, da CF: é garantida ao segurado que, tendo cumprido a carência, completar 65 anos de idade, se homem, e 60, se mulher. A idade é reduzida em 5 anos para os trabalhadores rurais”.

Previsto no art. 201, I, da CF prevê cobertura previdenciária para a contingência idade avançada. E no § 7º, II, especifica a cobertura: aposentadoria por idade.

De acordo com o art. 201, § 7º, II, da CF dá os contornos da aposentadoria por idade: é garantida ao segurado que, tendo cumprido a carência, completar 65 anos de idade, se homem, e 60, se mulher. A idade é reduzida em 5 anos para os trabalhadores



rurais. Além do requisito de 180 contribuições, ou seja, 15 anos de contribuição.

3.3. Aposentadoria por tempo de contribuição

De acordo com Marisa Ferreira dos Santos (2012, p. 375) A aposentadoria por tempo de contribuição é o benefício previdenciário que resulta do planejamento feito pelo segurado ao longo de sua vida laboral. Está prevista no art. 201, § 7º, I, da CF: é garantida ao segurado que completar 35 anos de contribuição, se homem, e 30, se mulher. Refere-se de benefício requerido voluntariamente pelo segurado, resultado do planejamento previdenciário que fez ao longo de toda a sua atividade laboral.

Conforme preleciona Marisa Santos, acerca da aposentadoria por tempo de contribuição, vejamos:

A reforma previdenciária implantada pela EC 20/98 tornou o RGPS eminentemente contributivo. Com a Lei n. 9.876/99, as alterações constitucionais foram efetivadas, tornando-se a antiga aposentadoria por tempo de serviço a atual aposentadoria por tempo de contribuição (SANTOS, 2012, p. 375).

A aposentadoria por tempo de contribuição segue algumas regras, por ser o benefício previdenciário mais mudado após a reforma constitucional de 1998, está longe ainda a data de aposentadoria por tempo de contribuição dos segurados que ingressaram no RGPS após a EC 20/98 (após 35 anos, se homem, ou 30 anos, se mulher) (SANTOS, 2012, p. 375).

Segundo SILVA (2012, p. 19) "Os contribuintes segurados inscritos no RGPS até 16 dezembro de 1998, data da publicação da Emenda Constitucional (EC) n. 20":

I – Aposentadoria por tempo de contribuição ou de serviço, conforme o caso, com renda mensal no valor de cem por cento do salário de benefício, desde que cumpridos: a) 35 anos de contribuição, se homem; b) 30 anos de contribuição, se mulher.

Os contribuintes inscritos no Regime de Previdência Social na data de 17 de dezembro de 1998, especialmente aquele que vieram de outro regime da Previdência Social, uma vez cumprida a carência exigida, também possuíram o direito à aposentadoria por tempo de contribuição desde que comprovem:

a) 35 anos de contribuição, se homem; b) 30 anos de contribuição, se mulher (SILVA, 2012, p. 19).

De acordo com Silva (2012, p. 20) o período de carência é em 180 contribuições para os contribuintes que ingressaram no Regime de Previdência após 14/07/1991, já para os contribuintes filiados até 24.7.91, assim também para o trabalhador rural. Existe uma tabela que regula o tempo de carência disposta no artigo 142 da Lei n. 8.213/91, a implementar as condições para a obtenção do benefício.

O direito adquirido está garantido no art. 3º da EC 20/98: poderão se aposentar, a qualquer tempo, os segurados que, até a data da publicação da Emenda, tenham cumprido todos os requisitos, com aplicação das regras então vigentes.

3.4. Aposentadoria Especial, ART. 201, § 1º, DA CF.

De acordo com Santos (2012, p. 276) “A aposentadoria especial foi prevista no art. 202, II, da CF, na redação original: seria devida após 35 anos de trabalho, ao homem, e, após 30, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei”.

A aposentadoria especial é benefício que desde a sua instituição pela Lei n. 3.807/60 foi alterado muitas vezes pela legislação posterior. Dispõe o art. 57 do PBPS:

“A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei”.

É uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, que é reduzido para 15, 20 ou 25 anos em razão da atividade exercida, cuja habitualidade, de alguma forma, traz consequências à saúde do segurado.

A aposentadoria especial nasceu no direito brasileiro com a Lei n. 3.807/60, a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que dispunha:

Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo. §1º A aposentadoria especial consistirá numa renda mensal; §2º Reger-se-á pela respectiva legislação especial a aposentadoria dos aeronautas e a dos jornalistas profissionais (BRASIL, 1960)

A LOPS impunha requisitos cumulativos de idade mínima — 50 anos, 15 anos de contribuições e o exercício, por 15, 20 ou 25 anos, de atividade profissional cujos

serviços fossem considerados penosos, insalubres ou perigosos por Decreto do Poder Executivo.

Desta forma, a aposentadoria especial é devida para aquele trabalhador contribuinte que exerce função em locais insalubres em exposição a gentes físicos, químicos e biológicos, de forma habitual e permanente, aptos a produzir efeitos nocivos, durante 15, 20 e 25 anos.

No entanto, há discussões no que tange a quem é devido a aposentadoria especial, recentemente o Tribunal de Justiça reconheceu a natureza especial que os trabalhadores na área de Discotecário (a) - DJ exercem a função, os ruídos altos de forma continuam acabam por prejudicar a audição desses trabalhadores, e por conta disso, é preciso que os mesmos possam a se aposentar na forma especial.

Como fora explicado, para requerer a aposentadoria especial, é preciso ter no mínimo 15 anos de contribuição e exercer a atividade no mínimo em igual tempo. No próximo capítulo veremos como essa decisão se procedeu e quais benefícios trazem aos trabalhadores na área de discotecário.

4. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA DISCOTECÁRIO (A) – DJ's

Antes de adentrarmos ao conteúdo principal faz-se necessário tecer breves comentários da história da profissão de Discotecário- DJ e o seu conceito.

4.1. Breve Histórico

Segundo o portal E-DJS (2017, online) "Um disc jockey (DJ) ou disco-jóquei foi um artista profissional que selecionava e produzia diversas composições, previamente gravadas ou produzidas na hora para um determinado público alvo, trabalhando seu conteúdo e diversificando seu trabalho em radiodifusão em frequência modulada (FM), pistas de dança de bailes, clubes, boates e danceterias".

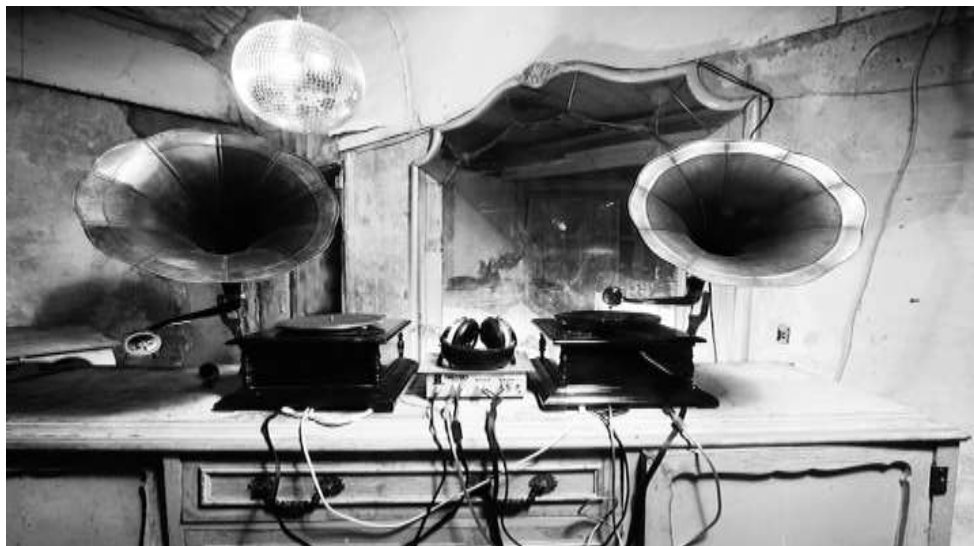
O disco jóquei ficou conhecido nas rádios por produzir discos gramofone, e logo depois, mudou para long play, e logo para disc laser, o famoso CD, passando para o uso de MP3, e atualmente conhecido como DJ.

Disc-jóquei foi e é utilizado para descrever, primeiramente, a figura do locutor de rádio que introduziam e tocavam discos de gramofone, posteriormente, o long play, mais tarde compact disc laser (CD) e atualmente, empregam o uso do mp3. O nome foi logo encurtado para DJ (E-DJS, 2017, online).

Na segunda metade dos anos 50, no rádio, os DJs contribuíram para a consolidação do movimento Rock and Roll como a maior manifestação cultural da juventude do século XX; diversos nomes da música surgiram dando ênfase ao som que os DJs faziam (E-DJS, 2017, online). Nesta mesma época começavam a surgir os DJs jamaicanos, conhecidos como seletores, que inicialmente tocavam principalmente discos estadunidenses de R&B nos sistemas de som, e faziam sucesso principalmente entre a população menos privilegiada que não tinha condições de ter rádio ou toca-discos (E-DJS, 2017, online).

Na era dos anos 70, com a chegada da discoteca, foi o marco dos DJs que ganharam fama fora do rádio e foram para as pistas de dança, os DJs ganharam destaque até a década de 1990 onde usavam somente os discos de vinil em suas apresentações, nesta época já existiam os CDs, mas ainda não tinha sido criado equipamentos que reproduzissem os CDs e posteriormente pudessem o DJs a trabalhar neles (ajuste do pitch para posterior mixagem), uma vez que a mixagem é a principal forma que os DJs trabalham.

Figura 1: Tocadores de Vinil.



Fonte: E-DJS, 2017

Nos anos 90 os DJs ganharam destaque e grande nomes começaram a surgir, os maiores contribuintes para esta profissão foram a comunidade negra, que mixava seus Raps para a comunidade, os DJs das décadas de 1980 e 1990 sincronizavam a composição mixada (entrante) regulando a velocidade do prato do toca-discos, com o cuidado de fazer com que a agulha não escapasse do sulco do vinil (E-DJS, 2017, online).

Anos depois, com a popularização do CD, fabricantes como Pioneer, Technics e Numark desenvolveram aparelhos do tipo CD player com recursos próprios para DJ. Conhecidos como CDJs, possuem botões especiais para alteração de pitch, de retorno da faixa, de marcação de ponto (efeito cue) e looping (E-DJS, 2017, online).

Foi no fim do século XX, com a chegada do formato MPEG-1 layer 3 (popularmente conhecido como MP3) para canções digitais, de programas de compartilhamento de arquivos como o Napster e o surgimento de programas de edição musical, as edições musicais se tornaram famosas para os DJs.

Sendo assim, a profissão de DJs ganhou espaço e notoriedade em todo mundo, equipamentos se tornaram mais modernos e com alto poderio de som, mixagens pararam a ter autoria própria, se antes músicas de cantores eram alvos de mixagem, hoje apenas o som é o suficiente para transmitir a magia da música. Na foto abaixo, podemos ver a modernização desses equipamentos.

Figura 2: equipamento atualmente



Fonte: Dixon, 2018, online.

Contudo, como qualquer outra profissão, esta possui algumas adversidades, uma vez, que na profissão de DJ quanto maior o som, melhor é a energia transmitida para os apreciadores da música, por conta disso os sons altos acabam por afetar a audição dos profissionais. Mas o que é a profissão de DJ?

4.2. Conceito

De acordo com o portal junto e mixado (2012):

O profissional Disc Jockey é um músico discotecário que inclui inserções de mixagem, efeitos e modificações variadas em sets (sequências musicais) desenvolvidos ao vivo para um público alvo específico ou variado usando como instrumento musical várias ferramentas, tais como: toca discos, CDJs, controladoras e mesas de áudio. Além disso, o profissional se destaca pela pesquisa musical e administração de coleções de discos. A atividade de Disc Jockey é bem contemporânea e vem se desenvolvendo desde meados do século XX.

Não existe curso superior para graduar DJs, muitos acreditam que uma pessoa que trabalha nesta área nasce com o dom e sonho, por este motivo escolhe exercer esta profissão. A taxa de sucesso desta profissão não é tão grande quanto as demais profissões populares como, médicos, advogados ou engenheiros, por este motivo, muitos DJs possuem um segundo emprego, e fazem desta profissão (DJs) como hobby. No entanto há um curso para formação de novos DJ's, envolve aulas teóricas com o estudo sobre a música, tecnologia e projeções. E aulas práticas, indicando como mexer em uma mesa com equipamentos de som. Possibilitando a transformação de uma música, com mixagem e efeitos.

A profissão de DJs está na lista das 10 profissões mais prejudiciais à saúde dos ouvidos, ou seja, a audição, está exposto por várias horas, de forma habitual a excesso ruídos gera posteriormente danos a audição, e pode até mesmo causar a surdez.

Por este motivo, o Tribunal de Justiça aprovou com unanimidade a inclusão da profissão na Previdência Social na categoria de aposentadoria Especial.

4.3. Aposentadoria Especial para DJs

A aposentadoria especial possui natureza jurídica preventiva (LADENTHIN, 2018 p.32) uma vez que seu objetivo é garantir ao segurado a proteção de um possível dano que ele possa vir a sofrer em função do desempenho de atividade exposto a agentes nocivos e prejudiciais à saúde e a sua integridade física.

Recentemente foi alvo de ação judicial ingressada por uma trabalhadora da função de DJs que demandou junto ao Tribunal Regional Federal o pedido de atividade especial o trabalho de uma assistente social que também exerceu a função de DJ.

Conforme Conjur (2017) "A 10ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região reconheceu como atividade especial o trabalho de uma assistente social que também exerceu a função de DJ. No caso, ela comprovou ter ficado exposta a ruídos acima dos limites permitidos".

De acordo com o portal o INSS contestou o pedido da autora, sustentando a requerente não se enquadrava as atividades exercidas pela parte autora como sendo de natureza especial, solicitando, em sua contestação a improcedência total do pedido. Ocorre que as atividades são especiais para fins previdenciários quando a lei as considera insalubres ou perigosas. No caso em tela, a segurada comprovou ter trabalhado como discotecária estando exposta a ruídos acima dos limites legalmente admitidos (JUSBRASIL, 2017, online).

No que tange ao entendimento do Tribunal Federal, à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida. Devendo, contudo, na ação em questão, ser levada em consideração aos diplomas dispostos pelos Decretos de nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto nº 2.172/97 (JUSBRASIL, 2017, online).

Segundo o art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispõe, que "(...) A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica (...)". Porém, com a reforma da Medida Provisória nº 1.523/96, tal diploma legal teve sua redação alterada, na forma que segue:

"Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

Nesse sentido é o entendimento majoritário do E. STJ:

"PREVIDENCIÁRIO – RECURSO ESPECIAL – APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO – CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM – POSSIBILIDADE – LEI 8.213/91 – LEI 9.032/95 – LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL – LEI 9.528/97. (...) – A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91

acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários. – A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal. – Precedentes desta Corte. – Recurso conhecido, mas desprovido” (STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

A Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) em 2016 aprovou a Súmula nº 32 que especifica que os níveis de decibéis superior a 80 necessários para que seja considerada nociva a saúde, ressaltando a Instrução Normativa nº77/2015 do INSS que estabelece 85 decibéis definidos no Quadro do Anexo I da NR-15 do MTE; e as metodologias e os procedimentos definidos nas NHO-01 da FUNDACENTRO.

Em regra, após 25 anos de serviço prestado e sendo submetidos aos Níveis de Exposição Normalizados (NEN) já possuem o direito de dar início aos procedimentos para se aposentar. A aposentadoria especial no caso do profissional de DISC JOCKEY (DJ), profissão que foi reconhecida como atividade de risco por conta do ruído, seguindo os requisitos do artigo 64 § 1º, II que ressalva o artigo 58 Lei 8.123/2013.

Conforme o Manual de Aposentadoria Especial (2012, p.101), o “Ruído pode ser definido como um som indesejável, errático e intermitente ou com oscilação estatisticamente aleatória. ”

Desta forma é possível notar o risco corrido por aqueles que são profissionais de DISC JOCKEY (DJ), os problemas de saúde supracitados como consequência devido a exposição ao nível considerado acima do limite de tolerância, por isso relevante o reconhecimento da profissão para obtenção de benefício, zelando pelo direito a saúde, este que é reconhecido pela Constituição da República Federativa do Brasil como fundamental em seu "Art.196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Ocorre que esta decisão se trata de uma ação judicial requerida por uma pessoa interessada na aposentadoria, não há uma lei específica que se trata diretamente deste assunto, pois, os profissionais na área de DJs ainda não estão inclusos na categoria de aposentadoria especial.

Vale ressaltar, que muitos profissionais de DJs não contribuem o tempo mínimo para a previdência que é necessário para requerer a aposentadoria especial, uma vez que não acreditam poder se aposentar como profissionais de Discotecário. Mas com a decisão do Tribunal Superior Federal de considerar a profissão como categoria especial, abre espaço para que outros profissionais possam também requerer seus direitos.

É preciso que haja políticas públicas de incentivo para que esses profissionais venham contribuir pelo prazo máximo ou até mesmo o mínimo para que venham poder requerer sua aposentadoria na modalidade especial, uma vez que os ruídos que sofrem de forma habitual prejudicam sua saúde, e posteriormente ocasiona a surdez.

Outra dificuldade que o Discotecário enfrenta por não haver uma regulamentação específica tratando de tal assunto, é a juntada de provas, uma vez que trabalha em diversos lugares, todos os dias e por este motivo dificulta uma possível perícia técnica para constar que de fato trabalha em lugar com ruídos de forma habitual.

Contudo, caso a atividade de DJs venha entrar na portaria que regula as atividades considerados especiais para o INSS, automaticamente o profissional de discotecário poderia ser um contribuinte, e posteriormente um assegurado, sendo assim, muitos caminhos não de ser percorridos para prevalecer o direito social de cada cidadão brasileiro.

Após a decisão, o INSS foi condenado e será obrigado a conceder expedição da certidão por tempo de serviço especial em favor da segurada.

Respeitando todas as ressalvas impostas pela Constituição da República Federativa do Brasil, na valorização da saúde, esta que está assegurada no artigo 201 § 1º: Esta que tem como prioridade a proteção à vida e saúde do trabalhador, bem como sua integridade, assegurando todos os seus direitos fundamentais para sua sobrevivência em sociedade.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo propiciou determinar com apoio da legislação vigente desde o ano de 2018, no que tange a aposentadoria especial sendo um benefício previdenciário de natureza jurídica preventiva, indicado aos contribuintes que exercem a função expostos de maneira habitual e permanente a agentes nocivos e prejudiciais à saúde e a integridade física no período mínimo de 15, 20 ou 25 anos.

De acordo com a disposição legal, o profissional exposto ao ruído deve trabalhar durante o tempo mínimo de 25 anos exposto a níveis de ruído acima de 80 decibéis no período de 25 de março de 1964 até o dia 05 de março de 1997, acima de 90 decibéis, entre 06 de março de 1997 e 18 de novembro de 2003, e nível acima de 85 decibéis a partir de 19 de novembro de 2003.

Vale ressaltar, que a atividade de DJ existe há muito tempo, pois sempre esteve ligado à música, ao longo dos anos essa atividade se tornou profissão e permitiu que muitos profissionais surgissem e fizessem seu nome, ocorre que dificilmente ouvimos falar de alguém que se aposentou pela profissão de “DJ”, e por este motivo que este presente trabalho foi elaborado, para demonstrar que Discotecário também é uma profissão e merecer ser valorizada como as demais, principalmente pelo INSS.

De acordo com a 10ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região por unanimidade reconheceu a natureza especial das atividades exercidas como Discotecária – DJ, uma vez que esses trabalhadores exercem sua profissão em ruídos altos que prejudicam seus ouvidos, por conta disso é necessária proteção jurídica a esses profissionais.

Em nosso sistema jurídico deve esta apto a proteger a saúde e a integridade física do segurado no campo formal, contudo, falta ainda a adoção de políticas públicas que visem a conscientização dos trabalhadores, da sociedade e do empresariado sobre a importância do meio ambiente de trabalho adequado, assim como contribuir para mais tarde poder usufruir de uma aposentadoria especial pelos anos trabalhados.

REFERÊNCIAS

ANFLÔR, Vinícius Goulart. **DJ tem direito a Aposentadoria Especial.** Disponível em: <https://vganflor.jusbrasil.com.br/noticias/466575600/dj-tem-direito-a-aposentadoria-especial>. Acesso em: 15/05/2021.

CONJUR. **Por exposição a ruídos, atividade de DJ é considerada especial,** 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-21/exposicao-ruídos-atividade-dj-considerada-especial>. Acesso em: 15/05/2021.

Decreto Federal n. 2172 de 05 de março de 1997. **Regulamento dos benefícios da seguridade social - revogado.** Brasília, 2017.

Decreto Federal n. 3.048 de 06 de maio de 1999. **Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.** Brasília, 2017.

Decreto n. 53.831, de 25 de março de 1964. **APOSENTADORIA ESPECIAL INSTITUIDA PELA LEI 3807, DE 26/08/1960 (QUE DISPOE SOBRE A LEI ORGANICA DA PREVIDENCIA SOCIAL).** Brasília, 2017.

Felipe, Lucas. **A aposentadoria especial do profissional exposto ao ruído no regime geral da previdência social,** 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71533/a-aposentadoria-especial-do-profissional-exposto-ao-ruído-no-regime-geral-da-previdencia-social>. Acesso em: 15/05/2021.

INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Breve Histórico.** Disponível em: <https://www.inss.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/breve-historico/>. Acesso em: 15/05/2021.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria Especial.** São Paulo: LTr, 5. ed. 2010.

Lei Federal n.º 8.212, de 24 de julho de 1991- **LEI ORGÂNICA DA SEGURIDADE SOCIAL.** Brasília, 2017.

Lei Federal n. 9.876, de 26 de novembro de 1999. **A Contribuição Previdenciária do Contribuinte Individual, o Cálculo do Benefício, altera dispositivos das leis n. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências.** Brasília, 2017.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos e BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Manual de Aposentadoria Especial.** Quartier Latin: São Paulo, 2005.

SANTOS, CARLOS RENATO GONÇALVES DOS, 2017. **APOSENTADORIA ESPECIAL POR RISCO ELÉTRICO.** Disponível em: <http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2143/Carlos%20Renato%20Gon%C3%A7alves%20dos%20Santos%20-%20Aposentadoria%20especial%20por%20risco%20el%C3%A9trico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. ACESSO EM: 15/05/2021.

Santos, Marisa Ferreira dos, **Direito previdenciário** / Marisa Ferreira dos Santos. – 8.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 25) 1. Direito previdenciário 2. Direito previdenciário – Brasil I. Título. II. Série. CDU-34:368.4(81)

Santos, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** / Marisa Ferreira dos Santos; coord. Pedro Lenza. – 3. ed. de acordo com a Lei n. 12.618/2012 – São Paulo: Saraiva, 2013. Bibliografia. 1. Direito previdenciário 2. Direito previdenciário – Brasil I. Lenza, Pedro. II. Título.

SILVA, SANDRA FIRMINA SANT'ANA DA. **APOSENTADORIA ESPECIAL HISTÓRICO, TITULARES, REQUISITOS, MEIOS DE COMPROVAÇÃO E POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO**, 2012. Disponível em: <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/Sandra-Firmina-Santana.pdf>. Acesso em: 15/11/2019.

OLIVEIRA, Antônio Carlos de. **Direito do trabalho e previdência social**: estudos. São Paulo: LTR, 1996.

POLITIZE. **História da Previdência Social brasileira**, 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/historia-da-previdencia-no-brasil/>. Acesso em: 15/05/2021.

Superior Tribunal de Justiça STJ - **RECURSO ESPECIAL**: REsp 506598 SC 2003/0014595-7. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180334/recurso-especial-resp-506598-sc-2003-0014595-7>. Acesso em: 15/05/2021.

VARELLA, Ian Ganciar. **Aposentadoria: é reconhecida atividade de DJ como especial**, 2019. Disponível em: <https://ianvarella.jusbrasil.com.br/noticias/462946774/aposentadoria-e-reconhecida-atividade-de-dj-como-especial>. Acesso em: 15/05/2021.

O IMPACTO SOCIAL ECONÔMICO DOS PORTADORES DE HIV/AIDS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO NO AMAZONAS

ROSILDA LIMA DA SILVA:

Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus.

INGO DIETER PIETZSCH¹¹⁰

(orientador)

RESUMO: O presente artigo científico tem o objetivo de ajudar nas dúvidas mais frequentes que as pessoas vivendo com HIV e AIDS têm quanto à garantia do seu emprego, e apresentar os direitos e as dificuldades, que os trabalhadores soropositivos enfrentam quando estão inseridos ou os que queiram se inserir no mercado de trabalho, as políticas e programas sobre HIV/AIDS no campo do trabalho. O HIV/AIDS tem um sério impacto na sociedade e nas economias no mundo laboral, tanto nos setores formais e informais, para os trabalhadores, suas famílias e dependentes, este artigo científico visa contribuir para os acadêmicos e profissionais de Direito, assim como a sociedade em geral e principalmente os trabalhadores soropositivos. De acordo com a OIT, o local de trabalho pode ajudar na promoção dos direitos humanos, disseminar informações, quanto as formas de transmissão e prevenção do HIV/AIDS desenvolver programas de capacitação, educação e adoção de medidas preventivas práticas, além de proporcionar a oferta de assistência, apoio, tratamento e garantia de previdência social e direitos sociais ao trabalhador vivendo com HIV.

Palavras – Chave: Direito, Trabalhador, Serviço Social, Trabalho.

ABSTRACT: This scientific article aims to help with the most frequent doubts that people living with HIV and AIDS have about the guarantee of their employment, and to present the rights and difficulties faced by HIV-positive workers when they are inserted or who want to live. inserting labor market policies and programs into the labor market. HIV / AIDS has a serious impact on society and economies in the working world, both in the formal and informal sectors, for workers, their families and their dependents. This scientific article aims to contribute to academics and legal professionals, as well as society. in general and mainly HIV-positive workers. According to the ILO, the workplace can help promote human rights, disseminate information on ways of HIV / AIDS transmission and prevention, develop training programs, educate

¹¹⁰ Professor e orientador do Curso de Direito na Universidade Luterano de Manaus (ULBRA)– Advogado.

and take practical preventive measures, and provide assistance, support, treatment and guarantee of social security and social rights to workers living with HIV.

Keywords: Law, Worker, Social Work, Work.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. AS DIFICULDADES ENFRENTADAS POR TRABALHADORES SOROPOSITIVOS NO QUE DIZ RESPEITO À EFETIVAÇÃO DE SEUS DIREITOS. 2.1. O processo histórico do surgimento do HIV/AIDS no Brasil. 2.2. O processo histórico do surgimento do HIV/AIDS no local de trabalho. 3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA EFETIVAÇÃO NO ACESSO AO DIREITO DO TRABALHADOR VIVENDO COM HIV/AIDS. 3.1. Direitos fundamentais dos portadores do vírus HIV. 3.2. Saque do FGTS. 3.3. Isenção no Imposto de Renda. 3.4. Sigilo no trabalho. 3.5. Auxílio-doença. 3.6. Aposentadoria por invalidez. 3.7. Nos transportes. 4. O PORTADO DO VÍRUS HIV E SUA ESTABILIDADE NO EMPREGO. 5. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As inquietações para a elaboração deste artigo científico nasceram no campo de trabalho com serviço social, na observação do dia-dia, a procura da grande demanda de pessoas, a procura do serviço social para se informar a respeito de um benefício a que tenha direito. Através das orientações acompanhadas descobri as dúvidas mais frequentes entre os pacientes soropositivos que trabalham ou que estão fora do mercado de trabalho por algum motivo. Então fora iniciado uma pesquisa a respeito do trabalhador com HIV/AIDS.

O Direito do Trabalho precisou inovar para contemplar situações advindas de uma "novidade" na área laboral: o aparecimento do vírus HIV e, conseqüentemente, da doença AIDS, que vitima milhares de trabalhadores brasileiros. Daí a necessidade de se tratar este tema tão moderno quanto delicado no campo de atuação do Direito do Trabalho. A grande maioria dos soropositivos segundo ministério da saúde são pessoas de 15 a 49 anos, ou seja, trabalhadores na faixa etária mais produtiva. Um relatório da OIT aponta que 36 dos 40 milhões de pessoas vivendo com o HIV exercem uma atividade produtiva seja ela formal ou informal, e pelo menos 26 milhões de trabalhadores são soropositivos que têm direitos.

Colocar-se, portanto com um desafio para os usuários da política de direito do trabalho, estes não devem esfriar na luta pela dignidade da pessoa humana. Nossa Constituição Federal preza por isto, mas o dia-dia reflete suas burocracias e limitações para o acesso aos direitos que são de suma importância para a sobrevivência das pessoas incapacitadas para o trabalho, seja por doença ou deficiência ou idade. São pessoas detentoras de direitos e merecem tê-los garantidos de forma satisfatória e

digna. É urgente a necessidade de se aprofundar em uma discussão da cultura da justiça social em que a tutela aos direitos do trabalhador sejam respeitados, pois é para o bem-estar do ser humano que o trabalho se direciona. É para garantir a observância quanto ao direito social ao emprego, sem discriminação, que se deve voltar o Direito do Trabalho. Isso representa sinônimo de justiça social.

2. AS DIFICULDADES ENFRENTADAS POR TRABALHADORES SOROPOSITIVOS NO QUE DIZ RESPEITO À EFETIVAÇÃO DE SEUS DIREITOS

2.1. O processo histórico do surgimento do HIV/AIDS no Brasil

O surgimento da AIDS no Brasil pegou todo o país de surpresa e com isso exigiu se uma verdadeira força tarefa para se pensar uma ação de enfrentamento de toda a demanda na questão de saúde pública e social, de forma imediata a mobilização foi pensada de acordo a se enfrentar a doença que tão pouco se conhecia, e por tanto pouco material se tinha a respeito do HIV. Começou então campanhas para a prevenção da transmissão e o pior de tudo, medicamentos para o tratamento não existia, cientistas do mundo todo se mobilizaram para conhecer mais a respeito da doença causada pela ação de um vírus o HIV.

De acordo com os Doutrinadores TEODORESCU e TEIXEIRA (2015):

“Escrever a história da epidemia de AIDS no Brasil mostrou-se um grande desafio, diante da imensidão de nosso país e do parco material produzido sobre o assunto pelas instituições governamentais e não governamentais, principalmente nos primeiros anos da doença. Muitas das medidas de saúde pública tomadas nessa fase foram decididas na urgência da situação, o que explica, em parte, a carência de documentação sobre ações adotadas para conter a epidemia. Uma maneira de confrontar o desafio foi escrever a história da resposta brasileira à epidemia de AIDS no Brasil, a partir do relato de seus protagonistas, ao longo dos 20 anos aqui estudados, de 1983 a 2003”. (TEODORESCU e TEIXEIRA, 2015, p.13).

Segundo Teles (2006), afirma que nos anos 80, onde aumentaram as taxas de infecção, vejamos:

“O primeiro caso de AIDS identificado no Brasil foi em 1982. As taxas de infecção subiram exponencialmente ao longo da década de 1980 e 1990, o Banco Mundial previu 1.2000.000 casos até o ano de 2000, aproximadamente o dobro do número real que

mais tarde foi comunicado pelo ministério da saúde e pela maioria das organizações internacionais. A experiência brasileira é frequentemente citada como um modelo para outros países em desenvolvimento que enfrentam a epidemia da AIDS, incluindo a controversa política internacional do governo brasileiro, tais como o fornecimento universal de medicamentos antirretrovirais (ARV's), políticas sócias para grupos de risco e a colaboração com organizações não governamentais". (TELES, 2006, p.16)

As taxas de infecção de HIV foram presumidas de maneira que se foi levado em conta o período de incubação da doença, mesmo sem ter a proporção do que era realmente a epidemia do HIV o Brasil tomou medidas cruciais quando ainda se desconhecia a extensão da epidemia, vários setores ligados ao problema, ONG, universidades, pesquisadores, intelectuais e especialistas em diversas áreas sociais com o objetivo de se enfrentar a epidemia foi criado o Programa Nacional de DST/AIDS, e programas Estaduais e Municipais e organizações não governamentais para esclarecer ao cidadão em geral, sobre a prevenção controle e tratamento, as ações do governo e das ONGs possibilitaram tanto o soropositivo e a população a conhecer mais sobre a (Síndrome da Imunodeficiência adquirida).

"O surgimento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) foi um fenômeno social e histórico, o qual trouxe diversas dúvidas, mobilizando sentimentos e preconceitos que influenciaram o imaginário social, nascendo assim concepções negativas acerca da doença que a estigmatizaram, o que pode afetar a qualidade de vida dos infectados pelo vírus HIV. A revelação do soro positividade é um evento crucial tanto na vida do portador, quanto na vida família e dos amigos. Diante desse contexto identificar a influência do estigma social dos portadores de HIV/AIDS e descrever as reações frente ao diagnóstico e às mudanças no estilo de vida dos portadores de HIV/AIDS. Tal conhecimento poderá contribuir no cuidar do HIV positivo, direcionando o em ações de promoção à saúde desse grupo no que se refere à inclusão social e ao enfrentamento das dificuldades emergentes com o diagnóstico, bem como o surgimento do preconceito. " (MENDES CARVALHO e OROSKI PAES, 2011, p.158).

O aparecimento da AIDS como uma doença que não tem cura, e que pouco se conhecia trouxe uma percepção negativa, a discriminação e a falta de conhecimento, semeiam o medo do abandono e do preconceito diante do diagnóstico positivo, diante da importância da nova realidade. Buscar desenvolver ações que objetivassem a quebra do estigma social, orientando sobre a doença e o tratamento, explicando o aumento da sobrevivência e oferecendo uma assistência de qualidade a esse indivíduo, porque nesse momento o HIV era tido como uma sentença de morte rápida, pois as reações frente ao diagnóstico e às mudanças no estilo de vida dos portadores de HIV/AIDS, mas o pior problema era aqueles indivíduos que não aceitavam o diagnóstico e se negavam-se a fazer o tratamento e não tomavam a medicação e continuavam com o mesmo estilo de vida anterior ao diagnóstico, até porque muitos tinham medo de que a família e os amigos descobrissem o que eles eram portadores do HIV e que essa doença poderia levá-los a morte.

“A primeira fase do convívio com a AIDS foi marcada pela ideia dos grupos de riscos. Nos anos 80, homossexuais, bissexuais, garotas e garotos de programa, pessoas consideradas promíscuas de modo geral e usuários de drogas injetáveis, além dos hemofílicos, é que tinham que se preocupar com o HIV. A ideia de grupo de riscos ainda é percebida no comportamento das pessoas, análise dos dados epidemiológicos, há muito tempo indica que, na verdade, qualquer pessoa pode se infectar, basta que tenha comportamento de risco, transar sem camisinha, não fiscalizar o sangue que recebe, compartilhar agulhas e seringas, dentre outras formas. A AIDS diz respeito a todos e a prevenção é indispensável. ” (SILVA MONTEIRO, 2006, p.21)

O desconhecimento das formas de transmissão acredita-se que tenha agravado ainda mais o número de pessoas infectadas, como iniciar ações de combate à transmissão se as mesmas ainda eram desconhecidas, popularmente essa doença estava sendo chamada de “Câncer de Gay”, esse tipo de afirmação influenciava no comportamento social das demais pessoas, fazendo com que o preconceito em torno da soropositividade tivesse proporções termonucleares, e para o que, para o indivíduo com HIV torne-se uma sentença de morte social, pois já não basta conviver com os donos da doença tinham que conviver o medo de terem seus diagnósticos descobertos, tornando solitário o processo de enfrentamento e infecção, pois passam a acreditar que se revelarem seu diagnóstico serão rejeitados pela família, além disso, serão abandonados e discriminados.

No sentido de ajudar o soropositivo houve diversas ações de enfrentamento a desmistificação criada sobre a soropositividade, o governo e organizações não

governamentais criaram diversas campanhas para esclarecer a população quanto as formas de transmissão da doença e a respeito do tratamento, pois falar sobre HIV tratava se da quebra de um grande tabu, até porque se fazia necessário para ajudar na melhoria da qualidade de vida dessas pessoas que por direito merecem, pois a saúde deixa de ser um estado estático e biologicamente definido para ser compreendido como um estado dinâmico, socialmente produzido, e mais trabalhar a mudança de hábitos o que se sabe não é nada fácil, pois tinha que se trabalha sempre o indivíduo e o coletivo, e ter a consciência de que levaria tempo para se obter resultados, o apoio e assistência aos portadores de HIV/AIDS sem recursos, os quais sofreram uma exclusão social econômica e familiar.

“As primeiras medidas públicas contra a doença foram tomadas no Estado de São Paulo, na esteira do movimento pela reforma sanitária. O movimento, iniciado na década de 1960, ganhou dimensões nacionais no auge da ditadura militar, quando passou a influenciar decisões políticas dos Ministérios da Saúde e da Previdência Social. Uma das principais críticas do movimento sanitário ao sistema então vigente se referia à baixa cobertura das ações assistenciais as quais, na época, por estarem atreladas ao sistema previdenciário, eram reservadas aos indivíduos com vínculo empregatício formal. Eram ainda abordadas nas esferas federal, estadual e municipal, os elevados gastos públicos com saúde decorrente da crescente participação do setor privado na prestação de serviços ao governo e a falta de articulação entre os diferentes níveis de atenção à saúde. A reforma proposta tinha por meta investir nas áreas de epidemiologia e planejamento para a organização das ações programáticas de saúde pública. (TEODORESCU e TEIXEIRA, 2015, p.13). ”

Em meio ao caos que o país vivia no período da ditadura militar o País teve que se mobilizar para enfrentar um novo desafio se reestrutura para enfrentar a epidemia do vírus do HIV, como se trabalha uma questão de saúde que exigia tanto da saúde quanto políticas sociais que ajudasse a esses indivíduos, a enfrenta esse momento de tantas incertezas, e que ainda e culpabilizado por sua contaminação.

Em meio a tanto movimento sociais os principais centros urbanos foram se reestruturando para atender não só a demanda de soropositivos, como os de outras doenças como hanseníase e tuberculose, e toda essa situação exigia políticas públicas que atendesse a essa nova demanda publica, pois não era um problema não só de saúde, mais também da previdência, ou seja, de cidadania, pois o indivíduo infectado

pelo HIV precisa mais do que nunca de qualidade de vida para que possa ter uma melhor perspectiva de sucesso no tratamento e com isso alcança a longevidade.

“No final dos anos 1980, como resultado da luta de ativistas infectados pelo vírus que reclamavam por cidadania e pelo direito à vida, começaram a ser modificadas as representações do doente restrito à sua doença e a ser desconstruídas as associações entre AIDS, morte e exclusão social. ” (DUARTE da COSTA, 2011. p.25).

Sendo assim, graças à luta dos ativistas, algumas “vitórias” foram alcançadas para o bem estar dos soropositivos, o tratamento gratuito independente de classe social, tudo isso em período de muitas lutas políticas, pois o país encontrava-se no período de ditadura militar, e os estigmas à respeito do vírus poderiam ser esclarecidos, o que não quer dizer que o preconceito em torno do HIV tenha diminuído, ele foi mascarado pois, para que não se sofra as consequências na forma da lei, ainda nos tempos atuais falta muito a se esclarecer a população a fim de mostrar que muito desse preconceito está em suas ideias descabidas, para o soropositivo o seu pior inimigo é o preconceito, porque o medo de ter seu diagnóstico revelado o afasta do convívio em sociedade e em sua família.

2.2. O processo histórico do surgimento do HIV/AIDS no local de trabalho

Com essa segunda fase na década de 80, começa a se esclarecer que essa nova doença não era algo que acometia apenas homossexuais, e sim que qualquer pessoa poderia ser infectada, mais ainda que os médicos e cientistas fizessem tal afirmação, muito precisaria se trabalhar para combater o preconceito contra a homossexualidade e a partir de então a essa doença que estava sendo relacionada como exclusivamente ligada à homossexualidade.

“Chega ao Brasil, no início da década de 70, o vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS). Nada se sabia a respeito da doença e o vírus se propaga entre homossexuais, hemofílicos e usuários de drogas, daí surgiu a primeira onda da AIDS. A Segunda onda da AIDS teve início na década de 80, quando os primeiros casos começaram a ser registrados. “Nesta fase os usuários de drogas transmitiam o vírus às suas parceiras sexuais”. (GAMBA, 1998, p.7).

Portanto, começa a se conhecer as formas de transmissão da doença, só então poder trabalhar a prevenção e passar a informação para a população, pois até momento no país, novos grupos de infectados surgiam e com isso houve uma grande

demanda que necessitava de atendimento na da saúde e social, pois esse vírus acometia pessoas de todas as classes sócias e se fazia necessário pensarem como enfrentar tal demanda que carecia de total atenção.

“A incidência da contagiosidade da AIDS foi aguçada não apenas pela sua ligação aos grupos mais atingidos, mas também aos mecanismos de transmissão como sangue e sexo, que, como via de mão dupla, retroalimentam-se e dão a ideia de que a AIDS representa um castigo ao comportamento transgressor, concebido como merecedor, pois foi provocada pelo próprio indivíduo como tal e como membro de algum ‘grupo de risco’”. (SONTAG, 1989, p.56).

Como trabalhar a soro positividade com tanto preconceito em torno de pessoas já devastadas e com o psicológico abalado, com medo de um vírus e todas as incertezas que pairavam em torno da situação, com uma sociedade tão preconceituosa buscar medidas que respaldem o direito desses indivíduos se faz mais que necessário.

Pensar políticas que garantam o bem-estar social desses indivíduos, ao invés de responsabilizar o indivíduo acometido por uma doença cruel, pois é certo que uma pessoa em sã consciência não vai querer se contaminar com um vírus tão impiedoso, que afeta todo o universo social deste indivíduo, como se manter em uma sociedade tão machista e preconceituosa e excludente.

“Apesar de todas as dificuldades existentes, as pessoas portadoras do HIV que procuram um serviço de saúde especializado para serem acompanhadas, têm neste local um ambiente propício para colocar suas angústias, seus medos, suas inseguranças e fragilidades, e os profissionais que as assistem, são muitas vezes as principais e únicas parcerias para quem declararam a sua condição, pois ali eles podem confiar na possibilidade de continuarem vivos, bem de saúde e resguardados da discriminação que a sociedade oferece”. (LENT e VALLE, 1998, p.58).

Com certeza o atendimento de saúde no Brasil precisa melhorar muito, mais o soropositivo precisa iniciar o tratamento tão logo ele seja diagnosticado, pois é necessário fazer um acompanhamento com especialista, ou seja, uma equipe multidisciplinar, e é fundamental dar continuidade ao tratamento, pois disso depende sua qualidade de vida. “Essas imagens da AIDS partindo-se do ponto de vista da

construção do fenômeno social da doença estavam edificadas, e adônica já era um dos elementos da vida cotidiana das pessoas. ” (HERZLICH e PIERRET, 1992, p.24).

A imagem criada era além da dimensão da doença em se, pois, há também uma dimensão cultural e moral, porque para falar de HIV precisa se falar de sexo o que é um grande tabu, pois a educação sexual não fazia parte da educação informal, o que se tinha na verdade era uma a repressão à sexualidade, falar de sexo na época só se fosse cochichando, poucos tinham coragem para enfrentar uma sociedade de preconceitos morais.

Ocorreu uma significativa mudança tanto na parte de tratamento quanto de valores morais, foi com uma grande mobilização da sociedade civil principalmente, e com o apoio dos governos: federal, estadual, municipal, uma verdadeira ação conjunta foi realizada no enfrentamento dessa nova realidade, que se exigia uma atenção especial, pois surgia uma demanda social que só crescia cada vez mais, o que as manifestações promovidas mesclavam espírito crítico a educação, emboscavam ampliar a consciência e o engajamento público em relação à epidemia.

Vale mencionar, que o trabalho das ONGs teve uma grande participação nas conquistas dos direitos dos soropositivos, elas foram de extrema importância na luta contra o preconceito e principalmente no apoio as pessoas infectadas e suas famílias, as ONGs ofereciam todo tipo de serviço, e muitas buscavam fazer ações sobre as formas de transmissão e mostrar que o soropositivo poderia ter uma vida normal.

“Foi a participação social ativa que garantiu, como nunca se viu antes, um espaço para a voz do doente vivo procurando desbancar as práticas profissionais do modelo tradicional, que se mostraram insuficientes diante de a uma doença com tantos óbices sociais emocionais que fragilizam a pessoa em sua totalidade”. (VALLE, 1998, p.19)

A sociedade civil foi organizada teve um papel importante na ampliação dos direitos das pessoas com HIV, graças a essas organizações que lutaram e realizaram manifestações e campanhas em favor dos soropositivos.

“A formulação de legislação específica sobre HIV/AIDS pelo Governo Federal é outro grande avanço a ser destacado. Em 1988, os Ministérios da Saúde e do Trabalho determinaram a inclusão de ações de prevenção ao HIV/AIDS nas atividades das CIPAS. Daí resulta a instituição, em âmbito nacional, da Campanha Interna de Prevenção à AIDS, com a finalidade de

divulgar informações e estimular nos locais de trabalho a adoção de medidas preventivas contra a AIDS". (PIMENTA, 2002, p.22).

A parceria mais do que necessária para se trabalhar o bem-estar dos trabalhadores uma vez, quando fazemos essa ação, além de beneficiar a empresa vai ajuda a resguarda os direitos dos mesmos.

"No ano de 1992, o Programa Nacional de DST/ AIDS, financiado pelo Banco Mundial, no qual dentro do item prevenção, deva ser incluído o assunto AIDS no local de trabalho; foram então criados 27 (Vinte e sete) Centros de Referência de AIDS no país, onde os profissionais foram altamente treinados, foram também produzidos materiais de comunicação e educação e apoio financeiro a projetos de prevenção as comunidades". (OSÓRIO, 1998, p.16).

Portanto, a prevenção e atenção ao HIV, é mais do que importante em todos os setores da sociedade, e também é importante somar a isso o maior numera de profissionais possíveis para se trabalhar essa demanda e capacita-los para desempenha um bom trabalho, e produzir material de apoio para esclarecer esses trabalhadores de seus direitos e deveres, a ideia de desenvolver projetos de prevenção do HIV nas comunidades seria uma ótima iniciativa, pena que a ideia não foi levada a diante.

De acordo com GAMBA "1998, p.14' "Em agosto de 1992, o Ministério do Trabalho e da Saúde, publicaram a portaria nº869, proibindo a exigência do teste anti-HIV para servidores públicos, nos exames adicionais e nos exames periódicos." O que gerou tumulto e discussão naquela época.

Sendo assim, caracteriza-se discriminação passível de se responder nas formas da lei, como trabalhar com pessoas que tem costumes e educação totalmente diferentes umas das outras, e toda empresa deve ser preparada para informar e educar seus funcionários a respeito das questões pertinentes a sua saúde.

"É totalmente vedada à dispensa do trabalhador portador de HIV, conforme disposto no artigo 7º. Inciso I da constituição Federal; o empregador tem, no entanto, o direito pode ser ativo, ou seja, pode demitir, desde que sejam pagos os direitos do empregado despedido; entretanto para evitar arbitrariedade, existe a penalidade contida na constituição Federal. Uma vez que ocorra a arbitrariedade, o empregado deve recorrer ao poder judiciário para fazer valer os seus direitos". (apud. ONUSIDA, 1998, p.8).

Pela demissão por discriminação, cabe ação trabalhista com finalidade de reintegração, e se a demissão por discriminação for vexatória, o pedido poderá ser cumulado por indenização por danos morais.

3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA EFETIVAÇÃO NO ACESSO AO DIREITO DO TRABALHADOR VIVENDO COM HIV/AIDS

O texto a abaixo mostra a luta que para o cidadão brasileiro ter seu direito efetivado, o conhecimento com relação aos nossos direitos, o próprio autor nos leva para a imensidão desses direitos que vai além da efetivação por meio das Leis e, obviamente que não podemos esperar de mãos atadas que sejamos assegurados em nossos direitos, sem que haja uma persistente luta diária, para que tais direitos venham a ser assegurados, e que busquemos sempre a ampliação no o acesso a eles, hoje o que vemos são os movimentos sociais enfraquecidos, tais movimentos que tiveram e tem muita importância na contribuição das conquistas de políticas públicas para a saúde e em específico, as políticas voltadas para HIV/AIDS, hoje nosso maior desafio, é lutar a favor de manter esses direitos conquistados.

“Os poucos estudos existentes no Brasil, sobre direito à saúde, ou mesmo sobre o direito sanitário, limitam-se a realizar análises legislativas, abordando natureza jurídica, formas de efetivação, tutelas jurisdicional e relação com outros ramos do direito. Em relação ao direito a saúde, há um certo consenso quanto ao seu caráter público, subjetivo, exigível contra o Estado, bem como de sua estreita relação com outros ramos do direito, por Júlio Cesar de Sá da Rocha, como um direito pluritutelável, isto é, tutelado, por diferentes ramos do direito, por diferentes microsistemas, o que reforça seu caráter de direito interdisciplinar.” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008, p.12, apud, ROCHA, 1999, p. 49)

É no auge da epidemia da década de 80, que a sociedade civil, unia forças a favor dos direitos das pessoas com HIV/AIDS, um novo cenário se formava, para assegurar que essas pessoas pudessem ter acesso a saúde de qualidade, ao tratamento gratuito, a distribuição de remédios nas redes públicas de saúde, entre outros direitos reivindicados por uma parte da população que não se calava na busca de seu, frente a um governo injusto e opressor, o bem estar econômico, cultural e social, essa imposição diante de um Estado, aliado a um sistema capitalista e injusto, que visa somente o lucro, e conseqüentemente a exploração de uma classe totalmente dominada, e alienada a esse sistema.

“Apesar da diferente abordagem para o enfrentamento da epidemia, princípios, diretrizes e prioridades de ação, todos esses

atores que, de forma direta ou indireta, engajaram-se na luta contra a AIDS, possuem em comum o desejo e a vontade de garantir direitos sociais de pessoas soropositivas e soronegativas. Para as primeiras, as lutas implicam o reconhecimento e a garantia do direito a uma vida digna e livre de qualquer tipo de preconceito, discriminação e desigualdade. Para as segundas, significa o direito ao acesso à informação e aos meios de prevenção da doença. Neste sentido, o movimento de luta contra AIDS atua em busca de transformações éticas, pautadas por valores como dignidade, igualdade, respeito à diferença. " (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008, p.15)

Todos esses reconhecimentos de lutas foram importantes nas conquistas de direitos a essas pessoas, grupos de vários segmentos em favor de um mesmo objetivo, que foi lutar por direitos, igualdade e justiça social, levaram a implantação de políticas públicas no âmbito da saúde, e em específico para as pessoas que vivem com HIV/AIDS, essas demanda que levar com muita força uma opressão as autoridades públicas, que eles precisam ser assistidos enquanto cidadãos portadores de direitos, e que refletindo todo historicidade, sempre estiveram a margem de uma sociedade preconceituosa e conservadora.

"Se 1985 é um marco na história do enfrentamento da epidemia de AIDS em todo o mundo, com a comercialização do teste anti-HIV, que criou uma nova categoria de pacientes, os soropositivos, 1987 foi um marco no Brasil e no mundo do ponto de vista das medidas governamentais, nacionais e globais...Os recursos para cooperação externa do governo norte-americano eram bastante limitados e o Brasil pouco se beneficiou deles nesse primeiro momento, aqui, a desvinculação do Programa Nacional da Divisão de Dermatologia Sanitária e a criação da Divisão de Ist/Aids no Ministério da Saúde e programas de AIDS nas secretarias estaduais, levaram a Política Nacional da AIDS a ganhar novas proporções e recursos para as ações de prevenção e controle." (TEODORESCO, 2015, p.155)

"A partir da Constituição de 1988, a saúde passou a ser "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças. " (Brasil, 1988)

Diante da reflexão do autor, apesar da grande conquista da Constituição Federal de 1988, e a promulgação do Sistema Único de Saúde (SUS) com a Lei 8080/90, ainda hoje parece distante a saúde Universal para todos, uma saúde de qualidade para atender a toda população necessitada de bons serviços prestados nessa área e demais áreas, sendo ela um dos três elementos que compõe a seguridade social, juntamente com a previdência e a assistência social, deveríamos ter acesso a uma saúde de qualidade, eis aí, a necessidade da sociedade civil, se unir para lutar e pressionar um Estado neoliberal, que nos assiste o mínimo, no acesso aos nossos direitos, deixando claro que muitas conquistas obtivemos com lutas de pessoas que “abraçaram” a causa, por uma saúde digna e de qualidade.

“A implantação de programas de AIDS em todo território nacional se deu na primeira gestão de Lair Guerra entre 1987 e 1990. No início de 1987, foi criada fortemente a Divisão de DST/AIDS do Ministério da Saúde, consumando a desvinculação do Programa Nacional da Divisão de Dermatologia Sanitária. A proposta não foi facilmente aceita por muitos técnicos da dermatologia sanitária dos estados, mas foram votos vencidos. A criação de um programa específico para AIDS contou com o apoio do então secretário-executivo do Ministério da Saúde, Antônio Carlos Azevedo, com essa medida, a gestão do ministro Roberto Santos marcou o novo rumo institucional para as políticas públicas de aids, em âmbito federal”. (TEODORESCU, 2015, p.161).

“Em 1989, profissionais da saúde e membro da sociedade civil criaram, com o apoio de Departamento de DST/AIDS e Hepatites Virais, a Declaração dos Direitos Fundamentais da Pessoa Vivendo com HIV/AIDS. ” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA VIVENDO COM HIV/AIDS, 1989) O documento foi aprovado no Encontro Nacional de ONG que trabalha com AIDS (ENONG), em Porto Alegre (RS): (BRASIL, IST-AIDS e HEPATITES VIRAIS).

Diante de todos esses direitos voltados as pessoas vivendo com HIV/AIDS, pode-se afirmar com toda certeza que muito já foi feito, porém ainda a muito a se fazer, por essas pessoas que até os dias de hoje sofrem preconceito e discriminação, por uma sociedade tão ignorante e preconceituosa. O que talvez nos permita afirmar, que o maior desafio para se fazer valer esses direitos, está diante de uma sociedade, tão injusta e fatalista, no que concerne a essas pessoas, é nesse viés que buscamos sempre lutar por igualdade e justiça social para todos.

“A criação do Sistema Único de Saúde (SUS), respaldado pela Constituição de 1988 foi fundamental para desenvolvimento da política brasileira de AIDS que se

desenharia nos anos seguintes. " (ABIA, 2006) O programa brasileiro no controle da epidemia não teria logrado o êxito e reconhecimento internacional sem a existência do SUS.

O Sistema Único de Saúde é uma resposta a população brasileira que merece um atendimento de saúde digno, pena que na prática o SUS deixe tanto a desejar na verdade não é exatamente o SUS, e sim os governantes que não investem em melhoria da saúde, pois se fosse posto em prática o SUS que está no papel o povo não teria do que reclamar, mas como a esperança e a última que morre temos que ter fé que um dia a saúde vai funcionar.

É necessário mencionar os Direitos Fundamentais no que tange aos pacientes com HIV/AIDS, sendo os mesmos atendidos diariamente nas unidades de saúde. É relevante ressaltar a importância e a aprovação da Declaração dos Direitos Fundamentais da pessoa com HIV/AIDS, tendo como premissa o período histórico de lutas a partir de 1989.

3.1. Direitos fundamentais dos portadores do vírus HIV

Pela Constituição brasileira, os portadores do HIV, assim como todo e qualquer cidadão brasileiro, têm obrigações e direitos garantidos. Entre eles: dignidade humana e acesso à saúde pública e, por isso, estão amparados pela lei. O Brasil possui legislação específica dos grupos mais vulneráveis ao preconceito e à discriminação, como homossexuais, mulheres, negros, crianças, idosos, portadores de doenças crônicas infecciosas e de deficiência.

Em 1989, profissionais da saúde e membros da sociedade civil criaram, com o apoio do Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais, a Declaração dos Direitos Fundamentais da Pessoa Portadora do Vírus da AIDS. O documento foi aprovado no Encontro Nacional de ONG que Trabalham com AIDS (ENONG), em Porto Alegre (RS):

I- Todas as pessoas têm direito à informação clara, exata, sobre a AIDS.

II – Os portadores do vírus têm direito a informações específicas sobre sua condição.

III - Todo portador do vírus da AIDS tem direito à assistência e ao tratamento, dados sem qualquer restrição, garantindo sua melhor qualidade de vida.

IV - Nenhum portador do vírus será submetido a isolamento, quarentena ou qualquer tipo de discriminação.

V - Ninguém tem o direito de restringir a liberdade ou os direitos das pessoas pelo único motivo de serem portadoras do HIV/AIDS, qualquer que seja sua raça, nacionalidade, religião, sexo ou orientação sexual.

VI - Todo portador do vírus da AIDS tem direito à participação em todos os aspectos da vida social. Toda ação que visar a recusar aos portadores do HIV/AIDS um emprego, um alojamento, uma assistência ou a privá-los disso, ou que tenda a restringi-los à participação em atividades coletivas, escolares e militares, deve ser considerada discriminatória e ser punida por lei.

VII - Todas as pessoas têm direito de receber sangue e hemoderivados, órgãos ou tecidos que tenham sido rigorosamente testados para o HIV.

VIII - Ninguém poderá fazer referência à doença de alguém, passada ou futura, ou ao resultado de seus testes para o HIV/AIDS, sem o consentimento da pessoa envolvida. A privacidade do portador do vírus deverá ser assegurada por todos os serviços médicos e assistenciais.

IX - Ninguém será submetido aos testes de HIV/AIDS compulsoriamente, em caso algum. Os testes de AIDS deverão ser usados exclusivamente para fins diagnósticos, controle de transfusões e transplantes, estudos epidemiológicos e nunca qualquer tipo de controle de pessoas ou populações. Em todos os casos de testes, os interessados deverão ser informados. Os resultados deverão ser transmitidos por um profissional competente.

X - Todo portador do vírus tem direito a comunicar apenas às pessoas que deseja seu estado de saúde e o resultado dos seus testes.

XI - Toda pessoa com HIV/AIDS tem direito à continuação de sua vida civil, profissional, sexual e afetiva. Nenhuma ação poderá restringir seus direitos completos à cidadania.

O Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais tem apoiado organizações da sociedade civil para atuar na defesa dos direitos dos soropositivos e das populações vulneráveis no país com recursos financeiros. Essas instituições recebem denúncias, assessoram vítimas de discriminação e preconceito, fornecem informações sobre legislação e AIDS, além de garantirem o devido acompanhamento das ações judiciais, quando necessário.

3.2. Saque do FGTS

É possível o saque integral do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) em razão de doença grave, entre elas o HIV/AIDS. As pessoas vivendo com HIV/AIDS ou a pessoa que possui dependente vivendo com HIV/AIDS pode requerer junto à Caixa Econômica Federal o saque do FGTS, portando atestado médico no qual conste o nome da doença ou o código da Classificação Internacional de Doenças (CID respectivo); Carteira de Trabalho e Previdência Social; identificação de trabalhador/a ou diretor/a, inscrição no PIS/PASEP e, se for o caso, comprovar relação de dependência.

3.3. Isenção no Imposto de Renda

A pessoa que foi diagnosticada com aids pode receber os valores, em razão de aposentadoria, reforma ou pensão, isentos de imposto de renda. Para reconhecimento de isenção, a doença deve ser comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial, no caso de doenças passíveis de controle.

Os rendimentos recebidos de aposentadoria ou pensão, embora acumuladamente, não sofrem tributação por força do disposto na Lei 7.713/88, que isenta referidos rendimentos recebidos por portador de doença grave. A isenção aplica-se aos rendimentos de aposentadoria, reforma ou pensão, inclusive os recebidos acumuladamente, relativos ao período anterior à data em que foi contraída a moléstia grave, desde que percebidos a partir: Do mês da concessão da pensão, aposentadoria ou reforma, se a doença for preexistente ou a aposentadoria ou reforma for por ela motivada; Do mês da emissão do laudo pericial que reconhecer a doença contraída após a aposentadoria, reforma ou concessão da pensão; Da data em que a doença for contraída, quando identificada no laudo pericial emitido posteriormente à concessão da pensão, aposentadoria ou reforma; A comprovação deve ser feita mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Por fim, os valores recebidos a título de pensão, em cumprimento de acordo ou decisão judicial, inclusive a prestação de alimentos provisionais, estão contemplados pela isenção de portadores de moléstia grave.

3.4. Sigilo no trabalho

O portador do vírus tem o direito de manter em sigilo a sua condição sorológica no ambiente de trabalho, como também em exames admissionais, periódicos ou dimensionais. Ninguém é obrigado a contar sua sorologia, senão em virtude da lei. A lei, por sua vez, só obriga a realização do teste nos casos de doação de sangue, órgãos e esperma. A exigência de exame para admissão, permanência ou demissão por razão da sorologia positiva para o HIV é ilegal e constitui ato de discriminação. No caso de discriminação no trabalho, por parte de empresa privada, recomenda-se registrar o ocorrido na Delegacia do Trabalho mais próxima.

3.5. Auxílio-doença

Esse benefício é concedido a qualquer cidadão brasileiro que seja segurado (pague o seguro em dia) e que não possa trabalhar por conta de doença ou acidente por mais de 15 dias consecutivos. A pessoa que vive com HIV/AIDS ou com hepatopatia grave terá direito ao benefício sem a necessidade de cumprir o prazo mínimo de contribuição e desde que tenha qualidade de segurado. O auxílio-doença deixa de ser pago quando o segurado recupera a capacidade e retorna ao trabalho ou quando o benefício se transforma em aposentadoria por invalidez. Nesses casos, a concessão de auxílio-doença ocorrerá após comprovação da incapacidade em exame médico pericial da Previdência Social. Todo o procedimento administrativo relativo ao benefício, está regulado pelos artigos 274 a 287 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 6 de agosto de 2010.

3.6. Aposentadoria por invalidez

As pessoas que vivem com HIV/AIDS ou com hepatopatia grave têm direito a esse benefício, mas precisam passar por perícia médica de dois em dois anos, se não, o benefício é suspenso. A aposentadoria deixa de ser paga quando o segurado recupera a capacidade e volta ao trabalho. Para ter direito ao benefício, o trabalhador tem que contribuir para a Previdência Social por no mínimo 12 meses, no caso de doença. Se for acidente, esse prazo de carência não é exigido, mas é preciso estar inscrito na Previdência Social. Não tem direito à aposentadoria por invalidez quem, ao se filiar à Previdência Social, já tiver doença ou lesão que geraria o benefício, a não ser quando a incapacidade resultar no agravamento da enfermidade. Todo o procedimento administrativo relativo ao benefício, está regulado pelos artigos 201 a 212 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 6 de agosto de 2010.

3.7. Nos transportes

Alguns estados concedem gratuidade no transporte coletivo para pessoas que vivem com HIV/AIDS (transporte intermunicipal). Por sua vez, alguns dos municípios possuem legislação que isenta a pessoa vivendo com HIV/AIDS do pagamento da tarifa de transporte coletivo urbano. Consulte a secretaria de seu estado e município.

4. O PORTADOR DO VÍRUS HIV E SUA ESTABILIDADE NO EMPREGO

Diante do contrato efetuado entre o empregado e o empregador com a finalidade da troca dos serviços prestados por uma remuneração periódica, a questão da AIDS coloca em jogo direitos subjetivos e objetivos fundamentais: de um lado, o direito do cidadão ao trabalho de não ser discriminado, a preservação da intimidade, impedindo que seja conhecido o seu estado de saúde, pelas graves consequências que o conhecimento provoca.

Diante da contraposição desses direitos fundamentais, torna-se urgente a definição de políticas a serem adotadas pelo governo e por entidades sindicais, para tornar efetivo o exercício desses direitos. Apesar de não existir convenção ou recomendações específicas. Existem alguns instrumentos internacionais que poderão fornecer subsídios e critérios para formulação de políticas que protejam os direitos dos empregados e a saúde pública.

O convívio no trabalho com pessoas infectadas não traz risco de contaminação. O portador, homem ou mulher, pode levar anos para apresentar algum problema de saúde, podendo realizar suas atividades profissionais normalmente e continuar as tarefas cotidianas que sua saúde permitir.

No Brasil existem três regimes que regulam as relações de trabalho: O dos Servidores Públicos Civis, no âmbito federal regulado pela Lei 8.112/90, e nos Estados e Município pelas leis locais respectivas; os dos Servidores Militares, no âmbito federal são regulados pela Lei 6.880/80, e no âmbito estadual, são regidos pelas leis estaduais respectivas. E o dos trabalhadores das empresas privadas e de economia mista, regidos e todo território nacional pela CLT- Consolidação das Leis do Trabalho. Quanto aos sistemas previdenciários, os militares e servidores civis tem seu próprio sistema, tratado nas mesmas leis acima referidas.

O trabalhador celetista é obrigatoriamente filiado à previdência social, regulada pela Lei 8.213/91. Reúne-se a legislação a respeito em quatro grupos. O primeiro reunirá as leis comuns a todos os trabalhadores, bem como demais, como inicialmente disposto (Servidor Civil, Militar e celetista). Antes porém vale trazer

algumas considerações iniciais. O exercício da atividade profissional por parte das pessoas com AIDS sofre implicações sócias e econômicas importantes em função do diagnóstico da doença.

Proteger os direitos humanos e a dignidade das pessoas infectadas pelo HIV e doentes com AIDS. Evitando toda medida discriminatória ou estigmatizarão contra elas na provisão de serviços, empregos e viagens; garantir a índole confidencial das provas do HIV e promover a disponibilidade de assessoramento confidencial a outros serviços de apoio.

Todas essas recomendações foram integralmente acolhidas pela Constituição Federal em 1988, espelhando-se nos dispositivos constitucionais os princípios inovadores e de grande avanço para todos em especial para o trabalhador brasileiro: proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art.7º inciso I), possibilitando-se a reintegração de vários trabalhadores assintomáticos demitidos por mera discriminação. Quanto aos trabalhadores já portadores de sintomas, a própria CLT proíbe a demissão, obrigando o afastamento para tratamento de saúde.

A garantia de inviolabilidade da integridade física, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano moral e material decorrente de sua violação (art.5º inciso X). Esse dispositivo possibilita a punição de todo aquele que, no exercício ou não de seu ofício, revele fatos que violem a intimidade do portador do vírus causando-lhe prejuízos: a obrigatoriedade do Estado no atendimento à saúde, a previdência e a assistência social, através de políticas sociais e econômicas que reduzem os riscos de doenças e de outros agravos, promovendo o acesso universal as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

No Brasil, desde agosto de 1988, a Portaria Interministerial MTB/MS N°3.195 instituiu, em âmbito nacional, a Campanha interna de Prevenção da AIDS (CIPAS), a ser realizada permanentemente pelos órgãos da administração direta, indireta, empresas públicas e privadas, sob a supervisão do Ministério do Trabalho e do Ministério da Saúde.

Obrigatoriedade de Exames Médicos dos Empregados: No direito do trabalho brasileiro, vigora o sistema e exames médicos periódicos aos empregados, na forme fixada pelo Ministério do Trabalho, independentemente de epidemia. A Consolidação da Legislação Trabalhista refere-se a obrigatoriedade dos exames médicos, em seu art.168.

Quando falamos sobre a realidade da AIDS, estamos nos referindo a uma realidade nova e complexa, de ação e reação dos indivíduos e da sociedade, a cada

avanço científico da medicina em torno desta enfermidade. Transformar a realidade de uma epidemia como o HIV/AIDS torna-se objeto de diferentes estudos dentro das ciências sociais, no entanto é indiscutível que os meios para atingir tal realidade perpassam o conhecimento, a ação educativa, a forma de absorção e de distribuição deste conteúdo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste artigo científico, tive a oportunidade de notar diversas situações que os trabalhadores vivenciam em seu cotidiano. Apesar dos trabalhadores terem a percepção da morte anunciada devido ao HIV/AIDS, mas também trabalhar questões como preconceito e solidariedade em relação a AIDS. Uma das dificuldades encontradas pelo trabalhador com a doença HIV/AIDS é ter que faltar ao trabalho para ir às consultas médicas, sem ter seu diagnóstico descoberto pelos patrões, visto que, quando o trabalhador recebe do médico o atestado, este contém o nome do hospital que é referência em nosso Estado para diagnóstico e tratamento de doenças, sendo ele a Fundação de Medicina Tropical do Amazonas, apesar de que AIDS não é o único tratamento deste hospital, mas o preconceito sempre “fala mais alto”.

Fora observado que no contexto histórico todas as batalhas enfrentadas, por isso, esses indivíduos, que em sua grande maioria precisaram buscar enfrentamento da doença de forma silenciosa, o que falta realmente é informação a respeito das formas de transmissão da doença a partir de conhecimentos e informações sobre a doença. Com isso percebemos e consideramos essencial as informações e os esclarecimentos que devem ser fornecidos a toda sociedade. E ao se compreender os múltiplos aspectos da AIDS, com o tratamento que existe a possibilidade desse indivíduo de ter uma vida com qualidade obvio com alguns cuidados.

Também é de suma importância orientar esses trabalhadores quanto aos seus direitos, que estão assegurados por lei e as políticas públicas que pode melhorar a qualidade de vida desse trabalhador. O portador de HIV não pode ser demitido devido à doença. Tem direito a transporte gratuito e a sacar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Mas duas décadas após a criação do Programa Nacional de DST e AIDS, do Ministério da Saúde, fundamental na garantia dos benefícios, muitos ainda são vítimas de preconceito no trabalho e em outras atividades. A formulação de legislação específica sobre HIV/AIDS pelo Governo Federal é outro grande avanço a ser destacado Trabalho determinaram a inclusão de ações de prevenção ao HIV/AIDS nas atividades das CIPAS. Daí resulta a instituição, em âmbito nacional, da Campanha Interna de Prevenção à AIDS, com a finalidade de divulgar informações e estimular nos locais de trabalho a adoção de medidas preventivas contra a AIDS. A AIDS atinge

homens, mulheres, crianças e idosos, demonstrando que o controle da doença requer uma política de saúde bem definida, sistemática e de amplo alcance englobando serviços de orientação, prevenção e assistência, cujo objetivo é a erradicação da doença.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA MRCB, Labronici ML.1. **A trajetória silenciosa de pessoas portadoras do HIV contada pela história oral.** Cad Saúde Col. 2007;12(1):263-74. As Respostas das organizações não-governamentais frente a epidemia de HIV/AIDS.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do trabalho e direitos fundamentais.** São Paulo: LTr, 2002.

VILLAÇA, Marcos de Azevedo. **Aids e responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARGONAR, Regiane. **O empregado portador do vírus HIV/AIDS.** São Paulo: LTr, 2006.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (Brasil). 4. **Boletim Epidemiológico DST/AIDS.** Brasília (Brasil); 2007 dez; 12-3.

OLMOS, Cristiana Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória.** São Paulo: LTr, 2008.

ONUSIDA: Le HIV/SIDA surlelieu de travail: Enquête de solutions nouvelles dans les entreprises, coleção Melhores práticas da ONUSIDA (Genebra, 1988).

REIS JR., Wagner Gusmão. **Garantia de emprego ao portador do vírus da AIDS.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Pimenta, Maria Cristina. **HIV/AIDS no mundo do trabalho: as ações e a legislação brasileira** / MariaCristina Pimenta ;VerianoTerto Júnior ; João Hilário Valentim ; Moema Prado(Org.) ; Maria Beatriz Cunha (Coord.) ; Organização Internacional do Trabalho.– Brasília : OIT, 2002.

PARKER, Richard G. Políticas, Instituições e AIDS: **enfrentando a epidemia no Brasil.** Rio de Janeiro: Relume-Damara: ABIA, 1994. p.69-108.

TEIXEIRA, Paulo Roberto Histórias da aids no Brasil, v. 2: **a sociedade civil se organiza pela luta contra a AIDS** / Lindinalva Laurindo-Teodorescu e Paulo Roberto Teixeira. -

- Brasília:Ministério da Saúde/Secretaria de Vigilância em Saúde/Departamento de DST,Aids e Hepatites Virais, 2015. p 360.

VILLAÇA, Marcos de Azevedo. **AIDS e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2002.

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA CIRURGIA DE MUDANÇA DE GÊNERO NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL

MARIA BEATRIZ GOMES DA COSTA:
graduanda em Direito na faculdade UNA,
campus Contagem.

RESUMO: O principal objetivo deste trabalho é a abordagem sobre a identidade do transexual resignado sob a égide jurídica. A cirurgia de sexo no transexual envolve vários aspectos sobre o direito de ser 'eu', do direito de ser transexual, desde a alteração do nome e do sexo em seu Registro Civil, ao casamento civil e outros direitos inerentes. Busca-se fazer considerações acerca dos transexuais, outras orientações sexuais e da cirurgia de redesignação. Por derradeiro, após a realização da cirurgia de transgenitalização, o indivíduo transexual busca por via judicial a alteração de seu nome e sexo em seu registro civil, com o intuito de completar sua felicidade e firmar sua nova personalidade. Além da interpretação da jurisprudência atual, pertinentes ao tema proposto, entende-se a importância do estudo, uma vez que atualmente predomina-se o entendimento de que deferir tais pedidos é uma forma de atender aos princípios constitucionais inseridos na Carta Magna de 1988. Não se pode descartar a legalidade desta cirurgia, que assegura os direitos deste 'ser de direitos', visando proteger o cidadão, mesmo sendo este, uma parcela da minoria.

Palavras-chaves: Transexual; redesignação; princípios Constitucionais.

ABSTRACT: The main objective of this work is to approach the identity of the resigned transsexual under the legal aegis. Transsexual sex surgery involves several aspects of the right to be 'me', the right to be transsexual, from changing the name and sex in your Civil Registry, to civil marriage and other inherent rights. It seeks to make considerations about transsexuals, other sexual orientations and reassignment surgery. Ultimately, after undergoing transgenitalization surgery, the transsexual individual seeks judicially to change his name and sex in his civil registry, in order to complete his happiness and establish his new personality. In addition to the interpretation of current jurisprudence, pertinent to the proposed theme, the importance of the study is understood, since currently the prevailing understanding is that granting such requests is a way of complying with the constitutional principles included in the 1988 Constitution. one can rule out the legality of this surgery, which ensures the rights of this 'being of rights', aiming to protect the citizen, even if he is a minority.

Keywords: Transsexual; reassignment; constitutional principles.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Do transexualismo; 3 Da Cirurgia de mudança de sexo e alteração do registro; 4 Direito de Personalidade; 4.1 Direito ao nome civil; 5 Princípios Constitucionais e o Direito de ser “eu”; 5.1 A questão do transexual e efeitos em relação ao casamento; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A transexualidade está relacionada à identidade de gênero do indivíduo, que não guarda relação com o gênero que o atrai sexualmente, ou seja, o transexual poderá se sentir atraído, seja pelo mesmo sexo que o seu, seja pelo sexo oposto, como os homossexuais, seja por ambos os sexos, como os bissexuais. O indivíduo transexual não se define pelo seu sexo biológico, ele se define pelo desejo íntimo e intenso de pertencer ao sexo oposto do que possui.

O transexual possui incompatibilidades do seu sexo físico com o sexo psicológico. É um indivíduo infeliz com o seu corpo, desejando compulsivamente a mudança de seus órgãos genitais, por intervenção cirúrgica.

Em 2002, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.652, publicada em novembro, fixou alguns requisitos para o cumprimento da intervenção cirúrgica. Seria uma questão de saúde psíquica, levando a considerar que seu diagnóstico preciso é a cirurgia de transgenitalização.

A transexualidade é abordada de forma ampla pela Organização Mundial de Saúde (OMS), a Classificação Internacional de Saúde – CID e o Conselho Federal de Medicina (CFM). Para o exercício pleno de sua liberdade sexual e que vivem em constantes angústias e sofrimentos de ordem psíquica, o transexual busca a cirurgia de redesignação sexual que permite a mudança da genitália, ou seja, o aparelho sexual masculino é transformado no feminino ou vice-versa. Não há alterações genéticas, apenas estéticas.

Estudos da psicologia e psicanálise justificam a cirurgia de redesignação sexual como uma modificação estética, pois, a cirurgia coloca o transexual em paz consigo mesmo, ao adequar sua condição física com sua condição psicológica.

Nesse compasso, este estudo pretende provar que o transexual que mudou de sexo tem direitos enraizados na Constituição Federal, por intermédio dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, Liberdade e Direitos de Personalidade. Nesse ínterim, uma vez que é objetivo fundamental do Estado construir uma sociedade livre, soberana, justa, bem como, promover o bem social a todos, sem qualquer tipo de

preconceito, constituindo direitos sociais é inadmissível que essa intervenção cirúrgica seja tratada como apenas como um *fetichê* para estes indivíduos.

Destarte, o Brasil deve buscar através do Direito acompanhar as transformações sociais, regulamentando para direitos e obrigações decorrentes de tal intervenção, para que este indivíduo conquiste um dos mais importantes direitos, qual seja, o direito de ser 'Eu'.

2 DO TRANSEXUALISMO

O indivíduo nasce com um sexo fisicamente definido, mas, em algumas pessoas, há a nítida percepção de que ela nasceu com o sexo errado e recusa, em razão disso, o seu sexo morfológico. A identificação do sexo é feita pelas caracterizações dos genitais visíveis, no momento do nascimento.

Porém, não se pode afirmar o sexo desse indivíduo apenas por suas características físicas e externas. Junto ao lado externo concorre o elemento psicológico, ou seja, o indivíduo transexual feminino possui em seu campo psicológico, as características masculinas e vice-versa. E talvez esse seja o elemento mais importante de uma pessoa, porque inerente à sua personalidade, traço marcante que individualiza e determina as características marcantes de uma pessoa.

Não obstante, a incompatibilidade do sexo físico com o sexo psicológico, também é conhecida como Síndrome da Disforia de Gênero e Síndrome de Benjamim. A Síndrome da Disforia de Gênero é considerada como transtorno de identidade sexual, com a denominação empregada como "transexualidade". Tratando-se, então, de um fenômeno não tão raro, que está intimamente ligado à percepção que o indivíduo tem de si mesmo.

A Disforia de Gênero encontra-se catalogada na Classificação Internacional de Doenças (CID 10), cujo código é F.64.0: F64 Transtornos da Identidade Sexual. Podendo ser definida como sendo a manifestação pela qual o indivíduo nasce visivelmente e anatomicamente de um sexo, porém, psicologicamente, acredita que pertence ao sexo oposto, não se identificando de maneira nenhuma com o seu sexo biológico.

A Síndrome de Harry Benjamin é conhecida como uma condição intersexual que se desenvolve durante a gestação, interferindo no processo de diferenciação sexual homem - mulher. Essa Síndrome é causada por fatores genéticos, ocorrendo quando o cérebro se desenvolve para determinado sexo e o resto do corpo se desenvolve com características do sexo oposto, sendo necessária uma reabilitação física do fenótipo e sistema endócrino para ajustá-lo à verdadeira identidade de gênero da pessoa, a qual vem determinada pela estrutura cerebral. Em comparação a outras condições

intersexuais, a Síndrome de Harry Benjamin não era percebida no nascimento, somente, mais tarde na infância ou durante a adolescência.

Na mitologia grego-romana, o transexual foi referência através de muitos deuses. Vênus Castina se preocupava e simpatizava com os anseios de almas femininas presas em corpos masculinos, encontrada em indivíduos, cuja, mudança de sexo não se dava por desejo, mas, sim por punição divina.

Importante ressaltar que, foi a partir dos estudos do médico Harry Benjamim¹¹¹, em 1952, na Dinamarca, que o soldado americano George Jorgense foi redesignado sexualmente, após passar por uma série de tratamentos hormonais visando à feminilização de sua aparência.

O psicanalista Jacques Lacan¹¹² (1972) afirma que “para ascender o outro sexo é preciso realmente pagar o preço, justamente da pequena diferença que passa enganosamente pelo imaginário, por intermédio do órgão sexual” (LACAN, 1972, p. 98). O entendimento é que um órgão não é um instrumento, é um significante que o transexual não quer mais.

De acordo com o ponto de vista Bíblico o propósito de Deus é que o homem junte-se com a mulher e os dois se tornem “uma só carne”. “Por essa razão, o homem deixará pai e mãe e se unirá à sua mulher, e eles se tornarão uma só carne”, (Gn 2:24)¹¹³, constituindo-se numa família heterossexual, na qual os filhos poderão ser educados em meio a um ambiente sadio e livre de preconceitos.

Na sociedade moderna, as relações sexuais passaram a ser apenas um meio de obter prazer a qualquer custo, sem atentar para as orientações dadas por Deus no

¹¹¹Nesta época, a cirurgia de redesignação era proibida. Foi efetuada apenas a “castração”, com a remoção dos órgãos externos masculinos e não foi construída uma vagina, todavia, as técnicas não eram avançadas. O paciente passou por tratamentos hormonais que lhe deram a aparência de mulher e adotou para si o nome de Christine. A partir daí, sua vida, tornou-se pública e inspirou diversos outros transexuais a assumirem a sua verdadeira identidade sexual. Na verdade, essa não foi a primeira intervenção cirúrgica. Mas, foi a primeira a ser difundida nos meios de comunicação. O paciente faleceu, devido a um câncer na bexiga e no pulmão, aos 62 anos.

¹¹² Em seus estudos, Lacan afirma que os transexuais e seus erros são o de enxergarem na cirurgia de transgenitalização uma metáfora delirante, já que tal intervenção no corpo pretenderia dar conta da inexistência da metáfora paterna

¹¹³O termo “uma carne” significa que assim como o nosso corpo é inteiro e não pode ser dividido em pedaços e ainda ser um inteiro, assim também, Deus estabeleceu o relacionamento matrimonial. Não há mais duas entidades (dois indivíduos), mas agora há apenas uma entidade (um casal). Essa nova união tem várias características.

passado, e para os perigos de não seguir essas orientações. Deus condena o homossexualismo porque ele é totalmente contrário ao propósito original das relações sexuais: procriação e/ou prazer. Tanto o Judaísmo quanto o Cristianismo sempre reconheceram esse fato, defendendo que o homossexual está sob a condenação de Deus.

A Igreja Católica prega que, embora o transexualismo não seja um pecado, os atos sexuais são. O Papa Bento XVI¹¹⁴ afirmava, em seus discursos sobre o tema, que “salvar” a humanidade do comportamento transexual é tão importante quanto salvar as florestas do desmatamento. A Igreja também deve proteger o homem da destruição de si mesmo.

Contudo, notório é que, durante a pesquisa podemos observar que a transexualidade não pode ser considerada apenas uma depravação sexual, mas sim a forma mais extrema de distúrbio da identidade sexual. De acordo com Maria Berenice Dias (2006), o transexual se caracteriza por:

[...] eventual incoincidência entre o sexo aparente e o psicológico que gera problemas de diversas ordens. Além de um profundo conflito individual, repercussões acabam ocorrendo nas áreas médica e jurídica, pois o transexual tem a sensação de que a biologia se equivocou com ele. Ainda que reúna em seu corpo todos os caracteres orgânicos de um dos sexos, seu psiquismo pende, irresistivelmente, ao sexo oposto. Mesmo sendo biologicamente normal, nutre um profundo inconformismo com o sexo biológico e intenso desejo de modificá-lo, o que leva à busca de adequar a externalidade à alma. (DIAS, 2006, p. 102).

Destarte, no entendimento de Tereza Rodrigues Vieira (2004, p. 47), o indivíduo transexual é “o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante ao seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais, se pretende livrar por meio da cirurgia”.

¹¹⁴ É curioso lembrar que há menos de quatro anos circulou a notícia de que o papa Bento XVI, em sua viagem a Berlim, iria receber os líderes do movimento gay.

Contudo, na medicina o tema é superado formalmente, tendo em vista que no ano de 2002 foi editada a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.652/115, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização¹¹⁶ do transexual.

Com a edição da citada Resolução, ao indivíduo transexual é assegurada a intervenção cirúrgica de adequação do sexo físico e psicológico, contanto que sejam preenchidos os requisitos disposto nos artigos 3º e 4º, da citada Resolução:

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo elencados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de outros transtornos mentais.

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalização obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios abaixo definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalização;
- 2) Maior de 18 (dezoito) anos;

¹¹⁵ Na Resolução nº 1.652/2002 do CFM, conceitua o transexual como paciente portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou auto-extermínio.

^{116A} cirurgia de transgenitalização pode ser tanto a transformação do fenótipo masculino em feminino (neocolpovulvoplastia), como do fenótipo feminino em masculino (neofaloplastia).

3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia. (BRASIL, 2002).

O indivíduo transexual não suporta e não gosta de ver, tocar ou ser tocado em sua genitália, não admitindo obter prazer com sua genitália, seja em nível de masturbação ou com o envolvimento de outras pessoas.

Assim, possuindo este indivíduo as características de transexualismo, bem como sendo cumpridas as disposições da Resolução nº 1.652, caberá a realização da cirurgia de transgenitalização.

Os transexuais são considerados indivíduos que não apresentam distúrbios psicológicos, mas, que possuem uma desorganização da personalidade, haja vista, que se veem obrigados a direcionar-se de modo contrário à sua identidade psicosexual.

Estudos apontam que a origem do transexualismo ocorre antes mesmo de a criança possuir a capacidade de discernimento, por volta de dois anos de idade.

Contudo, estudados demonstram que somente na adolescência, com a capacidade do indivíduo tem de compreender a sexualidade, poderá se determinar transexual, sendo somente a partir desse período que o transexual passará a ter uma melhor observação de que houve um erro de natureza quando da sua formação genética, qual seja, "é quando surge a identidade de gênero, que, nesse sentido, é aquela que o indivíduo entende e sente que é, e não aquela identidade que consta no seu registro de nascimento" (DIAS, *apud* VIEIRA, 2006, p. 27).

Neste momento, haverá uma ruptura entre o corpo e a mente do transexual que se sente como se estivesse nascido no corpo errado. "O indivíduo transexual masculino tem ego corporal e psíquico feminino. O transexual feminino é, evidentemente, o contrário" (DIAS, *apud* VIEIRA, 2004, p. 221).

O indivíduo transexual, desta forma, se faz referência sempre ao sexo-alvo, aquele almejado com a cirurgia de mudança de sexo, e não ao sexo original da pessoa, o sexo de nascença. Quando, então, se considera, por outro lado, que cirurgia de redesignação sexual é um meio de resgatar o direito à sua intimidade e formando a sua verdadeira convicção com o corpo e a mente.

Ressalta-se que o transexualismo não é um "descobrimto moderno". Pelo momento, é uma variação comum no desenvolvimento do gênero humano que ocorre naturalmente e que tem sido observado e documentado desde a Antiguidade estando

presente no meio social e podendo estar até o presente, sugerindo debates em torno do tema, não apenas no âmbito social, mas religioso e principalmente jurídico.

3 A CIRURGIA DE MUDANÇA DE SEXO E O DIREITO DE ALTERAÇÃO DO NOME

As indicações médicas - caso exista o preenchimento dos critérios exigidos para o transexualismo - preconizam a predominância do gênero (experiências, comportamento) sobre os elementos biológicos (cromossomas, gônadas, características secundárias), considerando o gênero prévio como um erro ou engano, na qual, pode ser retificado.

Uma vez considerada pela OMS e CFM como um transtorno ou disforia de gênero e um desvio psicológico permanente de identidade sexual, a transexualidade é compreendida, então e, a saúde deste indivíduo transexual necessita curar-se desta enfermidade que sempre o atormentou.

De todo o modo, os transexuais possuem desconfortos e descontentamentos com relação ao seu sexo físico e psicológico, os indivíduos transexuais lutam incansavelmente para a realização da cirurgia de redesignação de sexo, a fim de poderem se adequar harmonicamente com seu sexo físico e psicológico. Portanto, precisam preencher requisitos para poderem ter o direito à citada intervenção cirúrgica, os quais serão estudados ao longo do capítulo.

A pretensão inicial e final do transexual é adequar-se. Este indivíduo procura a adequação através de tratamento de psicanálise, psicológicos, hormonais e/ou cirúrgicos. Tudo com o objetivo de integrar-se na sociedade dentro do seu verdadeiro sexo: o psicológico e biológico.

Tendo por viés que o transexualismo é um transtorno diagnosticável, passível de tratamento, e assim, inclui a readequação do sexo, visando adequar o sexo anatômico com o sexo psíquico, uma vez que os indivíduos portadores de transexualismo devem ter garantido seu direito de à viverem com dignidade.

A psiquiatria reconhece o transexualismo como uma doença (CID-10 sob o nº F 64.0 - Transexualismo)¹¹⁷, denominada de transtornos de personalidade da identidade sexual¹¹⁸.

Não obstante, a “mudança de sexo” através da intervenção cirúrgica de transgenitalização, que corresponde, a uma série de extensas intervenções cirúrgicas, com a ablação de órgãos (pênis, mama, útero, ovários), reconstrução de uma nova genitália e tratamento hormonal para transformação dos caracteres sexuais secundários, capazes de garantir a segurança da decisão em proceder-se à modificação do sexo biológico dos transexuais.

Para concretizar o procedimento da cirurgia, hoje, custeada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), que teria nítida finalidade terapêutica, a Resolução do Conselho Federal de Medicina mencionada, estabelece requisitos outros a serem observados, ao dispor no seguinte sentido: “a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá à avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico-psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios abaixo definidos, após dois anos de acompanhamento conjunto”, e enumerar os critérios referidos:

- a) Diagnóstico médico de transexualismo;
- b) Indivíduo maior de 21 (vinte e um) anos;
- c) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

A realização da cirurgia de mudança de sexo tornou-se imprescindível, em conformidade com a RES/CFM nº. 1.652/02, e de acordo com as doutrinas jurídicas-bioéticas, a identificação, no indivíduo pleiteante, do verdadeiro transexual: aquele que atende a todos os requisitos identificadores do transtorno psicopatológico exigidos para o enquadramento no conceito médico: o de transexual.

¹¹⁷Atentamos que ao excluir o transexualismo da lista de transtornos, a preocupação se volta aos transexuais, uma vez que eles poderão ter dificuldade de acesso ao tratamento. Assim a questão é complexa, já que no Brasil os transgêneros, seguem um protocolo para mudança de sexo que inclui uma equipe multiprofissional (psiquiatra, psicólogo, cirurgião, endocrinologista e assistente social) e todo o protocolo de tratamento é coberto pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

¹¹⁸Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado.

Não obstante, o Código de Ética Médica, ao regular a relação de médico com pacientes e familiares, proíbe-o de práticas terapêuticas menosprezando a vontade de seu paciente, descrito no art. 56119.

Para a estudiosa do tema, Tereza Rodrigues Vieira e Marco Segre (2004), acerca da realização da cirurgia de mudança de sexo, dispõe que: “os transexuais devem ser maiores e capazes de manifestar o seu consentimento esclarecido. Nós adicionamos às exigências acima que o candidato deva ser, preferencialmente, solteiro, divorciado ou viúvo, para evitar maiores constrangimentos ao cônjuge ou à prole” (VIEIRA; SEGRE, 2004, p. 114).

A primeira cirurgia de mudança de sexo em um transexual homem para mulher, latino-americano ocorreu em Casablanca, no Marrocos, no ano de 1969, o brasileiro Airton Galiaci¹²⁰, conhecido por Jacqueline, foi redesignado. No Brasil, a primeira cirurgia de redesignação sexual ocorreu em 1971. Waldir Nogueira foi operado, o que foi motivo para que o cirurgião Roberto Farina fosse processado criminalmente e também pelo Conselho Federal de Medicina.

O caso mais famoso de transexualismo, no Brasil, ocorreu em 1980, quando Luís Roberto Gambine Moreira, conhecido por Roberta Close, midiático, submeteu-se à cirurgia transgenital no exterior, casou-se e após muita luta, na justiça brasileira obteve a mudança do nome e sexo em seus documentos.

A realização da cirurgia de mudança de sexo é um grande avanço para nossa sociedade e cada vez torna-se cada vez mais realidade para aqueles que desejam realiza-las, desde que cumpridos os requisitos para a sua realização e atendidos as formalidade para tanto. Outro grande avanço, da nossa sociedade é o direito de alteração do registro do transexual.

1190 Código de Ética Médica (definido pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1.246/88), lei infraconstitucional, no Capítulo V, ao regular a relação de médico com pacientes e familiares, proíbe-o de práticas terapêuticas menosprezando a vontade de seu paciente, descrito no art. 56: “É vedado ao médico: Art. 56. ‘Desrespeitar o direito do paciente de **decidir livremente** sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida’.

120Airton Galiaci solicitou a averbação, à margem de seu Registro de Nascimento, do prenome Jacqueline, além, da adequação do prenome, o Magistrado autorizou também a averbação da condição de pessoa do sexo feminino.

Em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, que as pessoas trans possuíam o direito de alteração do nome no registro civil, independente de cirurgia. E, em agosto do mesmo ano, firmou a tese autorizando a pessoa trans a mudar o nome, independente de cirurgia, sob o regime de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 670.422, entendendo que o transexual possui direito fundamental subjetivo. No julgamento do RE 670.422, o STF, reconhece existir repercussão geral para que este incômodo social seja a ser apreciado pela Suprema Corte como um dever constitucional na defesa da sexualidade daqueles, mostrando-se descabidos os questionamentos acerca da existência de genitália adequada ao gênero exteriorizado.

Ressalta-se ofender o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ao impedir que o transexual escolha o próprio sexo, ainda assim, até a conclusão deste trabalho, a Suprema Corte, não havia julgado o recurso.

4 DIREITO DE PERSONALIDADE

A personalidade do ser humano é constituída por um conjunto de características próprias que, no âmbito jurídico, referem-se a bens pertencentes à pessoa: a vida, a honra, a liberdade, entre outros, sendo tais direitos protegidos no Código Civil de 2002, através do direitos da personalidade. Os direitos da personalidade, inerentes à dignidade da pessoa, possuem diversas características, quais sejam:

- a) Absolutos: possuindo essa característica por serem oponíveis *erga omnes*, ou seja, impõem à coletividade o dever de respeitá-los;
- b) Gerais: abrange todas as pessoas e advém do simples fato delas existirem;
- c) Intransmissíveis: não podem ser transferidos a outrem, de forma gratuita ou onerosa;
- d) Irrenunciáveis: por ser impossível ao ordenamento jurídico reconhecer a manifestação de vontade da pessoa em abandonar o direito;
- e) Extrapatrimoniais: não possuem conteúdo econômico direto, mesmo que a lesão a tais direitos gere efeitos no âmbito econômico;
- f) Imprescritíveis: não têm um prazo para seu exercício, sendo protegidos mesmo após o falecimento (BRASIL, 2002);
- g) Ilimitados: não estão todos fixados na lei;
- h) Vitalícios: acompanham a pessoa desde o nascimento até à sua morte e, alguns deles, perduram até mesmo após o falecimento da pessoa;
- i) Indisponíveis: em regra, por não admitirem disposição. Porém, essa indisponibilidade pode ser relativa haja vista que implicitamente, por exemplo,

no artigo 13, parágrafo único, do Código Civil há possibilidade de doação de órgãos ou tecidos com o fim terapêutico ou de transplante, possibilitando a pessoa dispor do seu próprio corpo com certas limitações (BRASIL, 2002).

A lei brasileira não apresenta um número restrito de direitos da personalidade. O Código Civil, com o objetivo primordial de preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente, não enumerou taxativamente tais direitos.

Para o presente estudo, é de suma importância ressaltar que ao transexual o direito de ter reconhecido o direito de realizar a cirurgia de mudança de sexo e alteração do registro civil, está intimamente ligado ao direito à vida, à dignidade humana, à integridade física, direitos da personalidade fundamental para a existência do transexual, bem como a sua integridade física, a sua intimidade e privacidade e ao seu não tratamento degradante e desumano.

Destaca-se que o transexual deve ter seu direito de contrair matrimônio reconhecido pelo Estado, no sentido de cessar todas as ameaças à sua qualidade de vida, sendo proporcionado à ele o direito à retificação do seu registro de nascimento pois os direitos de personalidade são direitos subjetivos e cada um é que deve definir sua personalidade.

Nessa alusão, o direito a integridade física, compreende o direito ao corpo vivo e morto do ser humano e consiste no direito do cidadão de não ter seu corpo violado, agredido ou ferido fisicamente, encontra-se tutelado pelo Direito penal, tipificado criminalmente como lesão corporal leve, grave ou gravíssima. Contudo, o direito do transexual realizar a cirurgia de mudança de sexo deve ser garantida, como forma de garantir o direito à dignidade da pessoa humana do transexual, assegurando-lhe seu direito personalíssimo de ter seu corpo exteriorizado da forma como se sente, podendo, garantir, ainda, a alteração do seu nome.

De acordo com Maria de Fátima Freire de Sá (1998), o requerimento do pedido de alteração do prenome do transexual após a cirurgia não possui fundamento legal, havendo inúmeros julgados com o argumentando que há ainda prevalência do sexo biológico sobre o psíquico, o que justifica aplicar o princípio da Imutabilidade do Nome da Pessoa.

Consequentemente, Maria de Fátima Freire de Sá (1998), diz que a jurisprudência e os doutrinadores que são favoráveis à alteração do prenome nos registros públicos adotam esses outros argumentos:

- 1) o artigo 1º, III, da Constituição Federal, estabelece a dignidade humana como um dos fundamentos da República. Assim, este dispositivo assegura o livre desenvolvimento da personalidade, protegendo o direito à cidadania e a posição do transexual como sujeito de direitos na sociedade;
- 2) A cirurgia não possui caráter mutilador, mas sim corretivo;
- 3) Uma vez que o direito de dispor sobre o próprio corpo integra os direitos da personalidade, o transexual tem o direito de buscar o livre desenvolvimento de sua personalidade, através do seu equilíbrio psicofísico que constitui um direito à saúde, também considerado direito da personalidade. (SÁ, 1998, p, 37).

4.1 Direito ao nome civil

A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) disciplina o direito ao nome. O art. 54 desse diploma legal aduz que a certidão de nascimento deverá ser lavrada e que conterà o nome e o sobrenome do recém-nascido, entre outros requisitos.

Importa ressaltar que, quando nos referimos ao nome da pessoa deve-se pensar naquele que está registrado no assento de nascimento. Considerando-se as características gerais dos direitos da personalidade, o nome possui as seguintes características: extrapatrimonialidade, oponibilidade, irrenunciabilidade e imutabilidade.

A característica da imutabilidade admite exceção. O artigo 58 da Lei nº 6.015/73 admite a possibilidade de alteração do nome para substituí-lo por apelido notório, aplicando a teoria da aparência que a pessoa assume no meio social em que vive (BRASIL, 1973).

Alguns doutrinadores discordam com este entendimento sob a alegação que deve ocorrer a alteração do prenome sem estabelecer nenhuma menção discriminatória nos documentos nem referência alguma, mesmo em averbação sigilosa, no registro de nascimento. Isso porque afetaria a integração social e afetiva do transexual e o impediria esquecer o estado sexual em que se encontrava antes da cirurgia.

O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa.

Eis que a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é de incalculável importância quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta umdesdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar, o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO DE SER 'EU'

O texto constitucional, no Título I, trata "Dos Princípios Fundamentais", demonstrando a relevância que os princípios têm no âmbito jurídico. Embasados nestes princípios que o nosso sistema jurídico tem início. Dentre os princípios fundamentais podemos destacar a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e o Estado democrático de direito.

Os princípios jurídicos desempenham função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e as regras do sistema normativo, estando contido expressamente ou implicitamente na Constituição da República Federativa do Brasil e nas leis esparsas do ordenamento jurídico brasileiro.

Necessário se faz dizer que, como não há legislação específica que cuida dos direitos e deveres do transexual, defensor do direito deve-se reportar aos princípios implícitos e expressos do sistema normativo, com destaque aos princípios constitucionais dispostos no capítulo destinado às garantias fundamentais contida na Constituição Federal, uma vez que é neste capítulo que se encontra a base formal e material da convicção e da segurança jurídica.

Nesse sentido, alude de forma inteligente no artigo 4º do Código Civil, que na falta de uma lei, o juiz deve fazer uso de outras fontes como: princípios gerais, costumes e analogia, não eximindo o juiz de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei.

Ademais, ressalta-se que, embora o sistema jurídico brasileiro seja omissivo em algumas questões sociais que, merecem ser debatidos com cautela e, o legislador deve se utilizar desses aparatos normativos para encontrar a solução jurídica pertinente ao caso concreto, previsão que se encontra incluída no artigo 5º do Código Civil.

Em concordância com o tema e ao lado do princípio da Dignidade Humana, encontra-se o princípio da Igualdade, que tem como finalidade, que “todos os cidadãos tem o direito de tratamento idêntico para lei”, vedando as diferenças, “discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais na medida em que desigualam, é exigência, tradicional do próprio conceito de justiça”, nas palavras de Alexandre de Moraes (2020).

Contidos está no artigo 3º, inciso IV, artigo 5º, inciso I e artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, o direito de igualdade, nos mostra a proibição do tratamento diferenciado em função de orientação sexual.

Com todo entendimento, Bernardo Gonçalves Fernandes (2020) foi claro neste ponto:

(...) a regra geral é tomada no artigo 5º, caput e art. 5º, inciso I, da Constituição brasileira, que apresentam uma leitura da igualdade como imparcialidade (não discriminação), representando norma dirigida aos Poderes Públicos. Fala-se, assim, como já dito, em uma igualdade na criação e aplicação do direito. (FERNANDES, 2020, p. 546)

Sendo assim o ponto fulcral, a negativa ao transexual redesignado de contrair matrimônio por não constar em seu registro de nascimento, por exemplo, ou seja, seu “sexo” da condição de mulher, afronta ao princípio da Dignidade Humana e o princípio da Igualdade dos indivíduos independente do sexo.

Neste contexto que limita o sujeito à melhor integração individual e social, bem como diversos direitos jurídicos como: a sucessão, uma possível divisão de bens, alimentos e o mais importante, a busca de sua felicidade, como pessoa, como mulher vai de encontro com a moralidade social.

O desentendimento temático é que a mesma sociedade que defende a igualdade entre todos os cidadãos, independente de raça e sexo e posição social,

também discrimina este indivíduo que só quer ser feliz ao conquistar seus direitos, ainda que em minoria.

A Constituição Federal no caput do artigo 5º aduz, o princípio da Liberdade, em seu amplo sentido como, liberdade de pensamento, manifestação, consciência, crença, e outros, objetivando uma busca de uma sociedade justa, devendo garantir que o transexual seja inserido na sociedade de forma sem discriminações.

Respeitar os direitos dos transexuais é uma forma de inseri-lo na sociedade sem a discriminação que os acompanhada por toda a vida e que compõem a minoria desta sociedade democrática, pois, são parte desta, e tem o direito de viver numa sociedade justa como todos os outros que a integram. Contudo, o Estado e seus poderes tem o dever de proporcionar a estes indivíduos a felicidade e a busca de seus objetivos e não a interferência na busca de sua felicidade.

Quanto à situação do transexual, pessoa que tem a forma de um sexo, mas a mentalidade de outro, muito já evoluiu a jurisprudência, mas, ainda, se encontram barreiras para uma vida livre e digna, sem que o Direito corrobore, de certa forma, para o preconceito, haja vista a falta de previsão legal para a garantia de direitos inerentes aos transexuais.

5.1 A questão do transexual e efeitos em relação ao casamento

A família mudou e o poder judiciário teve que se adaptar e respeitar uma nova demanda social que é exatamente a construção desse novo grupo familiar. Mesmo a sociedade não aceitando as uniões homoafetivas, elas foram sendo criadas sem proteção e foram surgindo conflitos conjugais e para a resolução destes conflitos, o judiciário teve que ser acionado.

O juízo competente e constituído para processar e julgar ações referentes à união estável homoafetiva foi o Juízo das Varas de Família, passando a aplicar, por analogia, as mesmas regras das uniões estáveis heteroafetivas

Ao julgarem a ADI 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo, no STF, sob o argumento que o artigo 3º, inciso IV, da CF/88 veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual.

A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, se um homem casado realiza a cirurgia e tem a troca do registro civil e coabita, ainda, maritalmente com o cônjuge, nada o impede de ter seus direitos e garantias constitucionais reservados. Além de ter o casamento reconhecido a partir deste julgamento do STF.

Vale esclarecer que o transexual possui o direito de casar, como qualquer outro indivíduo, inclusive de não revelar a modificação registral, sendo o casamento válido. Contudo, caso o cônjuge que desconhece a mudança ocorrida, tome conhecimento dela após o casamento, este será passível de anulação, comprovado o erro essencial quanto à pessoa, visto que o referido versa sobre a identidade e honra do cônjuge, conforme o art. 1557, Inciso I, do CC/02.

Ademais, a menção da condição de transexual nos seus documentos pessoais, apesar de evitar a configuração do erro essencial sobre a pessoa, porque estaria o transgenitalizado obrigado a revelar a sua verdadeira identidade sexual ao seu cônjuge, afrontando cabalmente o seu direito à intimidade.

Diante do exposto, se o transexual não revelar sua condição anterior é resguardado ao cônjuge enganado, o direito de postular em ação própria, a anulação de casamento em que foi constatado erro essencial sobre a pessoa, do outro consorte, isto no prazo decadencial de três anos a contar da data da celebração do casamento, conforme o artigo 1560, III, do CC/02).

6 CONCLUSÃO

O Direito tem como finalidade a proteção dos valores do ser humano e, o Estado, tem o dever de promover o bem estar de todos, nele se incluindo a felicidade pessoal, sendo a mudança de sexo e a mudança do nome no registro civil, direitos garantidos ao transexuais.

O transexualismo é uma patologia que provoca constante sofrimento, muitas vezes levando o indivíduo a viver isolado do meio social, ou até mesmo chegar ao extremo de cometer o suicídio, vivendo com situações constrangedoras que invadem a sua intimidade, obrigando-o a expor sua vida privada.

A cirurgia de transgenitalização foi incluída na lista de procedimentos custeados pelo SUS e o CFM reconhece o transexualismo como um transtorno de identidade

sexual e a cirurgia como uma solução terapêutica. Assim, se o Estado consente com a cirurgia, deve prover os meios necessários para que a pessoa tenha uma vida digna.

Podemos observar através desta análise que para o transexual, o exercício dos direitos da personalidade é um caminho para a integração social e para a busca da felicidade, a serem traçados.

A possibilidade de realizar a cirurgia de redesignação sexual tão sonhada e, por conseguinte, retificar, no registro civil, o nome e o sexo para se adequar à nova realidade são consequências do respeito à dignidade da pessoa humana e, também, dos direitos da personalidade.

Levando-se em consideração o número de demandas no Judiciário, são realizadas várias cirurgias de redesignação sexual e, para tanto, precisamos de uma lei ampla, que aborde a patologia do transexualismo e seus reflexos no meio social, para garantir ao transexual o direito de ser, verdadeiramente, reconhecido como cidadão portador de direitos e obrigações.

Porém, é com o Registro Civil de Nascimento que o transexual torna-se pleno, apesar de alguns operadores do direito se basear nos princípios constitucionais, analogia e outras fontes do direito, existe a necessidade de lei ampla que traga a solução de toda problemática que envolve a transexualidade e seus reflexos jurídicos.

Ao constituir uma família, seja pelo casamento, seja pela união estável, os transexuais assumem um novo papel no contexto social. Os efeitos jurídicos do ente familiar vão muito além dos meros interesses individuais voltados a um venturoso projeto de vida a dois. Aos direitos somam-se deveres recíprocos entre os cônjuges ou companheiros, sob expressa regulamentação legal.

Nos casos que ocorrem o casamento homoafetivo, será passível de anulação, somente em decorrência da hipótese de erro quanto à pessoal, decorrência de sua identidade pessoal ou civil. Assim, nos casos em que não ocorra essa hipótese, o casamento homoafetivo não poderá ser considerado nulo ou inexistente.

O direito de ser 'EU' parece estar mais perto do transexual, pois, notamos durante este estudo que o meio jurídico está caminhando para melhor aceitação do indivíduo transexual. Basta realmente que os direitos e as garantias fundamentais

aduzidas na Constituição Federal sejam cumpridos de forma eficiente e com mais celeridade, para essa minoria que anseia com a sua identidade fática.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed, São Paulo: Renovar, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARBENZ, Guilherme Oswaldo. **Medicina legal e antropologia forense**. Rio de Janeiro, Atheneu, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENJAMIN, Harry. **Transsexualism and transvestism as psychosomatic somato-psychic syndromes**. American Journal of Psychotherapy, 8, 1954, p. 219-230.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. (atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar). 7 ed.; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da República (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2014.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Inclusão de cirurgia para mudança de sexo no SUS**: Entenda o caso. Disponível em: <http://www.divulga-mpf.pgr.mpf.gov.br/conteudo/mpf-atuante/direitos-humanos/transexuais/inclusao-de-cirurgia-para-mudanca-de-sexo-no-sus-2013-entenda-o-caso>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **PORTARIA nº. 457/08**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4275/DF**, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe nº 45, Brasília, 09 de mar. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.277/DF**, Relator Ministro Ayres Brito, DJe, Brasília, 5 de mai. 2011, p. 15-312.

CASTELO-BRANCO, Fernando; **Afídio**, in "**Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira da Cultura, Edição Século XXI**". Volume I, Editorial Verbo, Braga, 1998.

CHAVES, A. **Direito à vida e ao próprio corpo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **RESOLUÇÃO CFM nº. 1.482/97**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm

Acesso em: 18 abr. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **RESOLUÇÃO CFM nº 1955/2010**. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução 1652/2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm> Acessado em: 18 abr. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **RESOLUÇÃO CFM nº 1.652/2002**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm . Acesso em: 18 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I Jornada de Direito da Saúde**. Encontro realizado em 15 de maio de 2014, na cidade de São Paulo. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_D_E_DIREITO_DA_SA%C3%9ADE.pdf. Acessado em: 18 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado. Ed., 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

____. **O Estado atual do biodireito**. 8 ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

EBAH. **Cirurgia de mudança de sexo.** Disponível em:

<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAe6G4AA/cirurgia-mudanca-sexo>. Acessado em 22 jun. 2015.

D'URSO, L. F. B. **O transexual, a cirurgia e o registro.** Revista Jurídica, n. 229, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil.** 5ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspovim, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 12ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspovim, 2020.

FRAGOSO, H.C. **Lições de direito penal.** Parte Geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal.** 5 ed.; Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 1998.

_____. Visão ético-jurídica da transexualidade. **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, nov-dez, p. 310-312, 1975.

FREUD, Sigmund. **A Interpretação dos Sonhos.** In: Obras Completas. Vol. 4. Rio de Janeiro, Imago, 1972.

_____. Estudos Sobre a Histeria. In: **Obras Completas.** Vol.2. Rio de Janeiro, Imago, 1972.

_____. Luto e Melancolia. In: **Obras Completas.** Vol.14. Rio de Janeiro, Imago, 1972.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral.** 15ª ed. - V. I; São Paulo: Saraiva, 2014.

GÊNESE: In: **A Bíblia:** tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2012.

GOMES, Hélio. **Medicina legal.** 33 ed. – rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal.** v.1. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2004.

GOMES, Orlando. **Direitos de personalidade.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUALERZI, Saverio. **NeUomo, Ne Donna, Ne Dio, Ne Dea**: Ruolo Sessuale E Ruolo Religioso Dell'imperatore Elagabalo. Bologna: Patron, 2005. ISBN 88-555-2842-4.

HODJA, M. S. Mudança de sexo: causas e conseqüências. Intersexualidade e transexualidade. **Revista do IMESC**, n. 3, p. 50-58, 1982.

LACAN, Jacques. **De uma questão preliminar a todo tratamento possível da psicose**. In: Escritos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1958-1998, p. 531-590.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed.; São Paulo: Malheiros, 2003.

MILLOT, C. Extrasexo. **Ensaio sobre o transexualismo**, São Paulo: Escuta, 1992.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: volume 1 : parte geral : Arts. 1 a 120 do CP. 17 ed. rev. e atual São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 1.6 ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

OLAZÁBAL, L.C. **Variabilidade cromossômica e dermopapilar na transexualismo**. (Dissertação de mestrado), área de biologia. USP, São Paulo, 1986.

ONU. **Declaração dos Direitos Humanos**. Disponível em http://www.onubrasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em: 18 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID-10**. Disponível em: www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.ht... Acesso em: 17 abr. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Transexualismo e mudança de sexo. **Revista de Direito Civil** n. 58, p. 24-25, 1991.

REICH, Wilhelm. **A Revolução sexual**: o fiasco da moral sexual. 8 ed. Rio de Janeiro, 1962.

RIBEIRO, Antônio Carlos Silva. **Dicionário Jurídico Universitário**. 1 ed. Guaxupé, MG: Tático, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano**: 1998, p.236 (Tese de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas, Brasil.

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudanças de sexo**: aspectos médico-legais. São Paulo: RT, 2013.

Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do EstadoSexual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil (Parte Geral)**. v.3 – 3 ed. São Paulo: Atlas. 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SEGRE, Marco. **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

CORPOS MARGINAIS NO CÁRCERE: A MULHER TRANSEXUAL SOB VULNERABILIZAÇÕES CRUZADAS

MATHEUS VINÍCIUS CAMPELO DO CARMO:

Graduando em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

VERÔNICA ACIOLY DE VASCONCELOS¹²¹

(orientadora)

RESUMO: A compreensão da mulher transexual ultrapassa sua delimitação em termos teóricos, sendo necessário o entendimento de suas experiências em sociedade, a estigma sobre seus corpos e das diversas implicações sob sua vida, inclusive, no cárcere. Reconhecendo o caráter hostil desse ambiente, se aflorou o questionamento quanto a um possível cruzamento de vulnerabilizações sob o corpo trans. Desse modo, o presente artigo delimitou a transexualidade e premissas básicas à luz de uma biografia com enfoque no gênero como categoria de análise, verificou o alinhamento das normas aplicáveis no cárcere trans para o direito brasileiro em relação às diretrizes internacionais e analisou a atuação dos três poderes da União na defesa de direitos da mulher trans. A pesquisa foi desenvolvida através do método de abordagem dedutiva e com uma revisão bibliográfica, especificamente sobre a análise categórica do gênero, de direitos previstos no texto Constitucional e de normas que tratem da recepção da mulher trans no cárcere. Foi possível concluir do presente estudo que a insegurança jurídica presente na recepção da mulher transexual no ambiente carcerário, bem como as violências encontradas com levantamento de dados e a subnotificação levam ao cruzamento quanto ao processo de vulnerabilizações.

Palavras-chave: mulher transexual; sistema prisional; vulnerabilização.

ABSTRACT: The understanding of the transsexual woman goes beyond its limits in theoretical terms, requiring an understanding of their experiences in society, the stigma on their bodies and the various implications for their lives, even in prison. Recognizing the hostile nature of this environment, the question arose regarding a possible crossing of vulnerability under the trans body. Therefore, this article delimited transsexuality and basic premises in the light of a biography focused on gender as a category of analysis, verified the alignment of the rules applicable in trans prison to Brazilian law in relation to international guidelines and analyzed the performance of three powers of the Union

¹²¹ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB). *E-mail:* veronicaacioly@hotmail.com.

to defend the rights of trans women. This research was developed through the method of deductive approach and with a literature review, specifically on the categorical analysis of gender, rights provided for in the Constitutional text and norms that deal with the reception of trans women in prison. It was possible to conclude from this study that the legal uncertainty present in the reception of transsexual women in the prison environment, as well as the violence found in data collection and the underreporting, lead to an intersection with regard to the process of vulnerability.

Keywords: Transsexual woman; prison system; vulnerability.

Sumário: **1** Introdução – **2** Gênero e normatividades: 2.1 A historicização do gênero como categoria analítica; 2.2 As pistas delas: reflexos da vulnerabilização – **3** O direito para elas: 3.1 3.1 A Resolução Conjunta nº 1/2014 e sua influência; 3.2 Atuação do Departamento Penitenciário; 3.3 Relatório do cárcere trans e os dados anuais – **4** Novas diretrizes, velha cisnorma: o entendimento do Judiciário e do Legislativo: 4.1 Posicionamento do Conselho Nacional de Justiça; 4.2 Reação no Poder Legislativo – **5** Conclusão – Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisou a interface entre o reconhecimento da existência de corpos transexuais femininos e o reflexo sob estas, quando privadas de liberdade. Assim, tem-se como ponto de partida o delineamento de contornos e identificação do que seja a transexualidade, desafiando o senso comum de aspectos fisionômicos e adentrando na leitura do gênero de diferentes interpretações, permitindo a identificação e compreensão das vulnerabilizações diferenciadas projetadas na mulher transexual no ambiente carcerário.

Partindo do contexto sucintamente delineado, cabe pormenorizar sobre o estigmatização¹²² social das transexuais. Afastadas da sociedade, essas mulheres tornam-se alvos de discriminação que se reflete de diversas maneiras. Profissionalmente, são poucas as oportunidades que lhes são ofertadas social. Ainda que não seja uma realidade universal, geralmente estão ligadas a serviços de embelezamento ou prostituição (PIZZI; PEREIRA; RODRIGUES, 2017), e quando

¹²² Para o presente estudo, adotou-se a noção de estigma dos escritos de Goffman (2013) ao pensar no espaço entre o visual e o real, de modo que o resultado dessa reflexão pode gerar uma visão do indivíduo correspondente às suas características, mas que geralmente tende a uma interpretação de desvalor. O autor representa o corpo alvo desse estigma como “um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social cotidiana possui um traço que se pode impor a atenção e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus” (GOFFMAN, 2013, p. 7).

atuantes nesta, torna-se iminente a exposição à criminalidade, conseqüentemente, à possibilidade de ingressarem no sistema prisional.

Considerando o potencial processo de vulnerabilização¹²³ do corpo trans diante ao estigma em sociedade, depreende-se que esse quadro tende a se agravar no ambiente carcerário. Como apresentado por Silva (2019), as unidades prisionais atrelam-se ao conceito de um local de total punição, permitindo que a figura humana dotada de direitos se perca em meio às violações. É dessa vulnerabilização que surge o questionamento: de que forma é recepcionada a mulher transexual encarcerada? Tendo em vista que representam um grupo já marginalizado na convivência em sociedade, ocorre o cruzamento de vulnerabilizações sob elas nesse ambiente?

Na esfera internacional, dentre os tratados que dispõem sobre os direitos humanos, destacam-se os Princípios de Yogyakarta (2007), um documento com orientações aos Estados sobre as normas de Direitos Humanos no tocante à orientação sexual e identidade de gênero, inclusive, no cárcere. Já em âmbito nacional, o marco inicial no que tange à presença da mulher transexual nas unidades prisionais se deu com a Resolução Conjunta nº 1 de 15 de abril de 2014. Com o advento da Resolução citada, alguns estados adotaram resoluções e decretos semelhantes, apresentando medidas da recepção da população lgbt+ nas unidades prisionais.

Com a intenção de apresentar dados quantitativos e qualitativos sobre a realidade da população LGBT nas unidades prisionais brasileiras, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (2020) publicou o relatório “LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”, descrevendo a quantidade de presos autodeclarados LGBT, bem como sobre o preparo estrutural das unidades para receber essas pessoas. Ademais, foram considerados dados levantados nos dossiês publicados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais nos últimos dois anos, no intuito de demonstrar em números a vulnerabilização que vivem muitas mulheres trans no Brasil.

Por fim, foi analisada a atuação dos Poderes Judiciário e Legislativo quanto a temática, destacando-se a Resolução nº 348/2020 que estabelece diretrizes e procedimentos que devem ser observados pelo magistrado, bem como a reforma de medida cautelar deferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

123 A característica de vulnerabilidade foi preterida ao processo de vulnerabilização, atentando com o seguinte raciocínio: a taxatividade de corpos específicos como detentores de determinada vulnerabilidade acaba por reforçar e propagar esse cenário, enquanto a vulnerabilização demonstra a reversibilidade e o caráter não universal dessa transformação, de modo a estender humanidade à essas pessoas (BARROS; ANTUNES; MELLO, 2020).

527 (STF, 2021). Além dos pontos até aqui destacados, foram analisadas as movimentações que vão de encontro a essa tentativa de proteção da mulher trans. Destacando-se como medida de reação frente a Resolução supramencionada, foi analisado o Projeto de Decreto Legislativo 481/2020, apresentado sob fundamentação de que teria ocorrido ativismo judicial, uma vez que o ato resolutivo estaria quebrando o disposto constitucional sobre a competência legislativa para temáticas de direito penal e processual penal.

Diante o exposto, a partir do aprofundamento de conceitos fundamentais da temática, da normativa internacional, nacional e da presença da mulher transexual no ambiente carcerário, tomou-se como objetivo a delimitação do que se entende por transexualidade e de demais premissas básicas ainda confundidas com aquela, a análise das previsões normativas existentes no Brasil, se realmente essas alinham-se às diretrizes internacionais e se buscam amparar direitos e garantias dessas pessoas, especialmente, quanto às regulamentações específicas aplicadas no cumprimento de pena e a atuação dos três poderes da União. A temática mostra-se relevante socialmente por abordar conceitos que frequentemente são confundidos e atrelados ao fator biológico, o que acaba desvirtuando o real significado da fluidez do gênero. Ademais, mostra-se juridicamente importante pelo fomento a discussão de temas com recentes alterações favoráveis no âmbito judicial e movimentações no legislativo.

2 GÊNEROS E NORMATIVIDADES

As discussões sobre as vivências e vulnerabilizações presentes na vida da mulher transexual pouco a pouco ganham mais espaço. Desde as ínfimas conquistas de direitos básicos aos relatos sobre problemáticas que ainda vivem em sociedade, a presença destes corpos no ambiente carcerário passou a chamar atenção pelas recentes movimentações no judiciário e legislativo ao tratarem sobre o acolhimento destas no sistema penitenciário. Mas para que se alcance a reflexão sobre as implicações dessa atuação é de suma importância que seja traçada uma noção sumária da transexualidade e conceitos básicos de pontos interseccionais a ela que, muito embora tratem-se de categorias aptas de análise sem que se configurem como acessórios, devem ser pensadas conjuntamente (GOMES, 2017).

Tomando como fonte os escritos da autora supracitada, ainda que pensado de forma interligada com tais premissas, o gênero caracteriza-se como objeto de análise própria, como ação de desenvoltura performática. Esse segmento quanto à interpretação do gênero foi preferido e esmiuçado no delinear das subdivisões seguintes deste capítulo. Por ora, é preciso iniciar a delimitação desses pontos que se atrelam à análise da temática.

Historicamente marcado por mudanças em sua leitura, o sexo parte de posicionamentos divergentes quanto ao seu surgimento e de sua relação com o gênero. Inicialmente, relata-se que a noção do sexo como fator natural e determinado por estruturas corporais surge intencionalmente e passa a ser aderido de modo a separar-se do gênero por completo, estando esse ligado tão somente à construção social e posterior ao fator biológico (PEREIRA; SIERRA, 2020). Em contrapartida, nos escritos feministas do século passado, Scott (1995) apresenta-lhes de modo que a construção identitária represente a sociabilidade dos corpos sexuados. Embora se desvincule das leituras isoladas dessas premissas, a autora segue o entendimento de sexo como biológico.

Ainda que não negue a importante contribuição de Joan Scott na construção de suas reflexões, Butler (2015) tece críticas à essa naturalização, de modo que o gênero lhe representaria uma terra fértil para cultura do sexo, desviando a visão totalmente natural desse. E vai além: criar a polaridade de um como construção social e do outro como advindo da natureza, acaba por reforçar a problemática do binarismo como ideal.

No tocante à orientação sexual, Gléria Junior (2020) apresenta-lhe como premissa que:

associada ao desejo erótico-afetivo, é a atração física, romântica e emocional. Na percepção binária, a orientação sexual é diretamente relacionada ao sexo, aquele que nasce “homem” espera-se que tenha atração por mulher, assim como a “mulher” espera-se que tenha atração erótico-afetiva por homem. (GLÉRIA JUNIOR, 2020, p. 10)

A polaridade delatada pelo autor torna-se impulso para que o sentimento e desejo sexual do indivíduo também seja visto como fator de cumprimento aos traços corporais. Se do sexo feminino exige-se a presença de órgãos e traços legitimadores, a orientação sexual desse corpo também se amarra a um desejo fixo. É justamente esse o ponto responsável pelas desumanizações dos que fogem da normatização da sexualidade que, embora não seja mais tão marcante no campo científico como em outros tempos, é legitimada por discursos atuais de cunho político e religioso (HIRSCH; MENEZES, 2019).

Seguindo esse delineamento, vislumbra-se uma cadeia de expectativas quanto a essas premissas, inclusive, do gênero. Se do sexo é exigido a presença de tais traços de legitimação, o mesmo aplica-se à identidade de gênero incumbida de pertencer a um único possível sexo, bem como exercer uma sexualidade já determinada. Diante a

persistência dessa leitura binária, a escrita acadêmica constrói um termo capaz de denunciar a normatização do gênero preexistente e o estado de patologia criado sobre a transexualidade:

Cisgênero é uma palavra cunhada no final do século XX e que ganha difusão principalmente no século XXI como um operador conceitual, ou seja, por seu uso tornar possível nomear um conjunto de pessoas (cisgênero, cissexual) é ferramenta discursiva para denunciar violências que as populações travestis, transexuais, transgêneras e não binárias estão submetidas por não se adequarem à normalidade suposta, esperada e compulsória. (BONASSI, 2020, p. 23).

Em que pese a colocação de Bonassi, o cisgênero não surge como reforço à idealização de corpos, mas como demonstração da existência de uma norma capaz de deslegitimar a identidade de gênero do ponto de vista construtivo. Partindo de todo o exposto, apresentar a transexualidade torna-se um feito mais prático, já que facilmente sua compreensão é confundida com o sexo e a sexualidade (JESUS, 2012). Assim, a transexualidade pode ser:

entendida como a ruptura do pacto de “normalidade” e previsão “natural” de conformidade e diálogo entre sexo e gênero. É uma forma de “nomear” os corpos e performances que desestruturam as “verdades imutáveis” do sexo e as performances dissidentes dentro da norma de gênero esperada. (LOPES; LEITE, 2020, p. 28)

Ainda no tocante à delimitação de transexualidade, é preciso derrubar de vez o uso de traços legitimadores: a alteração do corpo ou das características fisionômicas através de procedimentos médicos ou cirúrgicos não se mostra uma necessidade para o reconhecimento daquele corpo, mas sim a sua autodeclaração (VIEIRA; SOUSA, 2019).

Sumariamente delimitados os pontos interseccionais ao gênero e a própria transexualidade, impera situar o gênero e, conseqüentemente, a construção identitária no tempo. Mesmo sendo de suma importância, a simples conceituação não é suficiente para que se chegue à discussão de vulnerabilizações refletidas na mulher trans, uma vez que é preciso situá-la historicamente até que o debate sobre as violências ainda cometidas contra a mesma se torne mais fluido.

2.1 A historicização do gênero como categoria analítica

Ante a busca pela compreensão da transexualidade feminina, importa perquirir ainda desde as primeiras discussões sobre o gênero na literatura feminista. À luz do que apresenta Scott (1995), este segmento de escrita dispôs de importantes colocações teóricas que marcaram as primeiras movimentações sobre o gênero no campo científico: desde a análise das implicações do patriarcado sob a mulher, passando pela correlação deste com a economia marxista, chegando aos posicionamentos escolares psicanalíticos sobre a construção da identidade do indivíduo.

Mesmo reconhecendo essa contribuição enquanto uma das primeiras discussões científicas sobre o tema, a autora em questão aponta que “na sua maioria, as tentativas dos/as historiadores/as para teorizar o gênero permaneceram presas aos quadros de referência tradicionais das ciências sociais, utilizando formulações há muito estabelecidas e baseadas em explicações causais universais” (SCOTT, 1995, p. 74).

Ao passo em que buscavam respostas sobre as implicações refletidas historicamente na mulher de diferentes formas, também se utilizavam desses mesmos parâmetros sintetizados sobre a concepção da mulher, principalmente ligados às características biológicas. Com a denúncia dessa oposição binária entre o feminino e masculino, Scott passa a delimitar seu entendimento: presente não só na experiência social, o gênero representa o espaço de manuseio do poder (1995). Ademais, abordando subdivisões dos pontos primários da sua compreensão, sinaliza à leitura subjetiva e construtiva, indo de encontro à teorização de forma cerrada.

Instigada pela visão analítica de Scott, Judith Butler apresenta reforço à crítica da leitura do gênero em termos incisivamente delimitados e universal. Em sua obra “Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão de Identidade” (2015), a filósofa defende o caráter ramificado do gênero, por entender que este é lido em conjunto com fatores raciais, classistas e tantos outros aptos a serem articulados pelo poder. Conquanto tenha delineado seu ponto de vista nos termos em questão, a autora não nega que ainda há certa tendência à uma taxatividade da noção de indivíduo feminino e das implicações desse dinamismo:

Com efeito, a insistência prematura num sujeito estável do feminismo, compreendido como uma categoria una das mulheres, gera, inevitavelmente, múltiplas recusas a aceitar essa categoria. Esses domínios de exclusão revelam as consequências coercitivas e reguladoras dessa construção, mesmo quando a construção é elaborada com propósitos emancipatórios. (BUTLER, 2015. p. 21)

Ao tratar sobre as reflexões do gênero com um olhar voltado ao feminismo, a filósofa destaca a delimitação do que se entende por sujeito feminino que representa a mulher. Ao reconhecê-la como ser dotado de características estáticas e que legitimem os sujeitos como mulheres ou não, ocorre a consequente exclusão da mulher transexual. Para Butler (2015), na leitura identitária é preciso olhar para fatores interseccionais já apresentados, tendo em vista que a performatividade do gênero e as violações suportadas pela mulher podem se dar de diversas formas. Frise-se que, ao problematizar as implicações dessa delimitação do sujeito feminino sob a mulher transexual, não se nota qualquer intenção da autora em deslegitimar as lutas e conquistas do movimento feminista, mas sim em demonstrar a potencial possibilidade de exclusão ao se estabelecer delimitações universais desses corpos.

Diante disso, visto que as autoras em questão reconhecem a leitura do gênero de forma construtiva como mais abrangente ao indivíduo feminino, mas não negam essa histórica compreensão da mulher de forma mais concisa, depreende-se que esta última segue sendo vista como molde aceito socialmente.

Desde o nascimento, ou ainda quando concebido, o corpo se depara com expectativas de como se comportar em sociedade, partindo da identificação do "sexo biológico"¹²⁴. Consagradamente, essas expectativas ainda são vistas como atribuições da essência do sexo: do corpo com útero, espera-se a manifestação de comportamentos e características de uma mulher; o corpo que apresente falo, que se manifeste como homem (JESUS; ALVES, 2010).

O fato é que o agregamento dessas expectativas ao sexo decorre da compreensão de gênero ainda estar presa ao cumprimento de determinados papéis a cada sexo (SANTOS E IZUMINO, 2005). O corpo já reconhecido biologicamente ainda no acompanhamento da gestação, é recepcionado por um aparato de instrumentos construídos pelas convicções sociais que determinam que o gênero a ser construído será o que, historicamente, é atribuído aos que a ele se assemelham.

Ainda predominando como ideal normativo, a binariedade submete os corpos ao cumprimento do gênero conforme suas características fisionômicas, o que torna a experiência pessoal da construção dessa identidade bem mais complexa. Importa destacar, ainda, que essa implicação perdura devido a sua reprodução pela sociedade (BARRETOS, ALEIXO E SOARES, 2020).

¹²⁴ Embora tenha-se mencionado a reflexão Bluteriana (2015) sobre a desnaturalização do sexo e a possibilidade compreendê-lo como sinônimo de gênero, a leitura de Scott (1995) segue uma compreensão mais simples no tocante a delimitação do gênero, dos pontos interseccionais e, conseqüentemente, da transexualidade.

2.2 As pistas delas: reflexos da vulnerabilização

Com a manifesta predominância e reprodução dessa idealização, a convivência da mulher transexual no seio da sociedade se torna difícil, senão, de grande risco para sua vida. Desde o âmbito escolar, local que em tese se destinaria à construção do respeito às diferenças dos indivíduos, na verdade, este acaba por reproduzir o ideal da cisgeneridade (SOUZA e BERNARDO, 2014). Vivenciando a constante afirmação de naturalidade do que não são e a deslegitimação do seu eu como sujeito social, a permanência nesse ambiente torna-se mais penoso. Essa percepção é relatada pelos autores como um ciclo de difícil quebra, mostrando-se na prática pela presença rara da mulher transexual nas tarefas laborais em ramos diversificados.

Sendo exigido dos sujeitos a manifestação de seu gênero em conformidade ao sexo no convívio social, logo, também em ambiente de trabalho, a mulher trans depara-se com a difícil aceitação para o exercício de alguma atividade. Ainda que o mercado contemporâneo exija um embasamento de qualificação bem mais complexo para uma disputa com “paridade de armas”, essa equidade apresenta certa dificuldade no campo da identidade de gênero (PIZZI; PEREIRA; RODRIGUES, 2017), uma vez que a leitura dos traços corporais tende a falar mais alto.

Em pesquisa realizada por meio de entrevista, no tocante à atuação de pessoas transexuais no mercado de trabalho, relata-se:

Os discursos mostram uma dificuldade de se conseguir empregos, mas há também fragmentos que revelam uma mudança nesse aspecto. Essa maior facilidade de conseguir emprego é devido à normalização que os transexuais operam em seus corpos, ajustando-os ao modelo binário de gênero, reafirmando, dessa maneira, gênero como algo estável que se relaciona diretamente com um corpo também estável. Contudo, essa facilidade só acontece se mantiverem invisível sua condição de transexual (CARRIER; SOUZA; AGUIAR, 2014, p. 90).

Tomando por base o depoimento de mulheres trans e travestis, os autores delatam a perpetuação e aceitação cis, de modo que os corpos considerados dissidentes até podem obter certa abertura no mercado de trabalho, desde que manifestadamente tangentes aos corpos legitimadores de humanidade.

Da pesquisa de Pizzi, Pereira e Rodrigues (2017), depreende-se que como fruto das implicações de vulnerabilização sobre a mulher transexual, o exercício de uma atividade laboral na informalidade mostra-se saída para manutenção do seu sustento.

Ademais, na grande maioria, essa aceitação limita-se ao exercício de funções que não demandam tanta visibilidade dessas mulheres.

Em uma sociedade predominantemente capitalista, exige-se dos sujeitos a força do trabalho, logo, sobre os que são deslegitimados pelo poder, enfrentam um duplo peso para tal feito. Dentre as oportunidades vista por parte considerável da população transexual, destaca-se a prostituição. Segundo a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA, 2021), acredita-se que cerca de 90% das mulheres transexuais no Brasil usam o sexo como sua principal fonte de renda. A “escolha” pelas pistas e esquinas acaba por agravar o estigma gerado sob essas mulheres, uma vez que a sua prática ainda é vista com maus olhos pela sociedade, como profissão condenável (LIMA; NASCIMENTO, 2014, p. 77).

Importa mencionar o que dispõe a Constituição Federal (1988, grifo nosso) sobre os direitos sociais, sendo estes “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O fato é que o entendimento constitucional destacado não é percebido para a população transexual atuante nessa área. Muito embora o extinto Ministério do Trabalho tenha reconhecido o caráter profissional, inexistente regulamentação legal do exercício da prostituição (BRASIL, 2002). As mulheres que atuam como profissionais do sexo enfrentam violências, a ausência de uma remuneração fixa, além da informalidade profissional, permanecendo sua prática desamparada pelo direito (ABAL; SCHROEDER, 2017).

Com o afastamento do convívio social, o mercado de trabalho com portas fechadas e a prostituição como única saída ao sustento, acabam sendo alvos das mais diversas atrocidades no exercício da profissão. Essa violência é classificada pela comunidade militante como transfobia, posto que esse agir se dá pela razão do ser, pela não aceitação do simples existir desses corpos, ainda que afastados do meio social (SOUZA, 2019).

Não limitando-se ao já denunciado, essas mulheres enfrentam ainda a violência legitimada pelo Estado. Em estudo sobre as vivências de transexuais e travestis no estado da Bahia ainda no século XIX, Santos (1997) denuncia a perseguição policial às mulheres transexuais¹²⁵ que demonstravam sua verdadeira identidade nas ruas,

¹²⁵ Embora o autor não se utilize do termo “transexual”, o estudo realizado pelo mesmo se deu em tempos que “travestismo” era comumente utilizado. Embora as duas terminologias,

existindo à época uma associação do uso de trajés comumente femininos como disfarce para a prática de crimes. A respeito dessa relação, importa esclarecer que:

Partindo de um espectro criminológico, concebe-se a ideia de que as pessoas trans não são determinadamente criminosas habituais, ou seja, pessoas que fazem do crime seu meio de vida, mas, em verdade, tratam-se de criminosas ocasionais, que em razão da marginalização imposta pela sociedade são inseridas em contextos execráveis, ficando, então, sujeitos à delinquência (SILVA, 2019, p. 11)

Em concordância aos escritos do autor supracitado, a prática de delitos por essa parcela da sociedade não cabe como parte da construção identitária dessas mulheres. Importa reconhecer a excepcionalidade dessa prática e da não configuração como regra comportamental de pessoas trans, mas sim como um possível resultado diante as inúmeras violências que suportam. Zamboni (2017), apresentando a experiência de encarceradas, demonstra nos relatos a consciência destas sobre a prática de delitos não representar a sua essência.

Pelo contrário, o autor segue a premissa de que “a ambivalência da pista como um cenário onde podem ser praticados tanto a prostituição quanto o crime permite a elas elaborarem de diferentes formas a trajetória que as levou “da pista para a cadeia” (ZAMBONI, 2017, p. 102), inexistindo o famoso “fator biológico” como justificativa desse caminho.

3 O DIREITO PARA ELAS

O delineamento histórico de fatos e da literatura, feito desde a compreensão da transexualidade feminina até as implicações da vulnerabilização, como fator decisivo quanto à inserção dessa população no sistema prisional, mostrou-se razoável para que fosse possível a discussão sobre os direitos reconhecidos da mulher trans. Afinal, uma vez presa, de que forma as vulnerabilizações já suportadas cotidianamente pela mulher trans se cruzam com as enfrentadas no cárcere, de modo geral?

Não se contendo às previsões normativas e decisões judiciais, buscou-se, inicialmente, dispor das principais disposições legais no tocante à figura humana e cidadã, em âmbito nacional e internacional:

contemporaneamente, não se confundam, a contribuição da explanação sobre o poder de polícia à época sob essas mulheres (SANTOS, 2017) acaba reduzindo os danos dessa diferença.

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Indicando os direitos e liberdades da pessoa, exigindo-se ainda o respeito à pessoa em todos os âmbitos sem qualquer tipo de discriminação e ao definir pessoa como todos os seres humanos, o pacto, em tese, legitima todos os sujeitos como seres que possuem direitos e garantias a serem respeitadas, inclusive, a mulher transexual.

Ao apresentar os direitos e deveres individuais e coletivos, a Carta Magna Brasileira dispõe o seguinte:

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:

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; (BRASIL, 1988)

Ainda que o texto constitucional siga o fundamento da dignidade da pessoa humana, o fato que se destaca é a notória adoção desse indivíduo de direitos tão somente como homem e mulher. O fato é que, corriqueiramente, a leitura desse gênero de polos distintos e estáticos tende a prevalecer, configurando a denúncia de Bonassi (2019, p. 29) da cisnorma, considerando-a como a “eleição de uma maneira correta, moral, regular, saudável e normal de performativizar um sexo/gênero”.

No mesmo segmento, o inciso XLVIII do artigo 5º da Constituição ao dispor da divisão dos estabelecimentos prisionais, o faz com base na natureza do crime, pela idade do autor e pelo sexo. Em um cenário que o gênero fosse considerado nos termos de uma construção identitária no cárcere brasileiro, o encaminhamento poderia tomar a autodeterminação como indicativo do mesmo.

Além das disposições constitucionais e de tratados no tocante à humanidade desses corpos, impera tratar sobre a legislação específica em defesa das violências em razão do gênero. Comumente chamada de Lei Maria da Penha, a Lei nº 11.340 (BRASIL, 2006), pensada como meio de coagir as violências contra a mulher vítima de violências doméstica e familiar, gera alguns questionamentos sobre o indivíduo alvo de sua aplicação. Preambularmente, a legislação dispõe:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra **a mulher**, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. (BRASIL, 2006, grifo nosso)

Assim como apresentado sobre o texto constitucional, muito se questiona a respeito dessa interpretação do termo “mulher”, até que ponto as disposições legais asseguram proteção à mulher transexual partindo dessa Lei. Esse receio advém das denúncias já pontuadas neste estudo, no tocante a troca de leituras e entendimento sobre o que compreende a transexualidade, a orientação sexual e o sexo.

Ademais, ainda quando verificado uso da legislação em questão como medida protetiva à mulher trans, no texto legal inexistente qualquer menção à mesma. Não obstante a Lei nº 11.340/06 possa ser usada em combate às inúmeras violências suportadas por essas mulheres, o fato é que se um magistrado entende como oportuno utilizar-se da Lei em favor destas, tal feito se dá pela interpretação extensiva e uso da analogia (LOPES; LEITE, 2019), logo, uma interpretação sujeita ao entendimento de cada magistrado.

Considerando esta ausência, o Projeto de Lei nº 8032 (BRASIL, 2014) de autoria da deputada federal Jandira Feghali, surgiu como tentativa de estender as medidas de proteção previstas na Lei Maria da Penha às mulheres transexuais. Ocorre que, ao dispor das justificativas do projeto de lei, nota-se que a deputada define a

transexualidade à negação do corpo e de um possível desejo de mudança através de procedimentos cirúrgicos e hormonais, ignorando o fato de que a identificação da mulher transexual independe do desejo de procedimento de redesignação de órgãos (VIEIRA; SOUSA, 2019). Ademais, em tramitação desde o ano de 2014, o projeto segue em passos lentos na apreciação das comissões, permanecendo as demandas da população transexual à mercê da atuação judicial.

Retornando ao âmbito internacional, cabe apresentar os Princípios de Yogyakarta (2007) como importante documento na defesa de direitos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero. Dentre os diversos temas que levaram os pesquisadores à elaboração do referido documento, como acesso à saúde, à assistência social, acompanhamento psicológico e tantos outros, destaca-se para a temática deste estudo o postulado sobre o cumprimento de pena, dispondo o seguinte no princípio 9:

Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa.

Os Estados deverão:

[...]

c) Assegurar, na medida do possível, que todos os detentos e detentas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero; (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007)

Desde as primeiras orientações, nota-se que os o documento principiológico denuncia a potencial chance de que o quadro de marginalização possa ser agravado ao serem inseridas no cárcere, destacando a importância de se promover meios para evitar o agravamento dessas vulnerabilizações. No princípio citado acima, elenca orientações ideais desde a recepção da mulher trans no cárcere, adoção de medidas que visem a ressocialização e a proteção das mesmas neste ambiente.

Dentre os escritos do princípio 9, a participação da mulher transexual presa quanto ao local de cumprimento dessa pena passou a chamar atenção, inclusive, no direito brasileiro. Dessa motivação, surgiram disposições normativas que tinham como objetivo atender as especificidades dessa população carcerária.

3.1 A Resolução Conjunta nº 1/2014 e sua influência

Destacando-se como “marco zero” dentre as normas existentes no direito brasileiro que tratam da custódia de pessoas lgbtqia+, a Resolução Conjunta de nº 1, de 1º de abril de 2014, publicada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), apresenta um compilado de orientações, desde a recepção dessas pessoas em sua chegada às unidades, passando pelo inserimento de nome social e criação de celas/alas específicas.

Ao tratar da determinação do local de cumprimento da pena por mulheres e homens transexuais, a Resolução adota:

Art. 4º As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

Parágrafo único. Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade. (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 2014)

Sem embargo ao foco do presente estudo que se trata do encarceramento feminino trans e das normas ao seu dispor, importa destacar que a Resolução adota o caráter compulsório no encaminhamento de homens transexuais, demonstrando o desconhecimento a respeito da identificação do gênero e de sua transitoriedade. Muito embora o fato possa se justificar como medida de proteção aos homens transexuais, a medida peca quanto à figura da normatividade compulsória (BONASSI, 2019) e exclusão da participação do preso/presa na escolha.

Ademais, ao abrir uma conceituação da população LGBT, a Resolução caracteriza a transexualidade como “pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico” (CNPCCP e CNCD, 2014, p. 2). Ora, tendo em vista que essa fora apresentada como uma experiência interna pessoal e profunda, podendo estar ou não ligada a necessidade de alteração de partes do corpo (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006) torna-se descabível limitar a transexualidade apenas quanto a uma negação de órgão que representem o sexo biológico.

Embora apresente pontos como os destacados que exigem um aprofundamento na temática, a Resolução foi o pontapé para que outros vislumbassem a necessidade de delinear em previsões normativas o acolhimento dessas mulheres ao serem inseridas no cárcere. Foram encontradas resoluções (RIO DE JANEIRO, 2015), decretos (PARAÍBA, 2017) e portarias (ALAGOAS, 2017) com orientações aos estabelecimentos

prisoniais dos referidos estados em alinhamento ao texto apresentado pela Resolução Conjunta.

3.2 Atuação do Departamento Penitenciário

Órgão sob às ordens do Ministério da Justiça e Segurança Pública e de apoio ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no ano de 2019, manifestou interesse em criar um manual de procedimentos para revista e busca pessoal em população de lésbicas, gays, bissexuais e transexuais no sistema prisional brasileiro, bem como uma proposta de treinamento dos agentes penitenciários para receber esse público. Através da Portaria BAGDEPEN nº 10 (DEPEN, 2019), criou-se um grupo de trabalho para a elaboração do manual mencionado.

Como medida preventiva, o Departamento Penitenciário Nacional emitiu duas notas técnicas com recomendações sobre o acolhimento LGBT nos estabelecimentos prisionais dos estados.

No tocante às mulheres transexuais, a Nota Técnica nº 60/2019 apresentava o encaminhamento para unidade prisional da seguinte forma:

Às mulheres transexuais presas - considerando que pode haver encaminhamento do Judiciário de mulher transexual, à unidade prisional feminina ou masculina, (com ou sem cirurgia e independentemente da retificação de seus documentos), para cumprimento de ordem judicial, o(a) gestor(a) prisional, responsável pela inclusão na unidade ou Comissão Técnica de Classificação deve [...]. (DEPEN, 2019)

Nota-se que até então o encaminhamento de mulheres trans para unidade feminina ou masculina dependia de decisão judicial, ignorando a autodeclaração da mulher ou manifestação de vontade da mesma em ser encaminhada para onde entenda se encaixar corretamente.

Não obstante tenha-se encontrado esse encaminhamento atrelado apenas à decisão judicial, uma nota técnica foi publicada no ano de 2020 pelos grupos e coordenações do departamento penitenciário com o seguinte texto. *In verbis*:

É possível haver encaminhamento da mulher transexual (com ou sem cirurgia e independentemente da retificação de seus documentos) à unidade prisional feminina ou masculina, **dependendo de manifestação de vontade da pessoa presa e mediante expressa autorização da Comissão Técnica de**

Classificação, observando a identidade de gênero indicada pela pessoa presa, ou para cumprimento de decisão judicial, sendo o gestor prisional responsável por [...]. (DEPEN, 2020, grifo do autor).

A alteração do entendimento do órgão na nova nota técnica demonstra o aprofundamento do órgão na temática, de modo a considerar disposições já mencionadas e adotando a autodeclaração como influência na determinação do local da prisão. Embora uma possível alteração permaneça em tempo que essa mulher transexual já esteja inserida em unidade prisional destoante à sua identidade, a medida possibilita que a manifestação por transferência possa, em tese, ser suficiente à análise.

3.3 Relatório do cárcere trans e os dados anuais

A existência de disposições normativas que busquem orientar as unidades prisionais e os órgãos a frente da administração penitenciária estaduais mostram-se importantes como impulso à proteção da mulher trans. Mas a mera disposição em normas sobre medidas de recepção ou da determinação de unidade a ser cumprida a pena, não demonstra o efetivo cumprimento. À luz do que reflete Silva (2019), o cárcere compreende um ambiente que muito se diferencia do que há previsto em lei e normas sobre ele, sendo preciso estar constantemente atento ao que ocorre no seu interior.

Adotando medidas em concordância a essa realidade, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) promoveu um relatório no intuito de mapear o encarceramento LGBT no Brasil, bem como averiguar a observância da Resolução Conjunta nº 1 (CNPCN, 2014) nas unidades prisionais.

Através de um questionário enviado para a administração penitenciária de cada estado, buscou-se obter informações sobre o preparo estrutural e a densidade populacional. Dos 1.449 estabelecimentos prisionais do Brasil (MMFDH, 2020), houve uma baixa devolutiva do documento. Dos 506 estabelecimentos que apresentaram seus dados, apenas 106 afirmaram ter estrutura apta com celas/alas específicas à população LGBT, sendo todos destinados a homens presos.

Em relação às pessoas transexuais presas, o levantamento indica que nas unidades mapeadas foram encontradas 166, sendo apenas 03 homens transexuais. Das 163 mulheres trans, não se encontravam todas resguardadas em espaços específicos, havendo relatos de agressões verbais e físicas, por outros detentos e agentes penitenciários.

Eu passei 45 dias na triagem, só depois que eu fui pro acolhimento. Eu saí de lá porque me tiraram. Tinha um coroa lá que não gostava da gente. Ele é preconceituoso. A gente está na cela 3 agora. Por sorte ninguém mexe com a gente, mas o melhor seria se tivesse uma cela pra gente, os casais, os gays juntos. Se fica tudo misturado, quando acontece uma rebelião, os primeiros a ser pegos somos a gente, os gays e os homossexuais. A maioria das cadeias são de facções e eles não aceitam. [choro]. (MMFDH, 2020).

Embora refiram-se como “gays” e “homossexuais”, insta esclarecer que o uso desses termos em cenários distantes do campo científico assume papéis genéricos, logo, utilizado muitas vezes para se referir à mulheres trans ou outros integrantes da comunidade lgbtqia+ (ZAMBONI, 2017). O relato, embora não universalize as vivências dessa comunidade, representa situação encontrada em algumas das unidades prisionais que apresentaram seus dados. Por sinal, a pouca adesão do questionário demonstra a difícil tarefa de se obter um diagnóstico mais próximo da realidade, podendo essa mesma situação ser reproduzida sob tantas outras mulheres silenciadas pela agressão, inclusive, advinda daqueles que deveriam zelar pelo cumprimento de sua pena e a observância de seus direitos.

Por outro lado, foi possível perceber uma certa diferença na vivência da mulher trans em unidades que possuem alas e celas específicas. O relatório chegou ao diagnóstico de que, nesse ambiente que as separa dos demais presos, essas mulheres convivem de forma mais pacífica, havendo aceitação das características tangentes à sua identidade, principalmente, a permanência dos cabelos, direito esse não verificado em tantas outras prisões (MMFDH, 2020).

Além dos dados colhidos no relatório apresentado, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), importante rede em âmbito nacional em defesa dos direitos dessa comunidade, publica anualmente um dossiê com informações sobre o assassinato de trans e travestis no país. Em 2020, o Brasil permaneceu em 1º lugar no índice de assassinatos dessa população, estimando-se uma média de 184 transexuais e travestis assassinadas (ANTRA, 2021). Ao esmiuçar sobre o local da prática criminosa, o documento indica ciência de dois assassinatos em unidades prisionais. Importa destacar que a subnotificação de assassinatos é um fato de potencial existência, razão pela qual os dados alcançados possam não representar a realidade (ANTRA, 2021). Assim, mesmo não encarando os dois assassinatos em unidades prisionais no ano de 2020 como índices razoáveis, os dados ainda se mostram ínfimos diante o que se acredita acontecer de fato no ambiente carcerário dessas mulheres, inclusive, devido a

pobre instrução da administração sobre o tema e a falta de dados fornecidos pelo governo.

4 NOVAS DIRETRIZES, VELHA CISNORMA: O ENTENDIMENTO DO JUDICIÁRIO E DO LEGISLATIVO

Não obstante ainda demonstrem a necessidade do aprofundamento na temática, o surgimento das normas citadas representa os primeiros pequenos passos em busca da defesa de transexuais inseridas no sistema penitenciário e a saída do estado de inércia verificado anteriormente. Contudo, sem deslegitimar as conquistas alcançadas, é inegável que essa atuação se mostra irrisória perante os fatos. Conforme verificado no diagnóstico sobre o cárcere lgbt+ no Brasil (MMFDH, 2020), pouquíssimos estabelecimentos prisionais possuem estrutura reservada para acolher mulheres trans. Depreende-se que tal fato possa estar ligado a inobservância de alguns estados em seguir as orientações presentes na Resolução Conjunta ou mesmo do entendimento internacional sobre a identidade de gênero e os direitos observados no encarceramento (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Dessa forma, levanta-se o questionamento sobre a mera disposição dessas tratativas enquanto regimento interno ou como orientações dadas por comissões e grupos de órgãos à frente da administração penitenciária. Seriam suficientes para resguardá-las do sopesamento de violências experimentadas no sistema prisional? No direito brasileiro, é notório o abandono da legislação quanto à essas mulheres, inexistindo previsões específicas advindas do poder legislativo que busquem recepcioná-las no cárcere de acordo com suas especificações. Como fora pontuado no tocante à aplicação da Lei Maria da Penha, o cabimento desta para mulheres trans fica pendente ao entendimento do magistrado, uma vez que o texto legal não as menciona, restando suas demandas sem segurança jurídica de uma leitura unânime.

Nesse sentido, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 527/18), considerando o desvirtuamento que muitos juízes de execução penal estariam praticando na interpretação do disposto na Resolução Conjunta nº 1/2014 de modo que mulheres transexuais e travestis estariam sendo encaminhadas para estabelecimentos prisionais que divergiam da sua identidade de gênero. A exordial da proposta da requerente buscou denunciar o descumprimento de preceitos fundamentais constantes no texto constitucional, bem como requerer a interpretação da Resolução em discussão à luz da Constituição Federal.

Inicialmente, ao apreciar o pleito quanto ao pedido liminar, o Ministro e Relator Luís Roberto Barroso decidiu o seguinte:

Diante do exposto, tendo em vista a situação de assimetria informacional quanto às travestis e a existência de *periculum in mora* inverso, defiro parcialmente a cautelar para determinar apenas que transexuais femininas sejam transferidas para presídios femininos. Peço a inclusão do feito em pauta para referendo desta cautelar pelo plenário. (STF, 2019)

Sob o fundamento de que a temática, à época, exigia análise de mais informações sobre a compreensão da mulher trans e de travestis, bem como dados sobre o encarceramento destas e o fato de a identidade de gênero das travestis mostrar-se fluida, o ministro relator concedeu parcialmente o pleito cautelar, estendendo os efeitos da medida tão somente às mulheres transexuais. Assim como pontuado anteriormente sobre o caráter compulsório quanto ao cumprimento de pena por homens trans, cabe esclarecer que, não desviando do foco deste estudo, a não aplicação do *decisum* às travestis acaba por retratar a desconsideração da autodeclaração.

Conquanto tenha-se adotado o segmento apresentado por considerar um possível *periculum in mora* caso fosse autorizada a transferência de travestis aos presídios femininos, denota-se do diagnóstico sobre encarceramento lgbt+ que a vivência de mulheres trans e travestis é marcada por constantes articulações, de modo que suas técnicas de sobrevivência são demasiadamente subjetivas (MMFDH, 2020). Essa subjetividade se manifesta ao se verificar que em alguns casos, mulheres trans e travestis conseguiram permanecer em unidades prisionais masculinas pacificamente com os demais presos, enquanto outros a vivência destas só foi possível em alas/celas específicas ou presídios femininos.

Desse modo, considerando que o documento supracitado e a nota técnica nº 9/2020 emitida pelo Departamento Penitenciário foram apresentados pela requerente no intuito de embasar o pedido de aplicação da decisão às travestis. Em concordância, o ajuste da cautelar deu-se da seguinte forma:

Assim, com base em diálogo institucional estabelecido com o Poder Executivo, como explicitado acima, ajusto os termos da cautelar já deferida para outorgar às transexuais e travestis com identidade de gênero feminina o direito de opção por cumprir pena: (i) em estabelecimento prisional feminino; ou (ii) em estabelecimento prisional masculino, porém em área reservada, que garanta a sua segurança. (STF, 2021)

Ao considerar os fatos encontrados pelo levantamento de dados e a compreensão organizacional do poder executivo, o *decisum* manifesta-se como

contribuição à recepção de mulheres trans e travestis, constituindo a autodeclaração e solicitação como fator capaz de alterar o local de cumprimento de pena. Ademais, demonstra alinhamento às previsões internacionais, pensadas e construídas no intuito de resguardar os direitos ligados à orientação sexual e identidade de gênero.

4.1 Posicionamento do Conselho Nacional de Justiça

Ao passo em que o encarceramento de mulheres trans era tratado pela Suprema Corte, a temática também foi ganhando espaço de debate em outras instituições. De modo a estabelecer diretrizes observadas pelos magistrados, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acolhe o entendimento constitucional e dos pactos internacionais de direitos humanos sobre o encarceramento ao dispor o seguinte:

Art. 4. O reconhecimento da pessoa como parte da população LGBTI será feito exclusivamente por meio de autodeclaração, que deverá ser colhida pelo magistrado em audiência, em qualquer fase do procedimento penal, incluindo a audiência custódia, até a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena, garantidos os direitos à privacidade e à integridade da pessoa declarante. (CNJ, 2020).

O que poderia ser observado tão somente após ingressarem em uma unidade prisional, torna-se possível ainda na tramitação processual. Muito embora não trate-se de previsão legislativa, o ato normativo primário busca fiscalizar a atuação do poder judiciário, vinculando os magistrados ao entendimento disposto na resolução. Ademais, no tocante a participação de mulheres trans na indicação do local de encarceramento, a resolução adota o delineado nos Princípios de Yogyakarta (2007):

Art. 7º Em caso de prisão da pessoa autodeclarada parte da população LGBTI, **o local de privação de liberdade será determinado pelo magistrado em decisão fundamentada após consulta à pessoa acerca de sua escolha**, que poderá se dar a qualquer momento do processo penal ou execução da pena, devendo ser assegurada, ainda, a possibilidade de alteração do local, em atenção aos objetivos previstos no art. 2º da presente Resolução. (CNJ, 2020, grifo nosso).

Não obstante tenha adotado inicialmente o segmento apresentado, o texto do artigo supracitado sofreu alteração pela resolução nº 366 de 20 de janeiro de 2021 (CNJ, 2021). A mudança se deu, principalmente, pelo entendimento firmado na decisão que concedeu parcialmente a cautela na ADPF 527 (STF, 2019), autorizando tão

somente mulheres trans a serem transferidas para estabelecimentos prisionais femininos:

Art. 8º De modo a possibilitar a aplicação do artigo 7º, o magistrado deverá:

I – esclarecer em linguagem acessível acerca da estrutura dos estabelecimentos prisionais disponíveis na respectiva localidade, da localização de unidades masculina e feminina, da existência de alas ou celas específicas para a população LGBTI, bem como dos reflexos dessa escolha na convivência e no exercício de direitos;

II – indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas, onde houver; e

III – indagar à pessoa autodeclarada parte da população gay, lésbica, bissexual, intersexo e travesti acerca da preferência pela custódia no convívio geral ou em alas ou celas específicas. (CNJ, 2021, grifo nosso).

Ao alinhar-se ao *decisum*, o texto resolutivo acaba por retroagir em suas previsões, restando limitada a transferência para presídios femininos às mulheres trans. Embora estas não tenham sido prejudicadas, o vigor das diretrizes do CNJ sob a nova redação restringe as possibilidades de transferências às travestis, ignorando as possíveis medidas de melhor vivência adotadas por estas e verificadas no levantamento de dados do seu ambiente carcerário (MMFDH, 2020).

4.2 Reação no Poder Legislativo

Encontrar as demandas transexuais no âmbito judicial tornou-se realidade nos últimos anos, inclusive, na Suprema Corte como apresentado. Tal fato é embasado pelo espaço que o debate sobre as temáticas da mulher trans tem ganhado em sociedade e diante a atuação militante, mas também pela ausência da previsão e regulamentação legal sobre estas. Das raras conquistas de direitos lgbt+, a grande maioria são frutos da luta de grupos que militam pela causa dessa comunidade, inclusive, da mulher transexual (NELSON et al., 2019).

O Projeto de Lei nº 8032 retrata bem a atuação do legislativo quanto às demandas transexuais. Em tramitação nas comissões da Câmara dos Deputados desde

o ano de 2014, a proposta da deputada de aplicação dos efeitos da Lei Maria da Penha às transexuais segue sem perspectivas de sucesso. Ademais, como já delatado, o referido projeto apresenta pontos em desalinhamento quanto ao entendimento da mulher trans, sujeitando sua identidade à necessidade de procedimentos cirúrgicos de redesignação.

Quanto ao encarceramento de mulheres trans, a movimentação da temática no poder judiciário, especificamente no tocante à Resolução nº 348 (CNJ, 2020), foi capaz de gerar ação na Câmara dos Deputados. Ocorre que esse agir se deu por discordância às diretrizes estabelecidas pelo CNJ no recepcionamento e transferência de mulheres transexuais e travestis em presídios femininos. Assim surgiu o Projeto de Decreto Legislativo nº 581/2020, pensado para sustar os possíveis efeitos da resolução. No teor do projeto, a deputada Chris Tonietto alega:

Mencionada Resolução do CNJ trata da regulação procedimental das intervenções de caráter criminal no que diz respeito à “população LGBTI”, prevendo-se um tratamento reservadamente exclusivo àqueles que autodeclaram fazer parte de tal grupo, que compreenderia, segundo o ato normativo posto em análise, a “população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti e intersexo”.

Nesse sentido, convém esclarecer que, por se tratar de mero ato administrativo normativo, uma Resolução constitui meio hábil para tratar somente de matéria já previstas pela legislação. Assim, uma transgressão a esse comando significaria nulidade por sua incompetência absoluta. (BRASIL, 2020).

Ademais, a deputada utiliza-se de um ocorrido na Inglaterra, situação a qual Karen White, uma mulher transexual, foi acusada de agressão sexual contra mulheres cis com quem dividia cela (BBC, 2018). Antes de sua transição, Karen já possuía um histórico de crimes sexuais praticado contra mulheres e de abuso infantil. O fato é que o ato tentado pela deputada de sustar os efeitos do delimitado no ato resolutivo do Conselho Nacional de Justiça mostra-se indevido sob as duas óticas apresentadas.

No que diz respeito à alegação do ato normativo do CNJ desvirtuar de sua competência e da necessidade do processo legal sobre a temática, peca ao desconsiderar o texto Constitucional sobre a competência do referido Conselho:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

[...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa. (BRASIL, 1988)

Embora a ausência de embasamento legal na temática em específico mostra-se uma realidade, o ato normativo primário da deputada federal despreza a disposição constitucional no tocante a competência do Conselho Nacional de Justiça para normatizar ao Poder Judiciário e os atos que seus órgãos praticam, bem como a interpretação da resolução à luz dos preceitos fundamentais. Por sinal, foi considerando esses preceitos que o pleito cautelar proposto pela ADPF 527 foi julgado procedente pelo ministro Luís Roberto Barroso de modo a garanti-los às mulheres trans e travestis, como a dignidade da pessoa humana e o tratamento não degradante (BRASIL, 1988).

Sob a ótica exemplificativa, a deputada Chris Tonietto aplica um caso de crime cometido por mulher autodeclarada transexual no ambiente carcerário feminino, destacando a não realização de procedimento cirúrgico de redesignação e enaltecendo o risco às mulheres cis como regra. O feito se dá pelo explícito conservadorismo que motivou o projeto, depreendido pela sua inferência ao sexo como não apto de flexibilidade, ou seja, confundindo a noção de gênero e sexo tratando estes como sinônimos.

Sem o propósito de desprezar as agressões sexuais praticadas contra as mulheres cis do caso exemplificado, importa reascender um espectro criminológico. Fazendo uso de um delito eventualmente cometido por mulher trans contra mulheres cis no intuito de derrubar a vigência de resolução a ser observada pelos órgãos do judiciário em todo o país, percebe-se o atrelamento da habitualidade de conduta criminal às transexuais, espectro esse já apresentado pela denúncia de Silva (2019). Tão somente em busca da sustação dos efeitos das diretrizes adotadas pelo Conselho, o texto original do PDL 481/20 limita-se em alegar a desproporção de forças entre corpos trans e cis diante a vivência conjunta, ignorando até mesmo a possibilidade de celas/alas específicas mesmo em presídios femininos.

5 CONCLUSÃO

Delineado o quadro fático, histórico e normativo no que tange às demandas da mulher transexual, foi possível verificar que de fato estas seguem às margens sociais. Conquanto venha conquistando demais espaços no seio do convívio, a sua existência é potencialmente transformada em resistência. O livre acesso à educação, ao exercício de atividade laboral regulamentada por lei, o acesso à saúde conforme as especificações individuais e demais direitos afirmados como sociais, tendem a serem negados a essa minoria.

No cárcere, a recepção da mulher trans pode ocorrer de diferentes formas. Perante a inércia legislativa, as ínfimas conquistas do ajuizamento de suas demandas e as esparsas normas encontradas na administração prisional, vislumbra-se um cenário de insegurança com a possível inserção dela no sistema prisional.

É nesse momento que, reconhecido o caráter hostil do cárcere, o cruzamento de vulnerabilizações é percebido sob a mulher transexual. Já carregada das vivências sociais, depara-se com as pouquíssimas unidades prisionais com estrutura reservada a elas, passando pela transfobia institucional e de demais presos, pelo alto índice de subnotificação depreendido com a baixa adesão de levantamento de dados e até a própria atuação legislativa indo de encontro às tentativas de resguardá-las do ambiente hostil do cárcere.

Os resultados e conclusões alcançados demonstram a necessidade de uma urgente contribuição unificada advinda dos três poderes. O recente diálogo percebido entre o Executivo e o Judiciário demonstram importante papel para que o cumprimento de pena por elas ocorra o mais próximo possível das disposições legais, porém, movem forças que acabam confrontadas pelo Legislativo. A presença da temática na casa do povo é louvável, mas de modo a contribuir na proteção de direitos e preservação da vida das minorias deste mesmo povo, o que ainda não é perceptível.

Por fim, é incabível ignorar que os estigmas sociais e a inércia estatal estão diretamente ligados ao desconhecimento da construção do gênero, do seu desatrelamento de fatores biológicos e a persistência da leitura binária, inclusive, nas interpretações das normas brasileiras. Pelo exposto depreende-se que há um longo caminho até que as demandas transexuais sejam vistas com mais naturalidade, uma vez que a mera mudança do ponto de vista legal não altera o comportamento social diante a existência do corpo feminino transexual.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS [ANTRA]. Dossiê Assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2020. Bruna G. Benevides e Sayonara Naidier Bonfim Nogueira (Orgs.). São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BONASSI, Brune Camilo *et al.* Cisnorma: acordos societários sobre o sexo binário e cisgênero. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/182706>. Acesso em: 13 out. 2020.

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

_____. Câmara dos Deputado. Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo. PDL 481/20. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2265286>. Acesso em: 03 mar. 2021.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. Resolução n. 348, de 13 de outubro de 2020;

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Altera a Resolução CNJ nº 348/2020, que estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. Resolução n. 366, de 20 de janeiro de 2021;

_____. DEPEN. (2019). Nota Técnica nº 60/2019/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-publica-nota-tecnica-com-orientacoes-para-populacao-lgbti-encarcerada/copy_of_NOTATECNICALGBTI.pdf. Acesso em: 03 nov. 2020.

_____. DEPEN. (2020). Nota Técnica nº 9/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Nota_tecnica_n_9_-_depen_-_lgbt.pdf. Acesso em: 03 nov. 2020.

_____. MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiência de encarceramento. Secretaria Nacional de Proteção Global, Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT, Brasília. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.

_____. . Ministério do Trabalho. Classificação brasileira de ocupações. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/home.jsf>. Acesso em: 17 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 527. Relator Ministro Roberto Barroso, Brasília, 26 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-agu-travestis-cumprirem.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade. Tradução: Renato Aguiar. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2015.

CARRIERI, Alexandre de Pádua; SOUZA, Eloisio Moulin de; AGUIAR, Ana Rosa Camillo. Trabalho, violência e sexualidade: estudo de lésbicas, travestis e transexuais. Rev. Administração Contemporânea, Curitiba, v.18, n. 1, p. 78-95, fev. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552014000100006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 05 abr. 2021.

BARRETOS, Dayane do Carmo; ALEIXO, Klelia Canabrava; SOARES, Vanessa de Sousa. Entre a ausência e o excesso: a atuação do estado sobre corpos dissidentes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 10, n. 2, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i2.6806>. Acesso em: 03 nov. 2020.

DE SOUZA, Aedan Dougan Marques. O corpo transgênero e o direito brasileiro-uma breve análise do sistema jurídico brasileiro a respeito do não binário. *Revista Docência e Cibercultura*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 253-270, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redoc.2019.40521>. Acesso em: 22 out. 2020.

GOMES, Camilla de Magalhães. Têmis Travesti: as relações entre gênero, raça e direito na busca de uma hermenêutica expansiva do "humano" no Direito. 2017. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/23975>. Acesso em: 03 nov. 2020.

HIRSCH, Fábio Periandro; MENEZES, José Euclimar Xavier. O direito não socorre a quem expressa sua sexualidade? Assimetrias jurídicas acerca das manifestações do sexo nos âmbitos legislativo e judiciário brasileiros., p. 1-388-416. Disponível em: [10.22533/at.ed.4761916012](https://doi.org/10.22533/at.ed.4761916012). Acesso em: 14 maio 2021.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. 2. ed. Brasília, DF, 2012. Disponível em: < <http://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2021.

LIMA, Heloisa Bezerra; NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do. Transgeneridade e cárcere: diálogos sobre uma criminologia transfeminista. **Revista Transgressões**, v. 2, n. 2, p. 75-89, 10 dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6444>. Acesso em: 17 maio 2021.

LOPES, Saskya Miranda; LEITE, Bianca Muniz. Proteção Pra Quem? Lei Maria da Penha e as Mulheres Trans. In: PEREIRA, Denise. **Sexualidade e Relações de Gênero** [recurso eletrônico]. Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2019; v. 1. Disponível em: [10.22533/at.ed.4761916013](https://doi.org/10.22533/at.ed.4761916013). Acesso em: 14 maio 2021.

NELSON, Dulcinéa Peixoto *et al.* Demanda judicial da população transexual na 2ª Instância do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: uma análise das decisões até 2017. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 29, p. e290308, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312019290308>. Acesso em: 26 maio 2021.

O caso do estupro que se declarou transgênero, foi preso com mulheres e abusou delas. **BBC BRASIL**. 11 set. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45482538>. Acesso em: 03 mar. 2021.

PEREIRA, Tamires Tolomeotti; SIERRA, Jamil Cabral. Uma ficção biológico-conservadora. **Revista Retratos da Escola**. Brasília, v. 14, n. 28, p. 39-56., jan./abr. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22420/rde.v14i28.1099>. Acesso em 17 maio 2021.

PIZZI, Rodolfo Correa; PEREIRA, Camila Zacher; RODRIGUES, Marcio Silva. Portas Entreabertas: o mercado de trabalho sob a perspectiva de travestis e mulheres transexuais. **Revista Brasileira de Estudos Organizacionais**, v. 4, n. 1, p. 352, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.21583/2447-4851.rbeo.2017.v1n1.104>. Acesso em: 17 out. 2020.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução Jones de Freitas. jul. 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

SANTOS, Jocélio Teles dos. Incorrígíveis, afeminados e desenfreados: indumentária e travestismo na Bahia do séc. XIX. 1997. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-77011997000200005>. Acesso em: 17 maio 2021.

SCOTT, Joan. Gênero: uma Categoria Útil de Análise Histórica. Educação e Realidade. Porto Alegre, v. 20, n. 2, p.71-99, 1995. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1210/scott_gender2.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.

SILVA, Bruno do Nascimento. Instituições carcerárias: uma análise acerca do encarceramento de transgêneros no atual cenário brasileiro. 2019. Disponível em: <http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/20095>. Acesso em: 20 out. 2020.

SOUZA, Aedan Dougan Marques de. O corpo transgênero e o direito brasileiro. **Revista Docência e Cibercultura**. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redoc.2019.40521>. Acesso em: 20 out. 2020.

SOUZA, Heloisa Aparecida de; BERNARDO, Marcia Hespagnol. Transexualidade: As consequências do preconceito escolar para a vida profissional. **Revista Bagoas - Estudos Gays: Gênero e Sexualidade**, Natal, v. 8, n. 11, p. 157-175, jul.-dez. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/6548>>. Acesso em: 30 out. 2020.

VIEIRA, Adriana Dias; SOUSA, Tuanny Soeiro. Direitos sexuais, democracia e cidadania na experiência transexual e travesti. **Revista de Estudos Constitucionais**,

Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 11, n. 1, p. 82-98, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2019.111.05>. Acesso em: 22 out. 2020.

ZAMBONI, Marcio. O barraco das monas na cadeia dos coisas: notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema penitenciário. **ARACÊ-Direitos Humanos em Revista**, v. 4, n. 5, p. 93-115, 2017. Disponível em: <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/135>. Acesso em: 20 out. 2020.

AS CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL E SUAS INOVAÇÕES CONSTITUCIONAIS DIANTE DO SÉCULO XXI

FABIANA DA SILVA MORAIS:

Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

ANA CRISTINA LIRA¹²⁶

(coautora)

GILBERTO ANTÔNIO NEVES PEREIRA DA SILVA¹²⁷

RESUMO: A união estável foi reconhecida como entidade familiar com o advento da Constituição Federal, e trouxe avanços significativos ao longo do tempo, garantindo os direitos dos companheiros e possibilitando que a união estável seja tutelada pelo Estado. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar as medidas que são favoráveis para se ter o reconhecimento da união estável, juntamente com as suas inovações surgidas no século XXI. Como objetivos específicos, tem-se de relacionar o reconhecimento jurídico da União Estável e suas inovações constitucionais e identificar as propostas estabelecidas segundo o Código Civil para o reconhecimento da União Estável. Para tanto, este trabalho foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica, com abordagem dedutiva. Conclui-se que a partir das semelhanças e diferenças jurídicas entre os institutos da união estável e casamento, ambos garantem direitos específicos aos seus participantes, cabendo ao cidadão a liberdade de escolha sobre qual será o melhor caminho para a constituição de sua família.

Palavras-chave: União Estável, Direitos, Legislação, Reconhecimento, Inovações.

ABSTRACT: The stable union was recognized as a family entity with the advent of the Federal Constitution, and brought significant advances over time, ensuring the rights of partners and enabling the stable union to be protected by the State. In this context,

¹²⁶Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. E-mail: ana.lira1108@gmail.

¹²⁷Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: ganpds@uol.com.br.

this paper aims to analyze the measures that are favorable to have the recognition of the stable union, along with its innovations that have emerged in the twenty-first century. The specific objectives are to relate the legal recognition of stable unions and their constitutional innovations and to identify the proposals established by the civil code for the recognition of stable unions. To this end, this work was developed by means of a bibliographical research, with a deductive approach. It is concluded that from the similarities and legal differences between the institutes of stable union and marriage, both guarantee specific rights to its participants, leaving the citizen free to choose which will be the best way for the constitution of your family.

Keywords: stable union, rights, legislation, recognition, innovations.

Sumário: **1** Introdução - **2** Evolução histórica da união estável para o seu reconhecimento como entidade familiar - **3** Conceituação de união estável segundo o código civil de 2002: 3.1 Pressupostos de configuração da união estável e suas inovações; 3.2 Direitos e deveres dos companheiros na união estável; 3.3 Direitos sucessórios dos companheiros na união estável - **4** Conclusão - Referências

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar com especial proteção do Estado, sendo assim, foi posteriormente normalizada por leis infraconstitucionais, e também atribuíram grande relevância perante a sociedade brasileira.

Anteriormente, para que a união estável fosse reconhecida, era necessário um lapso temporal de cinco anos de convivência entre os companheiros. Hoje, por sua vez, os tribunais pátrios não têm fixado um tempo mínimo de convivência, no entanto, é necessário que exista uma convivência reconhecida de forma pública, conforme preceitua o Art. 1.723, caput do Código Civil/2002.

Houve grandes inovações constitucionais que apresentaram mudanças no direito de família, e por isso a união estável saiu do campo do direito das obrigações, transformando-se em uma sociedade de fato, passando a fazer parte do âmbito de direito de família como entidade familiar, com os mesmos efeitos jurídicos do casamento civil.

Desta forma, é de suma importância mencionar que, com a evolução da sociedade, pode-se observar de forma clara a diferença entre a família de outrora e a

família atual, pois os requisitos e motivos para constituí-la passaram por transformações expressivas social e juridicamente, tendo em vista que, antes da promulgação da Carta Magna de 1988, interesses e direitos dos companheiros eram somente reconhecidos por intermédio de leis esparsas, decisões judiciais e súmulas jurisprudenciais.

Durante muito tempo na sociedade, todos os tipos de uniões que não resultavam do casamento civil eram chamados de concubinato, e podiam ser classificadas em concubinato puro e impuro; puro, quando os companheiros envolvidos não tinham nenhum tipo de impedimento matrimonial; e impuro, nos casos de relação de adultério, além de concubinato incestuoso ou uma união que envolvia conviventes com parentesco próximo.

Diante disso, as uniões concubinárias passaram a ser reprovadas de diversas maneiras perante a sociedade, até a sua aceitação e reconhecimento sob especial proteção do Estado, no que se refere ao caso do concubinato puro. Uma vez protegidas, passaram a ser reconhecidas como união estável após a promulgação da Constituição de 1988, Iniciaremos este estudo com uma análise e explicação, retratando o reconhecimento da união estável e sua evolução constitucional com o passar dos anos, além de apresentar as mudanças científicas, tecnológicas e também mudanças de valores que foram significativas para sociedade, o que acabou por impulsionar inúmeras mudanças ao longo do século passado, as quais tiveram influência direta no conceito de família, sobretudo no Brasil do século XXI.

Serão percorridas as consequências do reconhecimento jurídico da união estável e suas inovações constitucionais diante do século XXI, ressaltando a grande relevância da evolução que a legislação brasileira conquistou. Com base nos parâmetros constitucionais, várias inovações foram introduzidas no âmbito do direito de família, com o marco do texto constitucional para esta nova entidade familiar.

Por sua vez, disciplinando nas inovações sociais e na seara jurídica concernente a união estável, a promulgação da Carta Magna de 1988 trouxe para o instituto um novo *status* de entidade familiar, visto que a sociedade brasileira, durante muito tempo almejava tão significativa regulamentação, e isso finalmente ocorreu no texto constitucional, em virtude da existência de muitas famílias vivendo em união não formalizada e inclusive considerada como marginalizada (BRASIL, 1988).

Para tanto, o presente estudo foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, baseada na elaboração, se utilizando sobretudo de materiais que já foram publicados, assim como jurisprudências, códigos, doutrinas e revistas jurídicas, em virtude de serem estudos referentes às inovações prestigiadas a nova entidade familiar, sob à luz da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, o direito de família, com o marco da Constituição Federal, ampliou o conceito, o reconhecimento e a proteção à nova entidade familiar, visando, o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, os efeitos jurídicos e as consequências que versam sobre a nova temática são de grande magnitude para que se possa haver melhor eficácia na construção do direito e na prestação jurisdicional, precipuamente para atuação dos operadores do direito diante das transformações sociais.

Desta forma, dispôs-se a analisar as medidas que são favoráveis para que se tenha o reconhecimento da união estável, juntamente com as suas inovações no século XXI e as propostas estabelecidas segundo o Código Civil.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL PARA O SEU RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR

O Direito Brasileiro consagrou as expressões 'companheirismo' e 'conviventes' na união estável, para caracterizar a união informal entre pessoas do mesmo sexo ou não, com o objetivo de constituição familiar, cedendo lugar a desgastada definição de concubinato, que não pode ser confundida com a união estável. Portanto, pode-se assim dizer que tal relação está isenta de formalidades, não se coaduna com a mera eventualidade, e por conta disso é equiparada ao casamento em caso de reconhecimento jurídico, consolidando-se como forma de família (DINIZ, 2018).

Assim, importa dizer que a conquista para o reconhecimento da união estável foi considerada pela doutrina como muito difícil, haja vista que anteriormente ao novo *status* de entidade familiar, era conhecida como concubinato, para alguns, e, para outros uniões livres, sem base sólida de família, julgada inclusive como ameaça para o casamento, praticamente união condenada para o seio da sociedade brasileira.

Segundo Magalhães (2018), o status da união era de substancial importância para a antiga qualificação dos filhos. Quando se tratava do concubinato, antiga nomenclatura da união estável, eram considerados naturais. Já os filhos advindos do casamento eram considerados legítimos.

Pode-se constatar que no já revogado Código Civil de 1916, há vários dispositivos que não protegem o casal concubino, ao contrário, proibia o amparo recíproco em relação à herança por morte, e considerava patrimonialista, legítima e exclusiva a família proveniente do matrimônio, como única instituição familiar que poderia receber a proteção do Estado.

Segundo Stolze e Pamplona (2019), a união livre simplesmente não era considerada como família, e a sua concepção era fruto de uma relação ilícita, comumente associada ao adultério, que deveria ser rejeitada e proibida, por decorrência de dogmas religiosos e imposições estatais de controle.

Anterior ao Código Civil de 1916, de forma bem restrita, alguns direitos já vinham sendo timidamente garantidos às companheiras viúvas dos trabalhadores das estradas de ferro, pois as empresas foram responsabilizadas civilmente pela indenização no caso de morte. Assim, a empresa tinha o dever de dar suporte nas despesas alimentícias e de prover auxílio de educação, surgindo dessa forma o Decreto nº 2.681/1912.

Vale ressaltar que o ordenamento jurídico da época trazia em seu bojo um conceito de família bastante conservador e restrito advindo da forte influência da igreja católica romana, de forma que os filhos considerados ilegítimos não recebiam o mesmo tratamento dados aos legítimos, que por sua vez eram reputados como os únicos beneficiários do espaço da família codificada.

Desta forma, o Código Civil de 1916 não dava a liberdade de constituição de vida familiar por qualquer outra forma de organização que não a do casamento, limitando-se a sempre tratar do concubinato como sinônimo de relação adúltera, e permitindo o reconhecimento e filho com a condição de que que não houvesse impedimento dirimente absoluto ao casamento, conforme diz art. 363, inciso I, do diploma legal.

Já nos meados de 1942, o Decreto-Lei nº 4.737 dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais somente após ocorrer o desquite do ascendente casado, sendo posteriormente estendida para os casos de filhos extraconjugais, nas situações de necessidade de auxílio alimentar, e se fazia necessária a investigação da paternidade.

Nesse sentido, outras leis e decretos, tais como a legislação previdenciária, admitem a designação do segurado para a companheira que vivesse sob sua

dependência econômica, mediante a convivência de mais de cinco anos comprovados, mesmo que a mulher não fosse companheira exclusiva.

Destarte, a jurisprudência brasileira foi admitindo outros direitos, mesmo de forma resistente, e tinha como pré-requisito o lapso temporal do concubinato, unilateralmente ou por comum acordo, de forma que a companheira sempre ficava em situação de abandono e desamparo, pois via de regra, todo patrimônio amealhado do casal com esforço comum encontrava-se exclusivamente no nome do companheiro.

A jurisprudência adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo estendeu-se aos demais tribunais do país, e foi admitida também pelo Supremo Tribunal Federal, que a adotou no sentido de que o rompimento de uma ligação *more uxorio* duradoura gerava consequências de ordem patrimonial. Daí, surge a Súmula 380, nestes termos: “comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do adquirido pelo esforço comum”.

Conforme Stolze e Pamplona (2019), o referido aresto jurisprudencial tratou da partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, o que se convencionou reconhecer como uma sociedade de fato. Tal qual a sociedade formada pelo vínculo matrimonial, a conjunção de esforços de ambos os concubinos (expressão que ainda persistia naquele momento histórico) formava, no campo dos fatos, uma sociedade, o que autoriza, na sua eventual dissolução, a partilha dos bens.

Vale ressaltar que a Súmula não trouxe solução completa, mas para resolver principalmente os litígios da época, foi de grande pertinência, mormente no desenlace das questões de dissolução. Por não existir possibilidade jurídica do pedido por conta da inexistência de lei, muitos julgamentos negavam qualquer direito à concubina, e nos casos de morte dos companheiros, por ser uma união livre e informal, muitos parentes do de *cujus* aproveitavam a oportunidade para tomar posse do patrimônio, não respeitando o companheiro(a) no direito de herança.

Finalmente em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil conquistou um grande espaço para tutelar a união estável no direito de família, e dessa forma buscou dignificar e proteger em um novo *status* a entidade familiar constitucionalmente reconhecida, atribuindo direitos e deveres para os companheiros e para os filhos concebidos na união.

Apesar da Constituição celebrar com ênfase sua proteção à entidade familiar constituída entre o homem e a mulher por meio da união estável, em se tratando do

repúdio social fruto da religiosidade, as uniões de pessoas do mesmo sexo permaneceram sendo alvo de muita discriminação, e não eram amparadas juridicamente pelo ordenamento brasileiro.

Atualmente muitos países reconhecem a união homoafetiva e autorizam o casamento dessas pessoas. Contudo, a justiça brasileira vem reconhecendo juridicamente a existência das uniões homossexuais, mas conferindo apenas efeitos de ordem patrimonial, sob a qualificação de sociedade de fato, respaldada pelo direito das obrigações.

Nessa esteira comenta Dias (2016, p.483):

[...] Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. Diante das garantias constitucionais que configuraram o Estado Democrático de Direito, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual.

Para que seja reconhecida juridicamente, a união estável deverá apresentar suas principais características. Sendo assim, a lei de forma clara e transparente transcreve suas características como a convivência pública, contínua e duradoura. Contudo, pode-se simplificar através de quatro elementos, sendo eles: a publicidade, continuidade, estabilidade, e principalmente o *animus* de constituição de família.

Conforme o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, na constituição familiar da união estável é imprescindível a presença dos elementos essenciais para sua formação, veja um julgado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POS MORTEM. ENTIDADE FAMILIAR QUE SE CARACTERIZA PELA CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA, DURADOURA E COM OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA (ANIMUS FAMILIAE). DOIS MESES DE RELACIONAMENTO, SENDO DUAS SEMANAS DE COABITAÇÃO. TEMPO INSUFICIENTE PARA SE DEMONSTRAR A ESTABILIDADE

NECESSÁRIA PARA RECONHECIMENTO DA UNIÃO DE FATO. 1. O Código Civil definiu a união estável como entidade familiar entre o homem e a mulher, "configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (art. 1.723). 2. Em relação à exigência de estabilidade para configuração da união estável, apesar de não haver previsão de um prazo mínimo, exige a norma que a convivência seja duradoura, em período suficiente a demonstrar a intenção de constituir família, permitindo que se dividam alegrias e tristezas, que se compartilhem dificuldades e projetos de vida, sendo necessário um tempo razoável de relacionamento. 3. Na hipótese, o relacionamento do casal teve um tempo muito exíguo de duração - apenas dois meses de namoro, sendo duas semanas em coabitação -, que não permite a configuração da estabilidade necessária para o reconhecimento da união estável. Esta nasce de um ato-fato jurídico: a convivência duradoura com intuito de constituir família. Portanto, não há falar em comunhão de vidas entre duas pessoas, no sentido material e imaterial, numa relação de apenas duas semanas. 4. Recurso especial provido. (BRASIL, 2019c).

Óbvio que esses elementos, necessariamente, precisam estar conectados a um elemento principal, que é o ânimo de constituir família, isto é, a intenção de estar vivendo como se casados fossem (a chamada convivência *more uxorio*). É possível perceber, inclusive, que a intenção de estar convivendo como casados é apresentada como elemento principal para a caracterização da entidade familiar.

A publicidade da convivência diz respeito à notoriedade da relação no meio social frequentado pelo casal, ou seja, a exposição pública da relação, em que assumem perante a sociedade comportamento e atos de casados, e são, portanto, socialmente reconhecidos como uma família.

Ainda que a lei não estabeleça um decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, outro elemento característico importante é a continuidade do vínculo, que deve ser prolongado e de caráter contínuo, e por isso que há diferença entre união estável e namoro.

Observa-se, a propósito, o julgado do Superior Tribunal de Justiça, neste tocante:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.529.347 - DF (2019/0181947-1) RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ. AGRAVANTE: L A M J ADVOGADOS: ANTÔNIO JOSÉ DA CRUZ - DF012595 ADRIANA BELTRAO MENDES XAVIER E OUTRO (S) - DF029133 AGRAVADO: L DO N M ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL DECISÃO Trata-se de agravo apresentado por L A M J, contra a decisão que não admitiu seu recurso especial, que visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, assim resumido: APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO POST MORTEM DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. SEPARAÇÃO DE CASAS. RELAÇÃO POSTERIOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NAMORO. IMPROCEDÊNCIA. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Presidente. (BRASIL, 2019b).

A notoriedade também é significativa, porém pode ser discreta, pois a união deve ser conhecida no meio social em que os conviventes participam, e deverão tratar-se como se casados fossem. Em outras palavras, é necessário que a relação afetiva seja pública, no sentido de não ser clandestina, ser considerada como família, e deve manter o respeito recíproco e a convivência em qualquer situação.

Neste sentido, corrobora Diniz (2018, p.326) sobre publicidade, em que:

Notoriedade de afeições recíprocas, que não significa de modo alguma publicidade. A esse respeito bastante expressiva é a lição de Cunha Gonçalves, segundo a qual a ligação concubinária há de ser notória, porém pode ser discreta, caso em que a divulgação do fato se dá dentro de um círculo mais restrito, o dos amigos, o das pessoas de íntima relação de ambos, o dos vizinhos do companheiro, que poderão atestar as visitas frequentes do outro, suas entradas e saídas. A discrição seria, como pondera Caio Mário da Silva Pereira, um meio termo entre a publicidade ou notoriedade franca e o segredo dessas relações.

Assim, não se tem união estável se os encontros forem furtivos ou secretos, embora haja prática reiterada de relações sexuais.

É mister que a união estável seja revestida de estabilidade, o que nada mais é do que a convivência duradoura. O relacionamento passa por um processo de amadurecimento da relação, e se inicia por meio de um vínculo afetivo e envolvimento mútuo, que acaba transbordando o limite particular e torna-se público para as pessoas que vivem em derredor. Após esses passos, o relacionamento pode tornar-se cada vez mais estável, o que faz com que tal visibilidade de vínculo o torne merecedor da tutela jurídica como uma entidade, e dessa forma o casal passa a ter uma universalidade única, que garantem os direitos patrimoniais

A união estável é a prova do enlaçamento da vida, comprometimento e afetividade recíprocos durante bons e maus momentos, bem como a repartição de alegrias e tristezas experimentadas reciprocamente. Também deve ter expectativa criada entre ambos de alcançar projetos futuros comuns, daí a exigência dos requisitos de notoriedade, continuidade e durabilidade da relação, que servem como meio de comprovação da existência do relacionamento.

Como uma característica citada pela lei, se pressupõe que a relação seja contínua, ou seja, interruptiva. Do contrário, se a ausência de continuidade for constatada, isso induzirá o enfraquecimento da relação, conforme discorre Gonçalves (2019, p.49):

Não há prazo mínimo, mas deve apresentar-se como “duradoura”, isto é, não haverá “união estável” quando os fatos relevarem que a convivência entre o homem e a mulher não passou de uma “relação passageira” ou “fugaz”. A descontinuidade, também induz debilidade no relacionamento entre os conviventes e afasta a tutela especial da lei. Da mesma maneira, a clandestinidade da convivência impede a configuração de entidade familiar.

Ademais, na união estável o objetivo de constituir família é a principal característica para o reconhecimento do instituto, porque os conviventes vivem uma relação de companheirismo e comunhão de vida, com aspecto de casamento e potencial repercussão jurídica. Portanto essa intenção será investigada para que seja reconhecida a união estável, se for verificada a ausência dessa finalidade instantânea

de constituição de família, a conclusão será de que, na verdade, se trata de um namoro. Ainda, não será considerada como um fator determinante a existência de filhos.

Nessa esteira, Gonçalves (2019, p.49-50) ainda diz que:

O mais importante, porém, segundo a disciplina da Lei nº 9.278, não é o tempo de convivência (dado objetivo). É o *animus* dos companheiros, pois a união estável, qualquer que seja a duração da convivência, terá de caracterizar-se pelo objetivo de constituir família. Isto quer dizer, somente haverá a “entidade familiar” legalmente tutelada quando se configurar, por parte dos conviventes, o *animus* de assumir, perante a sociedade, um status em tudo semelhante ao de pessoas casadas, concedendo-se mutuamente o tratamento, a consideração, o respeito que se dispensam reciprocamente, os esposos.

Vale ressaltar que a união estável é desprovida de solenidade para sua constituição, portanto, devido a esse caráter fático e informal, conclui-se que, por ser uma união de fato, não se condicionaria ao parecer impositivo da diversidade sexual, típico do casamento, admitindo assim o reconhecimento da relação familiar entre os conviventes, sejam do mesmo sexo ou não. Deste modo, expõe o professor Barroso (2015, p.141):

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolver a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definitivo e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimada a das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significa declarar que eles não são

merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos valia”, menos importante, menos digno.

Dando continuidade à análise das características discutidas, existem outras indicadas pelos doutrinadores, quais sejam a vontade como um elemento ensejador dessa relação, embasado no princípio da livre manifestação de desejo entre os companheiros. Outro elemento importante é a fidelidade, que tem como função revelar a intenção da vida em comum, e em alguns casos, revelar a dependência e coabitação dos parceiros, sendo que, a relação de união estável deverá ter aparência de casamento. Tais características, além de serem relevantes para o devido reconhecimento jurídico e social, também serão essenciais para que direitos e benefícios legais inerentes aos companheiros sejam aplicados.

Desta forma, apesar da legislação brasileira estabelecer que a ausência de uma dessas características essenciais elimina o reconhecimento de união estável, caso se verifique e se comprove nesta situação a existência do núcleo familiar, o Estado terá que garantir sua proteção. Deste modo, para Diniz (2018), existem diversas espécies de união estável presentes no ordenamento jurídico atual, que podem ser classificadas como concubinato puro ou impuro, ou mesmo, concubinato.

Assim preceitua Diniz (2018, p.330):

Será puro se apresentar como união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. [...] Ter-se-á concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de casar-se. No concubinato há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (CC, art. 1727), visto não poder ser convertido em casamento. Apresenta-se como: a) adúltero [...], se se fundar no estado de cônjuge de um ou ambos os concubinos [...]; e b) incestuoso, se houver parentesco próximo entre os amantes.

Neste sentido manifesta-se Pereira (2016, p.6):

Assim, entendemos que a expressão união estável, adotada pela atual Constituição brasileira, veio substituir a expressão

concubinato. Podemos dizer, então que a união estável é o concubinato não adúltero. O concubinato adúltero, em razão do princípio jurídico da monogamia, não recebe a proteção do Estado como forma de família. Os direitos decorrentes do concubinato adúltero não estão no campo do Direito de Família, mas na teoria das sociedades de fato, no direito obrigacional, que encontra respaldo e fundamentação teórica para justificá-lo. Entretanto, a linguagem de grande parte de nossos tribunais, para designar as consequências e efeitos jurídicos de uma união estável, é ainda a de concubinato ou, quando muito, alternando uma e outra.

Portanto, observa-se que, a união estável ou o concubinato puro correspondem ao convívio duradouro de pessoas sem impedimentos de outra relação, podendo ser do mesmo sexo ou não, com o objetivo de constituir família. Por outro lado, o impuro ocorre quando os concubinos vivenciam situação adversa do casamento ou mesmo da união estável, e por isso encontram-se desprovidos de proteção do Estado.

Após a devida conceituação de união estável e da análise de seus principais elementos caracterizadores, a próxima seção tratará de um exame da legislação vigente que diz respeito ao tema abordado no estudo.

3 CONCEITUAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL DE 2002

A Constituição Federal de 1988 concede novo *status* a união estável, antes denominada pejorativamente pela sociedade como concubinato, e dá um manto de proteção jurídico e social para nova entidade familiar, com a seguinte expressão constitucional, no art. 226, § 3º, CF, *in verbis*:

Art. 226, Caput. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, após a revogação dos diplomas anteriores que regiam a matéria da união estável, o instituto foi inserido no Livro IV do

Direito de Família, e passou a ser regulamentado em título próprio a partir do art. 1.723 a 1.727, tratando dos aspectos pessoais e patrimoniais. O artigo 1.723 do respectivo Código inicia o conceito de união estável reconhecendo-a como entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Como já apresentado, Gonçalves (2019) considera que não é, pois, o tempo com determinação de número de anos que deverá caracterizar uma relação como união estável, mas outros elementos expressamente mencionados: "convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

A Lei Civil estabelece, em seu art. 1.723, § 1º, que a existência de alguns dos impedimentos matrimoniais, aqueles previstos no art. 1.521, impedirão a configuração da união estável, são vedações para a celebração do casamento e, naturalmente, por equiparação terão efeitos na constituição da união estável.

Nesse sentido, não podem viver em união estável (o que significa dizer, não podem casar): os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os irmãos, unilaterais ou bilaterais e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; o adotado com o filho do adotante; e, finalmente, o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Cumpre ressaltar que a existência de casamento anterior, conforme o art. 1.521, VI, não constituirá obstáculo para a caracterização da união estável se um dos companheiros, embora ainda casado, já estiver separado de fato.

Face às considerações aduzidas, faz-se necessário apresentar entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, observa-se o julgado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO DE ARROLAMENTO E PARTILHA DE BENS. UNIÃO ESTÁVEL CONCOMITANTE A CASAMENTO SEM SEPARAÇÃO DE FATO. 1. À luz do disposto no § 1º do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica. Nesse viés,

apesar de a dicção da referida norma também fazer referência à separação judicial, é a separação de fato (que, normalmente, precede a separação de direito e continua após tal ato formal) que viabiliza a caracterização da união estável de pessoa casada. 2. Conseqüentemente, mantida a vida em comum entre os cônjuges (ou seja, inexistindo separação de fato), não se poderá reconhecer a união estável de pessoa casada. Nesse contexto normativo, a jurisprudência do STJ não admite o reconhecimento de uniões estáveis paralelas ou de união estável concomitante a casamento em que não configurada separação de fato. 3. No caso dos autos, procedendo-se à reavaliação do quadro fático delineado no acórdão estadual, verifica-se que: (a) a autora e o réu (de cujus) mantiveram relacionamento amoroso por 17 anos; (b) o demandado era casado quando iniciou tal convívio, não tendo se separado de fato de sua esposa; e (c) a falta de ciência da autora sobre a preexistência do casamento (e a manutenção da convivência conjugal) não foi devidamente demonstrada na espécie, havendo indícios robustos em sentido contrário. 4. Desse modo, não se revela possível reconhecer a união estável alegada pela autora, uma vez que não foi atendido o requisito objetivo para sua configuração, consistente na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica. 5. Uma vez não demonstrada a boa-fé da concubina de forma irrefutável, não se revela cabida (nem oportuna) a discussão sobre a aplicação analógica da norma do casamento putativo à espécie. 6. Recursos especiais do espólio e da viúva providos para julgar improcedente a pretensão deduzida pela autora. (BRASIL, 2019a).

Como leva a lição de Rosenvald e Farias (2015), que, apesar de os impedimentos matrimoniais serem aplicáveis à união estável, as causas suspensivas não embarçam a sua caracterização, o que, de algum modo, pode gerar uma perplexidade: pessoas que celebram casamento com inobservância das causas suspensivas ficam submetidas, obrigatoriamente, ao regime da separação de bens, enquanto que aquelas que constituem união estável com inobservância das mesmas causas suspensivas não sofrem da mesma restrição patrimonial. É o que emana do § 2º do art. 1.723,

registrando que “as causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Dessa forma, pode-se verificar que a união estável não se constituirá se houver um dos impedimentos que alude o diploma legal, não ocorrendo impedimentos se existirem causas suspensivas, nos casos de pessoas casadas separadas de fato ou judicialmente. Por seu turno, se ocorrer inobservância dos impedimentos por um dos companheiros ou ambos, não será reconhecida a constituição da união estável.

Vale destacar ainda que, com a vigência do Código Civil de 2002, os efeitos patrimoniais da união estável passam a adotar o regime da comunhão parcial de bens, ressalvada a hipótese de as partes haverem firmado um contrato de convivência em sentido contrário. Isso consubstancia-se como mais um reconhecimento que percorreu um longo caminho a ser conquistado, pois outrora, através da jurisprudência, somente eram reconhecidos os efeitos patrimoniais como sociedade de fato sob a condição de existirem provas do esforço de ambos, tendo como destaque a Súmula 380 do STF.

3.1 PRESSUPOSTOS DE CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E SUAS INOVAÇÕES

Durante muito tempo foi mantido o concubinato na sociedade, e com o passar dos anos e a evolução das leis e da sociedade, esse tipo de união foi elevado à condição de entidade familiar, constituído pela união estável, em uma risca inexcedível de preconceito, contrariando a família natural e evoluindo até superação dos preconceito existentes na sociedade. É importante ressaltar que essas evoluções se deram com o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, e com o seu advento, surgiram alguns requisitos para a configuração da união estável, como já apresentado anteriormente.

Um das grandes evoluções dos requisitos para a caracterização da união estável é o reconhecimento da união estável homoafetiva, que foi reconhecida historicamente em votação unânime no ano de 2011, com julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal, e conta com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, conferindo ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição Federal, para excluir daquele dispositivo todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, de forma que esse posicionamento deverá ser seguido por todos os juristas do Brasil.

O outrora, de acordo com o artigo 226, § 3º da Constituição Federal, a proteção como entidade familiar só protegia a união estável entre pessoas do mesmo sexo. No

entanto, mesmo que essa redação não tenha sido efetivamente alterada, deve ser lida de outra maneira, onde se lê "homem e a mulher", deve ser ter a interpretação de "cônjuges", "pessoas" ou "conviventes".

Seguindo a esteira de inovações jurisprudenciais, pode-se ressaltar a decisão proferida no julgamento em 2017, pelo Supremo Tribunal Federal, quando declararam inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens, inclusive em uniões homoafetivas.

Segundo o voto do Ministro Luís Roberto Barroso "Quando o Código Civil desequiparou o casamento e as uniões estáveis, promoveu um retrocesso e promoveu uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite", completou. O artigo 1.790 do Código Civil pode ser considerado inconstitucional porque viola princípios como a igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso".

Conforme afirma o Mestre Gonçalves (2019), não se justifica, com efeito, esse tratamento discriminatório, em comparação com a posição reservada às famílias matrimonializadas, nas quais o cônjuge sobrevivente figura em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, afastando da sucessão os colaterais do *de cuius*, quando a própria Constituição Federal recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento.

É importante ressaltar que a regra maior é a da Constituição Federal, que traz o respeito à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988), e adota como primordiais os princípios da igualdade, isonomia, afetividade, o que se faz concluir que as mesmas regras da união estável devem ser utilizadas na união homoafetiva, assim como em todas as famílias constituídas no território nacional.

Outra grande mudança na doutrina e na jurisprudência brasileira foi em relação a coabitação entre os companheiros, isso significa dizer que ninguém deixará de ter uma união estável reconhecida por não possuir filhos, por questões profissionais ou ainda por morarem em residências distintas, e isso torna a coabitação um requisito não necessário. Muitos doutrinadores, como Diniz (2018) e Gonçalves (2019), defendem a coabitação, que apesar de não ser considerado um elemento essencial para a configuração, se torna uma característica que facilita a demonstração da união estável.

Pode-se destacar um marco jurisprudencial relevante, como a edição da Súmula de nº 382 pelo Supremo Tribunal Federal, estabelecendo que: "A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato". Dessa forma, foi consolidado o entendimento sobre a configuração da união estável, ficando evidente que a coabitação não é essencial, mas sim a qualidade da relação entre os companheiros em questão. Se essa relação preenche todos os demais requisitos legais que estão estabelecidos na lei, residir no mesmo endereço fica absolutamente dispensável (BRASIL, 1964).

O art. 1.723, *Caput* do Código Civil, não estabeleceu um lapso temporal para o reconhecimento da união estável, o que anteriormente, segundo a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, para que a união estável fosse reconhecida, era necessário um lapso temporal de cinco anos de convivência entre os companheiros, o que foi revogado pela nova legislação vigente e causou grandes benefícios para os cônjuges que viviam menos de cinco anos juntos.

Acerca dessa evolução, Madaleno (2018) doutrina que "andou bem o legislador ao afastar um prazo mínimo para reconhecer a existência de uma união estável, porque importa ao relacionamento a sua qualidade e não o tempo da relação".

Dessa forma, conclui-se que a união estável é construída na base sólida da afetividade, trazendo para família qualidade na convivência e responsabilidade de todos os integrantes que formam esta entidade familiar e que buscam na união a verdadeira felicidade, com respeito e obediência ao que preceitua o ordenamento jurídico no que tange os seus requisitos.

3.2 DIREITOS E DEVERES DOS COMPANHEIROS NA UNIÃO ESTÁVEL

É mister esclarecer que um dos deveres dos companheiros na união estável é o amparo financeiro, como está regulamentado na lei e nas relações pessoais entre os conviventes. Dentre os direitos e deveres estão a lealdade, respeito, assistência, o dever de guarda, educação dos filhos e sustento. Portanto, observa-se que apesar de serem semelhantes, existem alguns aspectos que distinguem as peculiaridades da união estável e do casamento.

É notório que, para cada dever haverá um direito equivalente, como o de exigir uma conduta compatível ao levar em consideração o dever de lealdade, além do compromisso de fidelidade sexual e afetiva, visto que na ausência desse compromisso, pode-se haver a dissolução da relação de companheirismo.

O dever de respeito recíproco, por ser de uma grandeza imensurável, é difícil de ser apreendido por meios jurídicos tradicionais, por isso é um pressuposto da própria afetividade, o que justifica a existência do próprio vínculo. O dever de assistência poderá ser concretizado não só de forma material, a exemplo do apoio alimentar, mas também de auxílio espiritual e moral. Por último, há o dever de guarda, educação, e sustento dos filhos, assim como acontece no casamento, o que é decorrência do próprio poder familiar, como bem observa Cahali (2018, p. 194):

In fine, tem-se o dever de guarda, sustento e educação dos filhos. Não nos parece, porém, cuidar essa hipótese de um efeito tipicamente matrimonial. Efetivamente, a guarda, sustento e educação da prole parece estar mais razoavelmente ligada aos deveres decorrentes da paternidade ou maternidade, que, por lógico, da existência ou não de um casamento.

Contudo, pode-se dizer que os efeitos na união estável incidem distintamente, se comparados ao casamento, pois no matrimônio se estabelecem relações pessoais e patrimoniais que acarretarão consequências de efeitos jurídicos. Assim, a relação de união estável pode ou não gerar efeitos jurídicos, pois uma vez reconhecida como entidade familiar social e juridicamente, terá a proteção do Estado.

Dessa forma preceitua Pereira (2016, p. 48) sobre a liberdade de rompimento:

Objetivamente, podemos apontar como principal consequência, ou efeito jurídico desse tipo de casamento, a liberdade de rompimento da relação. A união estável pode ser dissolvida livremente, sem qualquer justificação e independente de processo judicial. Se considerarmos meramente o aspecto jurídico, o rompimento de uma relação concubinária talvez seja mais fácil e, conseqüentemente menos traumático. Mas o que está no cerne dessa relação é a comunhão de afetos, e esta não se rompe sem dor, sem sofrimento. É assim nas relações com selo da oficialidade ou não. Ao contrário do que se apregoa, a separação de um casal que não tenha as regras escritas, ou preestabelecidas, é muito mais difícil de se fazer, uma vez que as relações afetivas acabem se misturando muito mais com os

aspectos materiais, financeiros e patrimoniais do que aqueles que tem suas regras definidas através de um casamento civil.

Com base no Código Civil de 2002, conclui-se que, os deveres decorrentes da união estável, tal como matrimônio, não devem ser entendidos como uma previsão ligada especificamente à relação entre companheiros, mas sim como a simples reverberação de um importante dever de matriz muito mais genérica, advinda do próprio vínculo paterno ou materno-filial. Dessa forma, destaca-se outro efeito pessoal da união estável, que é a possibilidade dada à companheira para que utilize o sobrenome do convivente, prevista no artigo 57, § 2º, da Lei 6.015/73, que regulamenta sobre os Registros Públicos, qual seja:

Art. 57. § 2º. A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patrocínio de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambos.

Assim sendo argumenta Czajkowski (2016, p. 205) sobre a existência de impedimentos legais para o casamento dos concubinos:

[...] As uniões livres subsistem e proliferam em nossa sociedade não porque as partes precisam, mas porque querem fazer assim; e a emancipação feminina, a igualdade jurídica da mulher e do homem, tornou ultrapassada a necessidade dela adotar o nome de família dele para fazer-se respeitada perante o meio social. [...] É cada vez mais difícil imaginar uma razão excepcional, um motivo ponderável para uma concepção desta ordem. Talvez uma carreira profissional associada ao nome do(a) companheiro(a), onde a aplicação do permissivo legal teria o condão de evitar prejuízos comerciais, ou de regularizar relações societárias. De qualquer forma, a evolução dos costumes e o advento do divórcio fizeram perder, em muito, o sentido e o alcance deste artigo.

Deste modo, diante de tantas mudanças relativas à união estável implantadas na Lei nº 9.278/96 e no Código Civil de 2002, automaticamente modificou-se o prazo

de cinco anos obrigatórios de estabilidade. Conseqüentemente, por interpretação analógica à regra do artigo 57 da Lei nº 6.015/73, também se deve dar importância ao disposto no artigo 1.565, § 1º do Código Civil de 2002, que afirma que, qualquer dos cônjuges pode adotar o sobrenome do outro, e portanto, isso deve ser estendido aos companheiros.

No contrato de convivência tem-se a possibilidade de que os conviventes, a qualquer tempo, regulem da forma mais adequada possível às questões patrimoniais, e podem inclusive agregar efeito retroativo às deliberações. A lei proporciona liberdade, ao dar diversas possibilidades, para que os companheiros possam estipular o que quiserem, não só em se tratando de questões de ordem patrimonial, mas também de ordem pessoal, desde que, não contrariem a Constituição Federal.

Aproveitando o ensejo, é oportuno consignar o entendimento do julgado com grande relevância pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA PARTICULAR. REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS DE FORMA SIMILAR À COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. POSSIBILIDADE. 1. O texto de Lei que regula a possibilidade de contrato de convivência, quando aponta para ressalva de que contrato escrito pode ser entabulado entre os futuros conviventes para regular as relações patrimoniais, fixou uma dilatada liberdade às partes para disporem sobre seu patrimônio. 2. A liberdade outorgada aos conviventes deve se pautar, como outra qualquer, apenas nos requisitos de validade de um negócio jurídico, regulados pelo art. 104 do Código Civil. 3. Em que pese a válida preocupação de se acautelar, via escritura pública, tanto a própria manifestação de vontade dos conviventes quanto possíveis interesses de terceiros, é certo que o julgador não pode criar condições onde a lei estabeleceu o singelo rito do contrato escrito. 4. Assim, o pacto de convivência formulado em particular, pelo casal, na qual se opta pela adoção da regulação patrimonial da futura relação como símil ao regime de comunhão universal, é válido, desde que escrito. 5. Ainda que assim não fosse, vulnera o princípio da boa-fé (*venire contra factum proprium*), não sendo dado àquele que, sem amarras, pactuou a forma como se

regularia as relações patrimoniais na união estável, posteriormente buscar enjeitar a própria manifestação de vontade, escudando-se em uma possível técnica não observada por ele mesmo. 5. Recurso provido. (BRASIL, 2016)

Como se pode verificar, a possibilidade de avença escrita denomina-se de contrato de convivência, instrumento pelo qual os conviventes de uma união estável regulamentam os reflexos da relação. O pacto informal pode constar de escrito particular, ou mesmo de escritura pública, e deve ser levado ou não a inscrição, registro ou averbação. Podem inclusive conter disposições ou estipulações diversas, instrumentalizadas em conjunto ou separadamente em vários negócios jurídicos, desde que apresente a anuência dos conviventes.

O contrato de convivência não pressupõe a existência de uma união estável, pois sua constituição decorre da constatação positiva dos elementos legais, mas é um forte indício da sua existência. Tal contrato está sujeito a suspensão, pois sua eficácia depende da caracterização da união estável, e não pela vontade manifestada no contrato. Assim, mesmo firmando o contrato, é possível que a união seja questionada judicialmente.

A liberdade dos conviventes mediante um contrato de convivência é plena, salvo, em casos de doação de todo o patrimônio a um dos conviventes, sem que o mesmo nada tenha deixado para sua própria subsistência, permitindo, nessa situação, efeito retroativo. O contrato de convivência poderá ser modificado a qualquer tempo, e pode inclusive ser revogado no decorrer da união, desde que seja uma vontade expressa dos companheiros.

Nos contratos de convivência será considerada nula a convenção ou cláusula que contrarie a lei. No entanto, será validada a cláusula que determina o pagamento de indenização quando há dissolução da união, sendo que essa previsão poderá ter embasamento tanto em situações em que apenas um dos conviventes deseja a separação ou ainda em casos de culpa de um dos companheiros.

Não há uma imposição para que o contrato seja registrado no Cartório de Registro Civil ou averbado no Registro Imobiliário dos bens do casal, porquanto, poderá ser registrado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos para conservar o documento, tornando-o público, e assim poderá resguardar direitos de terceiros, mas sem eficácia *erga omnes*.

Ainda, caberá a averbação para os contratos de convivência que tragam disposições sobre bens imóveis, para que produzam efeitos publicísticos, pois isso se trata de uma circunstância que terá influência no registro ou nas pessoas nele interessadas, preservando a fé pública que os registros imobiliários possuem, bem como a boa-fé dos terceiros que precisam saber da existência da união.

Segundo o autor, o contrato de convivência não é constitucional, mas nem por isso sofre restrições, salvo, se houver cláusulas que contrariem os direitos indisponíveis. Portanto, o seu objetivo é tratar especialmente alguns dos efeitos patrimoniais disponíveis da união estável. Entretanto, não será admitido que o contrato de convivência trate de direitos sucessórios ou questões da proteção dos filhos, pois diz respeito a um direito indisponível. Pode-se assim dizer que, a grande vantagem do contrato de convivência é a possibilidade dada aos casais de estabelecerem seus interesses patrimoniais de acordo com seus critérios.

3.3 DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS NA UNIÃO ESTÁVEL

Serão abordados a seguir as alterações relevantes do direito sucessório dos companheiros na união estável, e será dado ênfase em aspectos importantes, como a proteção do cônjuge e companheiros, à luz do Código Civil de 2002, visivelmente desigual e prejudicial na matéria de sucessão para o companheiro (a) sobrevivente, com fulcro no art. 1.790 do novel Estatuto.

A sucessão dos companheiros na união estável está regulamentada no art. 1.790 do Código Civil, que tem provocado inúmeras discussões e críticas pela doutrina e tribunais, por ser considerado, pela maioria, como inconstitucional, pois viola princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia e outros.

Vale ressaltar que segundo o art. 1790 do Código Civil, os companheiros não constam na ordem de vocação hereditária, e por isso passam a ser herdeiros especiais. Dessa forma, foi permitida a participação dos companheiros na sucessão, em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união, e concorrem com os filhos comuns do casal, além dos descendentes do autor da herança e outros parentes sucessíveis.

Conforme observa Carlos Roberto Gonçalves:

[...] não se justifica, com efeito, esse tratamento discriminatório, em comparação com a posição reservada às famílias matrimonializadas, nas quais o cônjuge sobrevivente figura em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, afastando da sucessão os colaterais do de cujus, quando a própria Constituição Federal recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento.

Dessa forma, analisa-se que o Código Civil de 2002, em comparação com a lei nº 8.971/94, traz no seu conteúdo um retrocesso, haja vista que a citada lei outorgava direito ao companheiro sobrevivente a totalidade da herança, na eventualidade de inexistência de descendentes e ascendentes do *de cujus*.

A união estável teve seu reconhecimento como entidade familiar por meio da promulgação da Carta Cidadã de 1988, em seu art. 226, § 3º, e até aquele momento, não havia dúvidas, pois o companheiro não era herdeiro, e apenas segundo jurisprudência lhe era concedido, no caso de ruptura, a divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum, por meio da aplicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o artigo 1.790 do novel, o companheiro somente herdaria os bens adquiridos onerosamente na constância da união, assim como a posição do companheiro sobrevivente como sucessor único, tão somente na quarta classe de herdeiros, após os colaterais. Ademais, vale ressaltar que os bens que forem adquiridos de forma gratuita, como por exemplo no caso de doação, herança ou prêmios, os companheiros sobreviventes serão excluídos, e apenas os descendentes, ascendentes ou colaterais serão favorecidos.

No entanto, o artigo 1.844 do Código Civil possui uma divergência, que estabelece que os bens adquiridos de forma gratuita ou por herança somente poderão ser destinados ao Estado se o falecido não deixar cônjuge, companheiro ou outro herdeiro, então é notório que existe uma controvérsia entre os artigos.

É lamentável ver que, em caso de óbito, uma união de longa data, repleta de afetividade, respeito e luta pela conquista de patrimônio, tenha seu patrimônio distribuído a parentes colaterais, que por diversas vezes são considerados como estranhos por parte dos companheiros.

Como bem se posicionam Farias e Rosenvald (2015, p. 489):

[...] em verdade, a regra é tão grave que, admitindo a formação de uma entidade familiar estável por um homem (que já possua vasto patrimônio, mas que, após o início da convivência, não mais adquira qualquer bem), que veio a falecer após dez ou quinze anos de relacionamento, percebe-se que a companheira sobrevivente ficará rigorosamente sem qualquer direito, pois não fará jus à meação (uma vez que nada foi adquirido) e tampouco à herança (cujo direito depende da existência de bens adquiridos a título oneroso).

Embora a Constituição Federal consagre o princípio isonômico, o legislador da lei infraconstitucional não o contemplou, pois, verificando os direitos do cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, ele concorrerá com os descendentes e ascendentes na totalidade dos bens, independentemente de serem particulares ou não. Se porventura, existem somente bens adquiridos durante o casamento, o viúvo não concorrerá, pois já se caracteriza como meeiro e herdeiro.

Segundo Gonçalves (2017, p. 830), o Código Civil de 2002,

[...] além de restringir o direito hereditário aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, ainda impôs a concorrência do companheiro (a) sobrevivente com descendentes, ascendentes e até colaterais do falecido, retirando-lhe o direito real de habitação e o usufruto vidual, previstos nas leis que anteriormente regulavam a convivência extramatrimonial.

É importante salientar que as leis anteriores destacadas pelo autor são as leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, que regulamentaram as determinações do § 3º, do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Assim, o direito sucessório dos companheiros foi reconhecido somente em 1994, por intermédio da lei nº 8.971, em seus arts. 1º e 2º e incisos, e posteriormente com a edição da lei nº 9.278/96, que destinou, em seu art. 7º, parágrafo único, o direito real de habitação em condições semelhantes com a do cônjuge sobrevivente.

A lei nº 8.971/94 regulamentou as questões relacionadas aos companheiros em relação ao direito sucessório e aos alimentos. Com a regulamentação, a morte de um

dos conviventes foi transferida para o âmbito do direito das sucessões, estabelecendo assim, o direito de participação aberta. No tocante à lei nº 9.278/96, fica estabelecida a igualdade de direitos e deveres dentre aqueles que são companheiros na união estável, e deliberando o direito da habitação ao companheiro sobrevivente, sobretudo em relação à residência da família.

Diante das várias conquistas e inovações da união estável desde a Constituição Federal de 1988, destaca-se a construção jurisprudencial, que ao longo da jornada vem buscando resolver situações complexas e conflituosas surgidas no decorrer dos avanços sociais e que foram declaradas inconstitucionais por meio do art. 1.790 do Código Civil de 2002, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de dois recursos extraordinários nº 646.721/RS e nº 878.694/MG, com repercussão geral sobre a tese de direito sucessório dos companheiros na união estável.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 646.721/RS, foram analisados estritamente os casais homoafetivos, e estabelecido que

[...] possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetivas, ante a limitação contida no art. 1.790, do Código Civil. (BRASIL, 2011).

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, o Supremo Tribunal Federal estendeu a análise da matéria do direito sucessório, em decisão histórica:

Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os

princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002” (BRASIL, 2018).

Dessa forma, o plenário da Suprema Corte declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Tendo sido aprovada a inconstitucionalidade na distinção de regimes sucessórios entre cônjuge e companheiros prevista no artigo citado, o regime do art. 1.829 do Código Civil deve ser aplicada tanto nas hipóteses de casamento como na união estável.

É notório perceber a inconstitucionalidade do artigo mencionado, pois ele excluiu os conviventes de uma união estável da ordem hereditária, bem como dos herdeiros necessários, o que fere dois princípios constitucionais: o da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia, tendo em vista que o artigo 226, § 3º da Carta Magna assegura toda credibilidade e proteção jurídica a união estável, sendo dever do Estado proteger e não a restringir.

Portanto, conclui-se que em se tratando da tese de direito sucessório, nota-se a equiparação entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente, o que se constitui como uma inovação de grande relevância para o século XXI em se tratando do reconhecimento da união estável.

4 CONCLUSÃO

A temática escolhida para presente estudo aborda as consequências do reconhecimento jurídico da união estável e suas inovações constitucionais diante do

século XXI, haja vista a grande contemplação da Constituição Federal de 1988, que tornou a união estável uma nova entidade familiar.

Diante do novo *status* de entidade familiar, ocorreram efeitos jurídicos, e as consequências que versam sobre o novo conceito de família são de enorme relevância para o ordenamento jurídico, para assim haja eficácia na construção do direito e na prestação jurisdicional, sobretudo pelos operadores do direito, diante das transformações sociais e jurídicas.

O estudo se iniciou com a evolução histórica da união estável e seu reconhecimento, que embora seja uma instituição antiga, não era bem-vista, nem pela sociedade brasileira. A lei, por sua vez, sempre excluiu e marginalizou esse tipo de união, visto que não era concebida pelos laços solenes do matrimônio. Desta forma, apresentou-se a construção da nova entidade familiar no ordenamento jurídico e jurisprudencial.

Se faz importante ressaltar que a conquista para o reconhecimento da união estável como entidade familiar somente tornou-se possível por conta da promulgação da Constituição Federal de 1988, que tutelou com especial proteção sobre o instituto, visando os princípios da dignidade da pessoa humana e afetividade, solidificando as bases das famílias brasileiras, que há muito tempo almejavam sair das sombras.

No esboço do estudo foi trazida a conceituação de união estável segundo o Código Civil/2002, sob o pálio do art. 1.723, *caput* do Diploma legal, que apresenta como requisitos essenciais e cumulativos para constituição da união estável, a configuração da convivência pública, contínua e duradoura do casal, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Além dos fatores essenciais e cumulativos para constituição da união estável, também destacou-se que assim como a lei civil estabelece para o matrimônio o § 1º do art. 1.723 do CC, há disciplina para existência da união estável, e que quando há existência de impedimentos matrimoniais, previstos no art. 1.521, por equiparação terão efeitos na constituição da união estável, Porém, não se aplica a incidência do inciso VI, se porventura um dos companheiros estiver separado de fato ou judicialmente.

Destacou-se ainda que, com a vigência do Código Civil de 2002, os efeitos patrimoniais da união estável passaram a adotar o regime da comunhão parcial de

bens, ressalvada a hipótese de as partes haverem firmado um contrato de convivência em sentido contrário.

No capítulo dos pressupostos de configuração da união estável e suas inovações, pontuou-se a respeito de duas inovações jurisprudenciais de magnitude, como quando o Supremo Tribunal Federal, em 2011 no julgamento histórico e com unanimidade da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, decidiu a equiparação da união homoafetiva a união estável. Mostrou-se ainda quando no ano de 2017 a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, por considerá-lo uma violação aos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso. Assim, pode-se equiparar os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável.

Os direitos e deveres dos companheiros foram tratados, conforme preceitua o art. 1.724 do Código Civil, que diz que os conviventes têm como direitos e deveres, a lealdade, respeito, assistência, o dever de guarda, educação dos filhos e sustento. Portanto, observa-se que embora o casamento e união estável sejam semelhantes, existem alguns aspectos que distinguem suas peculiaridades.

Como se pode verificar, a proteção jurídica à entidade familiar constituída pela união estável abrange tanto o complexo de direitos de cunho pessoal como os de natureza patrimonial, e dessa forma, os companheiros terão seus direitos e deveres regidos legalmente, principalmente na ocorrência de uma possível ruptura ou por situação de morte.

Diante de todo exposto, buscou-se analisar as medidas que são favoráveis para haja reconhecimento da união estável, juntamente com as suas inovações surgindo no século XXI. Porquanto o marco constitucional de 1988 representou um grande avanço na tutela de proteção especial da nova entidade familiar, relacionou-se o reconhecimento jurídico da união estável e suas inovações, com respaldo constitucional. Viu-se as jurisprudências corrigindo alguns equívocos legislativos, tais como o art. 1.790 do Código Civil. E por fim, identificou-se as propostas estabelecidas segundo o Código Civil a partir do art. 1.723 a 1.727 para o reconhecimento da constituição da união estável.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional brasileiro e a efetividade e suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 12 out. 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 12 out. 2020

_____. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Institui o código civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**: p. 133, col. 1, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/573283/publicacao/15757796>. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Agravo em Recurso Especial 0001024-83.2017.8.07.0006 DF 2019/0181947-1. Decisão Monocrática. Apelação Cível. Reconhecimento e dissolução post mortem de união estável homoafetiva. Separação de casas. Relação posterior. Ausência de comprovação. Namoro. Agravante: L. A. M. J; Agravado: L. N. M. Relator: Min. Pres. do STJ João Otávio de Noronha, 13 de agosto de 2019. **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Diário da Justiça, 16 ago. 2019b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/889739665/agravo-em-recurso-especial-aresp-1529347-df-2019-0181947-1/decisao-monocratica-889739793>. Acesso em: 09 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1459597 SC 2014/0140561-9. Contrato de convivência particular. Regulação das relações patrimoniais de forma similar à comunhão universal de bens. Recorrente: M. V. Recorrido: J. M. Relatora: Min. Nancy Andrigli, 1 de dezembro de 2016. **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 134, p. 63, 15 dez. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863276886/recurso-especial-resp-1459597-sc-2014-0140561-9>. Acesso em: 24 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1.761.887 MS 2018/0118417-0. Reconhecimento de união estável *pos mortem*. Recorrente: L. F. V. Recorrido: R. M. F. M. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 06 de agosto de 2019. **Lex**:

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Diário da justiça eletrônico, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil v. 92, p. 129, 24 set. 2019c. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859489554/recurso-especial-resp-1761887-ms-2018-0118417-0/inteiro-teor-859489564>. Acesso em: 05 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1754008/RJ 2018/0176652-5. Ação de reconhecimento e de dissolução de união estável c/c pedido de arrolamento e partilha de bens. união estável concomitante a casamento sem separação de fato. Recorrente: A.M.B. F; Recorrente: H.F – Espólio. Recorrido: M. F. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 13 de dezembro de 2018. **Lex:** jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Diário da Justiça eletrônico, 01 mar. 2019a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858567853/recurso-especial-resp-1754008-rj-2018-0176652-5/inteiro-teor-858567863> . Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 646721/RS.** Direito constitucional e civil. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Aplicação do artigo 1.790 do código civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Relator: Min. Marco Aurélio, 10 de novembro de 2011. Diário de Justiça Eletrônico, n. 232, 07 dez. 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769815076/recurso-extraordinario-re-646721-rs-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 09 maio 2021

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 878.694/MG. Validade de dispositivos do código civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 de maio de 2017. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, Diário de justiça eletrônico, n. 021, 06 fev. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379763/false>. Acesso em: 16 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380.** Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1964]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula380/false>. Acesso em: 17 out. 2020.

- CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CAVALCANTI, Lourival Silva. **União estável**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**: à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96. Curitiba: Juruá, 2016.
- DIAS, Maria Berenice. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, v. 6. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v.6. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Direito de Família**: no novo código civil brasileiro. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2018.
- PEREIRA, Rodrigues da Cunha. **Concubinato e união estável**. São Paulo: Del Rey, 2016.
- ROLF, Madaleno. **Direito de família**. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. v. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: A CONTRIBUIÇÃO DAS INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO E RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS

BLENDA KATHARINE SOUSA OZÓRIO.

Bacharelada em Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins (UniCatólica)

IGOR DE ANDRADE BARBOSA¹²⁸

(orientador)

Resumo: O objetivo deste artigo é entender como funciona o trabalho das instituições religiosas nas prisões brasileiras tomando como base a análise dos índices de reincidência na criminalidade, e como estas podem contribuir para a reinserção do preso na sociedade civil. Foi realizada uma revisão bibliográfica de publicações sobre o tema nas diversas bases de dados. Diante da desordem que se encontra o sistema prisional brasileiro, podemos observar que ao cumprir sua pena, as chances do preso cometer novos crimes aumenta consideravelmente, e levando em consideração o direito de receber ensinamento religioso, os presos atendidos pelas instituições religiosas tem melhores comportamentos ocorrendo ao final das contas melhores atitudes. Alguns relatos mostram resultados bem positivos da atuação dessas instituições. Assim, considera-se mais efetiva a recuperação dos apenados não pela privação da liberdade, mas sim pela fé, pelo temor a Deus, de acordo com os ensinamentos que recebem.

Palavras chaves: Criminalidade. Instituições religiosas. Recuperação. Ressocialização.

Abstract: The purpose of this article is to understand how the work of religious institutions in Brazilian prisons works, based on the analysis of recidivism rates in crime, and how these can contribute to the prisoner's reinsertion in civil society. A bibliographic review of publications on the subject in different databases was carried out. Given the disorder that the Brazilian prison system is in, we can observe that when serving their sentence, the chances of the prisoner committing new crimes increases considerably, and taking into account the right to receive religious teaching, prisoners

128 Defensor Público Federal de 1ª Categoria na Defensoria Pública da União no Estado do Tocantins. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado em Direito (UCAM).

served by religious institutions have better behaviors, occurring in the end better attitudes. Some reports show very positive results from the performance of these institutions. Thus, it is considered more effective the recovery of the inmates not by deprivation of liberty, but by faith, by the fear of God, according to the teachings they receive.

Key words: Crime. Religious Institutions. Recovery. Resocialization.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Métodos. 2 Discussão. 3 Análise dos resultados. 4 Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A atual realidade do sistema prisional brasileiro evidencia a escassez do mínimo necessário para a recuperação e ressocialização dos encarcerados. Realidade que aumenta quando analisamos mais profundamente o estilo de vida que um preso leva dentro das penitenciárias de todo o Brasil. Alguns estudos evidenciam que com o passar do tempo dentro da prisão, aumenta a capacidade e as chances do apenado de cometer mais crimes.

Com o crescimento desenfreado da criminalidade o sistema carcerário brasileiro se encontra diante de uma verdadeira desordem, carente de infraestrutura nos presídios que, por sua vez, se encontram superlotados, cercados de violência e em condições desumanas no que tange à higiene, alimentação, saúde, entre outros aspectos que podem dificultar o processo de recuperação dos apenados, e que, ao final, resulta no alto índice de reincidência e criminalidade, fugindo completamente do objetivo original.

Seria utópico acreditar que somente a pena privativa de liberdade como meio de punição aos que cometem crimes poderia atingir a finalidade genuína de corrigi-los e, posteriormente, de reinseri-los novamente à sociedade totalmente regenerados (SILVA, 2003). A própria Lei de Execução Penal não consegue cumprir com perfeição a proposta de punir e corrigir, bem como o Estado não consegue dar a assistência necessária que lhe incumbe.

Olhando por essa perspectiva, quando o preso cumpre a sua pena e precisa voltar à civilização, a própria sociedade não acredita em sua regeneração, ficando sempre a desconfiança de que a qualquer momento ele pode cometer um novo crime, o que certamente dificulta para que os libertados consigam encontrar um emprego,

por exemplo. Esses e outros fatores podem ser determinantes no processo de ressocialização.

Diante dessa perspectiva, a atuação dos grupos religiosos começa a surgir como uma possível luz no fim do túnel. Essas instituições atuam com linguagem simples, direta e acessível, trazendo esperança de restauração e proporcionando apoio psicológico e emocional aos detentos, bem como apoio material direcionado às respectivas famílias.

Dar dignidade à vida do presidiário e de suas famílias, bem como dar apoio emocional e espiritual são alguns dos objetivos do trabalho de instituições religiosas que atuam nos presídios brasileiros. Para algumas famílias essas instituições são o único recurso pra conseguirem suprir as suas necessidades básicas de alimentação ou até mesmo conseguir um emprego.

Como a maioria das instituições religiosas não são entes que estão ligadas ao Estado e segundo a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) é obrigação deste a ressocialização dos presos, algumas ações realizadas por essas entidades estão passíveis da não eficácia, uma vez que tudo é feito de forma voluntária, podendo existir, assim, muita facilidade em críticas, bem como muita dificuldade em se apegar ao que realmente pode gerar resultados positivos.

Partindo desse pressuposto, essa situação pode ser diferente com a atuação das instituições religiosas, posto que, os presos salvos “pela fé” deixam de cometer novos crimes, não pela imposição da sociedade ou simplesmente pela privação da liberdade, mas sim pelo temor a Deus, de acordo com os ensinamentos que recebem.

Destarte, surgem perguntas como: “os presos tem a garantia por direito de expressar a sua fé enquanto ainda estão cumprindo a sua pena?” ou “após receber o auxílio e os ensinamentos religiosos dentro da prisão, e, ao retornar à sociedade, eles realmente procuram viver de maneira correta e honesta, longe da criminalidade?”. Essas e outras respostas são necessárias na busca pelo cerne dessa pesquisa que é saber o quanto as instituições religiosas podem contribuir na recuperação e no processo de ressocialização dos condenados.

Com o interesse de atingir os objetivos dessa pesquisa e colocando como benéfica a atuação das instituições religiosas nas prisões, será realizada uma pesquisa

de cunho qualitativo, para tanto será feita uma pesquisa bibliográfica, com a discussão e análise dos dados coletados.

Essa pesquisa tem como objetivo principal entender como funciona o trabalho das instituições religiosas no sistema prisional atual, analisando o índice de reincidência na criminalidade, associando o trabalho destas instituições no processo de recuperação e reinserção do apenado na sociedade civil.

1 MÉTODOS

Esse trabalho trata-se de uma pesquisa bibliográfica integrativa de artigos e livros, monografias, teses e dissertações, escritos em português que tratam de assuntos relacionados aos temas relevantes sobre as instituições religiosas e a forma como elas atuam nas unidades prisionais.

Por se tratar de uma pesquisa bibliográfica deve desenvolver-se uma série de etapas, que não devem seguir um roteiro rigoroso, mas sim como um roteiro, entre outros, elaborado com base na experiência de seu autor, cotejada com a experiência de outros autores nesse campo (GIL, 2002).

Em busca de responder a seguinte questão: Qual importância das instituições religiosas e da religião no processo de ressocialização do preso?, foi realizado entre os meses fevereiro e abril de 2021 uma pesquisa dos mais variados tipos de publicação sobre o tema nos seguintes bancos de dados: Portal de Periódicos da CAPES; SciELO; CONPEDI; Banco de Teses da CAPES e Google Scholar.

Os descritores usados foram: instituições religiosas, criminalidade, ressocialização, religiosidade. Os critérios de inclusão e exclusão adotados foram: ser livro ou artigo publicado entre os anos de 2000 e 2020 em uma das bases de dados adotadas; ter sido publicado em língua portuguesa, estar disponível na íntegra e gratuitamente; apresentar resultados relevantes para o tema da presente pesquisa.

2 DISCUSSÃO

Sobre o conceito de prisão, CANTO (2000) designou que juridicamente prisão constitui instrumento de coerção do Estado, ao qual ocorre a aplicação de uma sanção penal transitada em julgado. O mesmo autor define que tal instrumento consiste no recolhimento da pessoa humana em cárcere. Quando se trata do sentido processual, a prisão constitui como instrumento cautelar para evitar que o acusado cometa novos

delitos, para aplicar uma sanção penal, dentre outros motivos e circunstâncias em cada caso concreto.

No Brasil, o Código Penal (CP) - decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - regulamenta as prisões advindas de condenação, regulamentando as espécies de crimes, os regimes de cumprimento da sentença, o tempo de acordo com o tipo de crime cometido dentre outras instâncias. Juntamente com a nova Parte Geral do Código Penal, foi promulgada a Lei de Execução Penal, Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984.

De acordo com o artigo 33 do código Penal e pela Lei de Execução penal os regimes penais são divididos em três categorias: o regime fechado, o semiaberto e o aberto, que deverão estar previstos na sentença do condenado, bem como o tempo que durará. Ainda de acordo com o Código Penal quanto mais grave for o crime cometido, mais rigorosa será a pena de prisão e, por consequência, o regime prisional em que o réu deverá cumprir a sua pena (BRASIL, 1984).

O parágrafo primeiro do artigo 33 da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 estabelece os tipos de estabelecimento que o condenado deve cumprir a sua pena e fica dispostos que os presídios de segurança máxima são para os ao regime fechado, logo as colônias agrícolas, industrial e similares ficam para os de regime semiaberto e os de regime aberto, em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A relação entre tempo e categoria de regime, fica estabelecido que caso seja condenado a cumprir pena superior a 8 (oito) anos, deve cumpri-la em regime fechado, caso a pena seja superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos deve ser submetido ao regime semi-aberto e o regime aberto são para penas iguais ou inferiores a 4 (quatro) anos (BRASIL, 1984).

De acordo com o Código Penal (BRASIL, 1984), os tipos de crimes que levam ao regime fechado são, de modo geral, de natureza grave ou gravíssima, o que torna as penitenciárias brasileiras um conglomerado de criminosos que já foram julgados e condenados.

A Lei Penal Brasileira prevê seis tipos de prisão: temporária, preventiva, em flagrante, para execução de pena, preventiva para fins de extradição e civil do não pagador de pensão alimentícia. Aqui trataremos, especificamente, de prisão para a execução de pena, que deve ser cumprida em regime fechado.

Fazer cumprir a pena prevista por um crime pode ter se tornado um grande problema para o Estado, uma vez que todo indivíduo condenado deve cumprir a sua pena com dignidade. Por isso, não se poderá impor um sacrifício maior do que o determinado na sentença penal condenatória, pois seus demais direitos como ser humano deverão ser preservados. No entanto essa pode não ser a realidade das penitenciárias brasileiras (GRECO, 2015).

Silva (2003) afirma que descumprindo o artigo 38 do Código Penal ao determinar que ao preso conserve todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral, percebemos que nas penitenciárias de todo o Brasil a realidade mostra presos primários cumprindo pena com outros reincidentes e os que praticaram crimes leves com presos de alta periculosidade, em celas superlotadas, nas quais os espaços construídos para seis abriga vinte e nas quais se encontram doentes misturados com indivíduos sãos, todos mantidos na ociosidade e sem as mínimas condições de higiene, entregues à própria sorte, submetidos a toda modalidade de exploração pelos inescrupulosos.

Quando estendemos um olhar mais minucioso para essa realidade, torna-se perceptível que as condições em que os presos vivem é impiedosa, Silva (2003) alerta que a promiscuidade interna é tamanha que com o tempo leva o preso a perder o sentido de dignidade e honra que ainda lhe resta. O mesmo autor ressalta ainda que o desrespeito ao preso não atinge apenas os seus direitos, agridem a sua própria condição de ser humano, rebaixando-os à situação de animais insignificantes.

Os Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos é definido como conjunto de direitos e garantias do ser humano, e sua finalidade mais relevante é o respeito a sua dignidade, o Estado soberano deve garantir a todo ser humano o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Esta proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva (FREITAS, 2018).

Os direitos do homem, são válidos para todos os povos e em todos os tempos. Os direitos fundamentais do homem jurídico estão enunciados constitucionalmente e tem a finalidade de reconhecer juridicamente os direitos fundamentais do cidadão. Vale aqui ressaltar que o Art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) trata dos direitos e garantias fundamentais e nos incumbe aqui ressaltar os incisos: VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa

nas entidades civis e militares de internação coletiva; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Ao observarmos o que diz a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo primeiro presa que: todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Se levamos em consideração o artigo 3º da Lei de Execução Penal: Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, torna dever do estado garantir os direitos humanos fundamentais.

O nosso sistema carcerário aspira que o condenado, repare seu erro ao cumprir a sua pena e concomitante seja preparado para a reinserção, no entanto esta privação de liberdade pode surtir efeito contrário, e a não ressocialização seja o resultado.

Doravante, um dos deveres do estado em relação ao apenado, é garantir a reinserção desse indivíduo na sociedade. Existe um agravamento da marginalização no momento da execução da pena, o que pode dificultar ou até mesmo impossibilitar a sua reabilitação durante o cumprimento de sua pena privativa de liberdade. Um dos motivos para que isso aconteça é que existe uma exclusão da sociedade durante a prisão (SILVA, 2003).

Para Foucault (1987), a prisão moderna é uma empresa de modificar indivíduos, e considerando a possibilidade que as mudanças nem sempre são positivas e no caso temos que as mudanças são em sua grande maioria negativas. É justamente quando está cumprindo a sua pena que o preso é esquecido pelo Estado. Não são colocados em prática os planos ressocializadores, suas condições carcerárias são indignas, seu afastamento do meio social é quase absoluto e as autoridades esquecem a sua existência. Não podemos, após tudo o que foi dito, deixar de fazer a seguinte pergunta: como alguém pode pretender ressocializar-se, se durante o período em que permanecer preso, cumprindo sua pena, será praticamente afastado do convívio em sociedade? Ressocializar, retirando o homem do meio social, nos parece um contrassenso (GRECO, 2015).

No entanto Silva, (2003) alerta que o ideal ressocializador é uma mera utopia, um engano, apenas discurso, ou simplesmente uma declaração ideológica. O descrédito em relação à ressocialização dá-se por que esta aparece apenas nas

normatizações deixando a desejar no que tange à prática aplicada nas instituições carcerárias. Nestas acontecem, de fato, abusos repressivos e violentos aos direitos dos presos, onde o acompanhamento social, psicológico, jurídico ainda é geralmente precário, insuficiente, obstruindo qualquer forma efetiva de ressocialização e reinserção do preso à sociedade.

E tudo isso nos leva ao fato de que a reinserção no crime está profundamente dependente desse processo de ressocialização, logo acreditamos que se um desses processos tiver atingido seu objetivo, o outro, certamente, terá sucesso. Isto é, só não terá reinserção se o processo de ressocialização não tiver atingido seu objetivo com sucesso. Dessa maneira entra o trabalho das instituições religiosas como forma de efetivar a não volta ao crime.

O vocábulo instituição vem do latim (*institutio*), com o sentido de fundar, estabelecer, organizar algo que existe, ordenar, regular, formar, treinar alguém, reger uma vida segundo princípios, Dicionário Priberan: "do latim, *instituo – ere*, colocar, fixar, instituir, estabelecer, empreender. Dessa maneira as instituições tem o dever de estabelecer regras e normas a determinadas organizações sociais.

Quanto à definição de instituição religiosa, Biaca (2016) ressalta que as organizações religiosas são formadas pela união de indivíduos com o propósito em comum de culto ao sagrado. Em sua maioria, possuem doutrinas com preceitos éticos, ritos, lugares e símbolos que se configuram em instituições de cunho religioso. As organizações religiosas ou religiões, como sistemas organizados a partir de uma estrutura hierárquica, conjunto de doutrinas, ritos, símbolos e normas éticas, podem ser dogmáticas, mas também abertas e flexíveis. Sua função básica, pelo menos no plano ideal, é contribuir para com o processo civilizador da humanidade, orientar as pessoas em sua busca e relação com o sagrado, dar respostas às questões existenciais e sustentação à existência da comunidade por meio de preceitos éticos.

Quando associamos religiosidade com crime, o Código Penal (Brasil, 1941) ampara os direitos à prática e expressão de religiosidade em seu Artigo 208, onde considera crime escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa, impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso, vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso e a pena para esses crimes é a detenção, de um mês a um ano, ou multa e a pena pode ser aumentada caso ocorra algum tipo de violência.

Para tornar efetivo o direito de praticar e expressar a sua religião aos presos que cumprem pena em penitenciárias, as instituições religiosas podem atuar nas prisões, visto que a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) em seu Artigo 24, deve garantir aos estabelecimentos penais a assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

No parágrafo primeiro do artigo 24 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) prescreve que nos estabelecimentos carcerários deve existir um local apropriado para os cultos religiosos e complementa em seu parágrafo segundo que nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Com a garantia do direito de exercer as práticas religiosas pelos presos, as instituições religiosas que atuam nas penitenciárias ficam amparadas e podem atuar com mais tranquilidade. Os serviços prestados podem ir além do que acontece dentro das prisões, se estendendo aos seus familiares e no processo de ressocialização garantindo a não reinserção do indivíduo no mundo do crime.

Se levarmos em consideração que o processo de ressocialização está desacreditado pela população e que o estigma da condenação que o libertado carrega o impede de retornar ao normal convívio em sociedade, quando surgem os movimentos de reinserção social ou quando algumas pessoas se mobilizam no sentido de conseguir emprego para os egressos, a sociedade trabalhadora se rebela, sob o seguinte argumento: "Se nós, que nunca fomos condenados por praticar qualquer infração penal, sofreremos com o desemprego, por que justamente aquele que descumpriu as regras sociais de maior gravidade deverá merecer atenção especial?". Tal questão acaba levando alguns entes civis a pensar que seria melhor cometer algum tipo de crime, visto posto que ao final de sua condenação teria a garantia do emprego e amparo das políticas públicas (GRECO, 2015)

No entanto, contrariando essa ideia, mesmo que no passado o indivíduo tenha cometido um crime, se professar com fé a religião que pratica, pode cumprir com dignidade e bondade a sua pena e ter a obediência necessária para o que lhe for proposto, não por ter a obrigação por imposição da sociedade e sim estar submisso ao poder da fé.

A Bíblia Sagrada funciona como um guia que contém um parâmetro para a maioria das instituições religiosas agirem. Traz o conceito de que tudo o que é feito em vida pode atingir diretamente a Deus e a misericórdia divina¹²⁹.

Aqui temos uma justificativa do trabalho religioso e o seu propósito de levar os indivíduos que cumprem pena a entender a respeito do arrependimento dos atos errados, como os crimes cometidos que os levaram eles para sua condição atual. Arrependimento segundo a Bíblia é abandono do erro, do pecado. No livro de Lucas 15:10 diz: "Eu digo que, da mesma forma, há alegria na presença dos anjos de Deus por um pecador que se arrepende". Ou seja, essa palavra permite que eles tenham uma consciência de que, ao cumprirem a sua pena, não deverão voltar a praticar crimes novamente, uma vez que descobriram a verdade e de fato se arrependeram, tendo agora a oportunidade de começar a viver da maneira correta. Essa ideia pode fortalecer a confiança do empregador, por exemplo, de que haverá obediência e honestidade em suas ações.

3 RESULTADOS

O condenado, ao adentrar o estabelecimento penitenciário para cumprir a sua pena deve seguir alguns protocolos como receber um número de registro e deixar suas roupas e pertences. Passa a adotar uma postura submissa, perde os direitos civis, como o direito ao voto, o direito de ir e vir, e os seus direitos familiares, como por exemplo o de ser responsável pelos seus filhos. A pessoa fica isolada da sociedade e impedida do convívio familiar. É obrigado a viver com pessoas que podem ter comportamentos não aceitáveis em diversos núcleos sociais, sem privacidade alguma, além de ter todas as suas ações expostas aos olhos de outros indivíduos. Tem que conviver de maneira íntima com pessoas que não escolheu e que muitas vezes não são bem toleradas pelos seus comportamentos (NETO, et al, 2009).

Todos os presos tem o direito a assistência para iniciar seu processo de reabilitação. O artigo décimo da Lei de Execução Penal preconiza ser dever do estado oferecer amparo aos presos com a finalidade de orientar o retorno destes indivíduos ao convívio social, objetivando a prevenção a reincidência criminal. Tanto o preso, o

¹²⁹ Mateus 25:35-40, diz: Porque tive fome, e me destes de comer; tive sede, e me destes de beber; era forasteiro, e me hospedastes; estava nu, e me vestistes; enfermo, e me visitastes; preso, e fostes ver-me. Então, perguntarão os justos: Senhor, quando foi que te vimos com fome e te demos de comer? Ou com sede e te demos de beber? E quando te vimos forasteiro e te hospedamos? Ou nu e te vestimos? E quando te vimos enfermo ou preso e te fomos visitar? O Rei, respondendo, lhes dirá: Em verdade vos afirmo que, sempre que o fizestes a um destes meus pequeninos irmãos, a mim o fizestes.

internado, quanto o egresso devem ter assistência material, à saúde, assistência jurídica, educacional, social e religiosa (SANTANA, 2014).

O homem é um ser ético e possui necessidades espirituais das quais pode ou não ter consciência. Se o homem encarcerado tiver essa consciência e desejar satisfazê-la, o Estado deverá criar meios de atendê-lo. Para tanto, existe nas legislações de diversos países previsão de assistência espiritual dentro das penitenciárias, como cultos, encontros onde se expõe suas experiências, dentre outras inúmeras formas de assistência espiritual aos presos (CARDOSO, 2019).

Atualmente a assistência religiosa não é uma prioridade nas unidades prisionais brasileiras, mas tem se tornado circunstancial. É inegável a importância da atuação das instituições religiosas na educação integral dos encarcerados e na oferta de empregos e assistência aos seus familiares. Em pesquisa efetuada nos diversos institutos penais subordinados à Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo por um grupo de trabalho instituído pelo então Secretário Manoel Pedro Pimentel, concluiu-se que a religião tem, comprovadamente, influência altamente benéfica no comportamento do homem encarcerado e é a única variável que contém em si mesma, em potencial, a faculdade de transformar o homem encarcerado ou livre (MIRABETE, 2002).

Grande parte dos profissionais que desenvolvem atividades relacionadas com o sistema penal (juízes, promotores, advogados), bem como aqueles que trabalham mais próximos aos reclusos (agentes penitenciários, diretores de presídios entre outros) não compreendem a exata dimensão da importância e influência positiva da religião na vida dos detentos apesar de reconhecerem ser positiva (SILVA, 2003).

Em uma pesquisa realizada nas penitenciárias do estado do Pará, o Diretor de um dos Centros de Recuperação relata que a grande maioria dos casos de ressocialização acontece através da atuação de instituições religiosas e ação do evangelho, isolando apenas um caso de ressocialização apenas por programas Sociais ofertados pelo estado (MACHADO, 2012).

O mesmo diretor afirma que acontece uma mudança positiva na conduta do preso no cumprimento das normas quando este aceita o evangelho. Relata ainda que o trabalho religioso feito nas penitenciárias com o objetivo de ressocializar e dar mais dignidade ao preso, deveria ser alvo de um olhar mais atento e apoiador por parte do poder público a fim de potencializar os resultados obtidos (MACHADO, 2012).

Em uma outra pesquisa realizada pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Campus Porto Alegre

em 2010, verificou que existe uma melhora no comportamento dos presos religiosos, e que apesar de não ser nula, a passagem desses detentos pelo Conselho Disciplinar é certamente bem menor quando comparados aos outros presos (KRONBAUER, 2012).

Essa mesma pesquisa relata que a mudança que ocorre com os indivíduos encarcerado não possui uma explicação racional, mas sim metafísica, transcendental, visto que é dado pela fé, pela crença em um plano superior e pelo temor a Deus. Os encarcerados encontram conforto, segurança e o verdadeiro perdão apenas na "palavra de Deus", assim a verdadeira mudança acontece, surgindo um novo sentimento, a consciência do seu estado pecaminoso e a necessidade de reconciliar-se com Deus para a obtenção de uma nova vida com novas atitudes.

A importância do trabalho das instituições religiosas torna-se perceptível e a sua importância se destaca quando os dados estatísticos revelam resultados como nos dados levantados pelo Conselho Disciplinar da Penitenciária Estadual de Londrina-PEL, que revelam que 7,06% dos presos que foram sancionados com comportamento razoavelmente satisfatório fazem parte de grupos evangélicos (FREITAS, 2015).

Sob um olhar mais minucioso a inserção do preso na doutrina cristã é de extrema importância para o resgate da sua autoestima, visto que ao ser preso o indivíduo passa por uma desestruturação emocional intensa e o discurso religiosos pode resgatar e regenerar a sua fé fazendo com que ele se veja incluído em uma sociedade sendo valorizado. Essa nova visão o leva a refletir sobre o crime cometido e ao pecado aos olhos de Deus gerando uma mudança positiva em seu comportamento com o objetivo de ser perdoado e obter os espólios da bondade divina (FREITAS, 2015).

O direito ao perdão total ou parcial, apesar de não estar estabelecido nos pactos ou em declarações internacionais pode ser bem eficaz para os cristãos evangélicos que outrora cometeram delitos ou crimes até mesmo graves. Para os cristãos, todo pecado quando confessado no evangelho do Senhor obtém-se o perdão, pois Ele é fiel e justo para perdoar e purificar de toda injustiça. Esse tema nos traz a tona o episódio da mulher adúltera que foi perdoada por Jesus de todos os seus pecados¹³⁰ (BERISTAIN, 2000).

Ao encontrar-se com a comunhão celestial através da confissão de seus pecados e com a prática religiosa, o encarcerado retorna a Deus, se converte à igreja e

¹³⁰ João 8:3-11: "E os escribas e fariseus trouxeram-lhe uma mulher apanhada em adultério; E, pondo-a no meio, disseram-lhe: Mestre, esta mulher foi apanhada, no próprio ato, adulterando. E na lei nos mandou Moisés que as tais sejam apedrejadas. Tu, pois, que dizes? Isto diziam eles, tentando-o, para que tivessem de que o acusar. Mas Jesus, inclinando-se, escrevia com o dedo na terra. E, como insistissem, perguntando-lhe, endireitou-se, e disse-lhes: Aquele que de entre vós está sem pecado seja o primeiro que atire pedra contra ela."

se encontra diante da comunhão com os fiéis na mesma prática religiosa. A ideia de perdão traz consigo a apresentação de uma nova perspectiva de futuro ao condenado (FREITAS, 2015).

Essa nova perspectiva de vida os permite traçar planos de um futuro sem o sentimento de culpa ou de angústias que são sentimento que acompanham boa parte daqueles que se encontram nas prisões. Essa nova perspectiva de vida e a certeza do apoio das instituições religiosas traz segurança levando a esperança do perdão e a não reincidência ao mundo da criminalidade.

A obtenção do perdão total da pena nos parece muito distante, mas aqui vamos relatar a história de Lacir Moraes Ramos¹³¹, um filho de agricultores que cometeu os primeiros crimes devido a fome e a falta de educação e carinho. Fugiu algumas vezes da prisão e em uma delas foi trabalhar em uma padaria e começou a frequentar uma igreja a convite de um de seus colegas de trabalho, logo depois ele se casou com uma moça cristã. Depois disso foi preso várias vezes pois a sua pena se acumulava a medida que os processos eram concluídos, chegando a quase 200 anos. Na prisão Lacir pregava o evangelho com a finalidade de diminuir a sua pena e com o passar dos anos os fiéis convertidos por ele aumentava cada vez mais. Por fim, em 2007 ele foi posto em liberdade. Logo depois ele escreveu o livro "Um milagre na escola do crime: condenado a 200 anos de prisão e hoje livre". Este é um verdadeiro exemplo de como a religião pode transformar a vida das pessoas efetivamente.

Da mesma maneira podemos citar a vida e todo o percurso do Apóstolo Paulo. Nasceu em uma família judaica, seguiu o judaísmo e pregava a estrita lei de Moisés. Mas quando conheceu Jesus Cristo, passou a defender e seguir a fé cristã. Foi missionário por várias cidades, fundou igrejas e levou os ensinamentos de Cristo a vários lugares tomados pela luxúria dentre outros pecados. Tudo isso motivou a perseguição contra ele.

O Apóstolo foi preso diversas vezes e ainda assim ele não desistiu de levar a palavra de Cristo por todos os lugares. Mesmo encarcerado, ele continuava a evangelizar, conseguindo converter milhares de presos. Também escreveu as epístolas que alguns anos depois se tornaram livros bíblicos. Ele nunca demonstrou ter perdido a sua fé enquanto estava no cárcere, muito pelo contrário, isso só fortalecia a sua fé e o fazia se dedicar ainda mais a pregar os ensinamentos de Cristo.

¹³¹ **Lacir Moraes Ramos**, Evangelista da Igreja Assembleia de Deus, situada na cidade de Charqueadas/RS. É ex-detento, condenado a 200 anos de reclusão, hoje em liberdade plena, para glória do **Senhor Jesus Cristo**.

Nos dias de hoje existem muitos relatos favoráveis da atuação das instituições religiosas nas penitenciárias, aqui vamos citar o depoimento acalorado de um dos internos participantes assíduos dos encontros semanais da Igreja Universal do Reino de Deus, realizados no estabelecimento penal Jair Ferreira de Carvalho (EPJFC), em Campo Grande no Mato Grosso do Sul, refletindo a unidade que encontramos durante essa pesquisa: “Eu agradeço a Deus por enviar pessoas que têm se disponibilizado para fazer essa obra, pois sabemos que não é fácil trazer a Palavra para um lugar como esse. Aqui no presídio muitas pessoas têm encontrado na Palavra de Deus a oportunidade de transformar sua vida verdadeiramente, muitos de nós estão se rendendo e sendo salvos para a honra e glória do Senhor”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de discussões sobre a edição de leis que promovam a descriminalização, talvez pareça um tanto retrógrado almejar a identificação de formas de ressocializar infratores. Por essa razão, visando uma resposta a essa questão é que se aponta a religião como um meio que tem se mostrado eficaz, trazendo esperança a esses indivíduos.

A experiência religiosa reestabelece o sentido da existência, ensinando questões essenciais ao convívio em sociedade, como a importância de se amar o próximo, de se ter humildade, de ser solidário. Ela é apta ao resgate de valores humanitários, produzindo a sensação de comunhão com algo transcendente. Salienta-se que esse sentimento altruísta que a experiência religiosa é capaz de promover, é essencial para reeducação do homem criminoso, porquanto distinguem velhos valores dos novos, velhas condutas das novas, assim mudam-se os hábitos, modificando a forma de superar as perdas, os vícios e a revolta interior humana.

Observou-se que juristas, cientistas e outros profissionais defendem a importância da religiosidade humana como fator de equilíbrio emocional do homem, evitando, dessa maneira, o estímulo de atitudes destrutivas, hostis e intransigentes.

A consciência religiosa certamente tem a capacidade de contribuir para o reequilíbrio das personalidades desajustadas, colaborando na superação do sofrimento sentido pelo ser humano. Assim sendo, é preciso que os profissionais que batalham pela ressocialização desses indivíduos tenham consciência dos benefícios trazidos pela influência positiva da religião no comportamento humano, entendendo que a crença é capaz de mudar para melhor a vida do homem livre ou apenado.

REFERÊNCIAS

BIACA, Valmir. **Organizações Religiosas**. Informativo da ASSINTEC n° 39. Curitiba. 2020. Disponível em:
<ensinoreligioso.seed.pr.gov.br/arquivos/File/boletins_informativos_assintec/informativo_assintec_39.pdf> Acesso em 06 de novembro. 2020

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 de abril. 2021.

_____. Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 10 de abril. 2021.

_____. decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília: Congresso Nacional, 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 10 de abril. 2021.

CANTO, Dilton Ávila. **Regime Inicial de Cumprimento de Pena Reclusiva ao Reincidente**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC). 2000

FREITAS, Angélica Giovanella Marques. **A INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO**. 2012. 129f. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre. < https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/angelica_freitas.pdf> Acesso em: 10 de abril. 2021.

Priberam. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 2008-2020
<<https://dicionario.priberam.org/>> Acesso em: 10 de abril. 2021.

Foucault, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Greco, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções**. 2 ed. rev., ampl. e atual. Niterói. Impetus. 2015.

KRONBAUER, Jaime Luis. **O crente e o cárcere: Estudo sociológico sobre evangélicos em prisões gaúchas**. 2010. 111p. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Ciências Humanas) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Do Sul. Porto Alegre. 2010. < <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4676/1/426259.pdf>> Acesso em: 10 de abril. 2021.

MACHADO, Adriana Maria Apolônio. **O evangelho nos cárceres paraenses: uma proposta de reabilitação social**. 2012. 36f. Monografia (Policimento Comunitário) – Departamento de Ciências Sociais. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/37268>> Acesso em: 10 de abril. 2021.

NETO, Manoel Valente Figueiredo; MESQUITA, Yasnaya Polyanna e TEIXEIRA, Renan Pinto. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. **Rev. Ambiojurídico**, n 71, Ano XII, ISSN – 1518-0360. 2009. <<https://ambitojuridico.com.br/revista-ambito-juridico/revista-ambito-juridico-no-71-ano-xii-dezembro-2009>>. Acesso em: 10 de abril. 2021.

SILVA, Jose de Ribamar. PRISÃO: **Ressocializar para não reincidir**. Monografia (Especialização Modalidade de Tratamento Penal em Gestão Prisional). Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2003. <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf>. Acesso em: 10 de abril. 2021.

O REFLEXO DO ISOLAMENTO SOCIAL POR DECORRÊNCIA DO COVID-19, E O DRÁSTICO AUMENTO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

LUCIANA PERRONE SEGATI:

Bacharelada em Direito

RESUMO: A pesquisa abordará acerca do reflexo do isolamento social, por decorrência do Covid-19, e o drástico aumento nos casos de violência contra a mulher no Brasil. Os objetivos são: Analisar a relação do isolamento social devido a pandemia no Brasil com os casos de violência doméstica, apresentar um breve histórico da violência contra a mulher, destacar as formas de violências que podem ser cometidas, abordar acerca do isolamento social decorrente da pandemia da Covid-19. A violência contra mulher é um ato que tem sido praticado no decorrer de muitos anos, podendo ser concretizada de diversas formas, como por exemplo: psicológica ou intelectual, palavras de ofensas e restrição da liberdade, além da mais comum, a violência física. O lar em que deveria ser um local seguro e protegido tem se revelado um lugar de opressão e violência. Com o isolamento social, devido uma enorme proliferação de um vírus que tem causado muitas mortes, o trabalho do homem como ser humano deveria ser de proteção, porém, o cenário atual tem se revelado que o acúmulo de trabalho doméstico ainda tem sido da mulher, gerando um cansaço mental e emocional. Para abordar este tema, utilizou-se de métodos dedutivos para análise dos conceitos em discussão. A pesquisa é de natureza bibliográfica e documental, fazendo extenso uso da doutrina e artigos científicos.

Palavras-chave: Isolamento Social. Pandemia. Violência Doméstica.

ABSTRACT: The research will address the reflection of social isolation, due to Covid-19, and the dramatic increase in cases of violence against women in Brazil. The objectives are: To analyze the relationship of social isolation due to the pandemic in Brazil with cases of domestic violence, to present a brief history of violence against women, to highlight the forms of violence that can be committed, to address about the social isolation resulting from the pandemic Covid-19. Violence against women is an act that has been practiced over many years, and can be carried out in different ways, such as: psychological or intellectual, words of offense and restriction of freedom, in addition to the most common, physical violence. The home where it should be a safe and protected place has proved to be a place of oppression and violence. With social isolation, due to a huge proliferation of a virus that has caused many deaths, man's work as a human being should be protective, however, the current scenario has revealed that the accumulation of domestic work has still been for women, generating

mental and emotional fatigue. To approach this topic, deductive methods were used to analyze the concepts under discussion. The research is bibliographic and documentary in nature, making extensive use of doctrine and scientific articles.

Keywords: Social isolation. Pandemic. Domestic violence.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. 1.1. BREVE HISTÓRICO. 1.2 DEFINIÇÃO E FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 2. ISOLAMENTO SOCIAL DECORRENTE DA PANDEMIA. 3. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A pesquisa abordará acerca do reflexo do isolamento social, por decorrência do Covid-19, e o drástico aumento nos casos de violência contra a mulher no Brasil. Os objetivos são: Analisar a relação do isolamento social devido a pandemia no Brasil com os casos de violência doméstica, apresentar um breve histórico da violência contra a mulher, destacar as formas de violências que podem ser cometidas, abordar acerca do isolamento social decorrente da pandemia da Covid-19.

A pandemia vivenciada por todos os cidadãos, provocou grande preocupação com a saúde e a economia, porém, deu causa ao aumento da violência doméstica vivenciada pelas mulheres brasileiras, diante do isolamento em seus lares, as quais passaram a ter que conviver com seus agressores de forma mais próxima e prolongada.

No âmbito internacional, o Brasil assumiu o papel de proteger as mulheres, protegendo de todas formas de discriminação, garantindo um tratamento igualitário, mas que, porém, a mulher ainda tem sido tratada de forma preconceituosa, pois, sua posição social está fundada no domínio ou lógica patriarcal. Embora observa-se que a Constituição Federal de 1988 desde o seu preâmbulo preza pela igualdade entre homens e mulheres.

Existem diversas formas de violências domésticas, como a psicológica, sexual, patrimonial e moral, além da física que é considerada a mais comum.

Assim, diante do cenário de pandemia, o presente estudo apresentará que tornam necessárias mais políticas públicas de enfrentamento à violência direcionada para este fim.

1. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

1.1 BREVE HISTÓRICO

A violência contra mulher é um ato que tem sido praticado no decorrer de muitos anos, podendo ser concretizada de diversas formas, como por exemplo: psicológica ou intelectual, palavras de ofensas e restrição da liberdade, além da mais comum, a violência física.

De acordo com Azevedo (2012, p. 19):

Violência é toda iniciativa que procura exercer coação sobre a liberdade de alguém, que tenta impedir-lhe a liberdade de reflexão, de julgamento, dedicação e que, termina por rebaixar alguém a nível de meio ou instrumento num projeto, que a absorve e engloba, sem trata-lo como parceiro livre e igual. A violência é uma tentativa de diminuir alguém, de constranger alguém a renegar-se a si mesmo, a resignar-se à situação que lhe é proposta, a renunciar a toda a luta, abdicar de si.

Ao longo das décadas, estudos e análises sobre o assunto surgiram, afim de justificar a violência sofrida pelas mulheres, o qual atribuíram a diversas situações, como: pobreza, desemprego, classe social, discriminação, entre outros.

Historicamente, verifica-se que o aparecimento das sociedades patriarcais, o homem saía para pescar, trazer o sustento para casa, enquanto que a mulher cuidava dos filhos e do lar. Assim, analisa-se que o homem passou a ocupar um lugar na sociedade de destaque, superioridade, tornando a mulher como um indivíduo que servia para realizar as tarefas domésticas, sem poder de decisão, devido a ocupação de desenvolvia dentro do seio familiar.

Assim, ao longo dos anos, o papel desenvolvido entre o homem e a mulher na sociedade, passou a apresentar desigualdades muito claras, mais precisamente, a partir da segunda metade do século XX, em que os movimentos feministas, passaram a representar o despertar e o posicionamento de luta da mulher visando rumar ao Poder (FILHO, 2014, p. 56).

Ao longo dos anos, grandes conquistas foram realizadas, com a intenção de colocar a mulher em um patamar mais alto, com a finalidade de buscar seu lugar na sociedade. Foi então que no ano de 1975 declarou-se o Ano Internacional da Mulher. Posteriormente, em 1985 foi criada a primeira delegacia da mulher no Brasil e no mundo, localizada no Estado de São Paulo, com a responsabilidade de proteger a mulher em caso de violência, estupro e lesões.

Trata-se de uma questão tão relevante na sociedade que, Peixoto e Lima (2013, p. 264) citam-que:

[...]. Assim a violência trata seres racionais e sensíveis, dotados de linguagem e de liberdade como se fossem coisas, isto, é irracionais, insensíveis, mudos, inertes ou passivos. A ética é

inseparável da figura do sujeito racional, voluntário, livre, responsável; tratá-lo não como humano e sim como coisa, perfazendo assim os vários sentidos da violência.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, assegurou alguns direitos às mulheres, bem como a outros setores sociais, estabelecendo a igualdade a todos os indivíduos sem qualquer diferença, como em seu artigo 26:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e tem o direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito à lei deve proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer tipo de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer tipo de discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Posteriormente, com a chegada da modernização, os papéis tradicionais na sociedade foram perdendo forças, e a mulher que antes cuidava da casa e dos filhos, ingressa no mercado de trabalho, mudando assim, o aspecto da vida social, ganhando destaque por contribuir para os níveis socioeconômicos e políticos, mesmo que haja ainda diferenças dentro do mercado de trabalho, como: divisão de tarefas e salários.

Verifica-se que papel desenvolvido pela mulher foi ganhando novos rumos, pois, antes o que era visto como um ser criado para reprodução e realização das atividades domésticas, foi se tornando também provedora de sua família, embora a violência doméstica possa estar presente mesmo com essa evolução.

Saffioti (2012, p. 15) apresenta que:

A violência contra a mulher pode ser cometida não apenas por parentes, ou pessoas do mesmo convívio do domicílio. Esta violência pode ocorrer, por estranhos que nem sequer tenham relação com a vítima. Já a violência doméstica é aquela cometida por alguém que de alguma forma sente-se parente da vítima, ou vivem na mesma residência e tem com ela laços afetivos. Podendo ser parente, empregados, esposa etc.

Tal quadro passou então a ser considerado um problema de ordem pública, ganhando relevância no cenário nacional o advento da Lei Maria da Penha. Vale ressaltar antes, a posição de Adeodato (2012, p. 109) ao afirmar que:

Violência contra a mulher é um problema social e de saúde pública, que consiste num fenômeno mundial que não respeita fronteiras de classe social, raça/ etnia, religião, idade e grau de escolaridade. Atualmente, e em geral não importa o status da mulher, o *locus* da violência continua sendo gerado no âmbito familiar, sendo que a chance de a mulher ser agredida pelo pai

de seus filhos, ex-marido, ou atual companheiro, é muitas vezes maior do que o de sofrer alguma violência por estranhos.

A lei Maria da Penha surgiu de um projeto de lei no final do ano de 2004, recebendo este nome para homenagear as atitudes e buscas incessantes de uma mulher brasileira, Maria da Penha Maia Fernandes, que lutou por anos para que se fizesse justiça pela violência vivida em seu lar, causadas pelo seu próprio marido, positivando-se como lei em 22 de setembro de 2006.

Segundo o posicionamento de Corrêa (2010, p. 45):

A Lei Maria da Penha significa um novo marco no aspecto jurídico perceptível aos direitos da mulher, trouxe valorização a fatos antes vistos como irrelevantes. Nesse sentido, os caminhos que surgem a partir da criação dessa Lei, soa cercados de esperança onde a opressão possa deixar lugar a expressão, a dignidade, a conquista, a valores antes desconsiderados e negados as mulheres e seus lares. No entanto, as mudanças no aspecto psicológico, na aceitação do novo não ocorre de uma forma rápida, muitas resistências surgem à medida que os fatos novos se tornam reais e começam a se tornar eficazes.

Maria da Penha, durante os anos que sofreu violência doméstica, foi atingida com um tiro pelas costas enquanto dormia, deixando-a paraplégica, e, meses depois, seu marido a empurrou da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro.

Apesar de ser investigado o primeiro julgamento sobre o caso ocorreu apenas 8 anos após o crime. Sendo que em 1991, os advogados de seu marido conseguiram anular o julgamento e apenas em 1996, que ocorreu o julgamento de seu marido, sendo julgado culpado e condenado há dez anos de reclusão, no entanto, recorreu da sentença.

Após decorrido 15 anos de luta e pressões internacionais, a justiça brasileira ainda não havia dado decisão ao caso, nem justificativa cabível para a demora. Foi com a ajuda de ONGs, que Maria da Penha conseguiu enviar o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), onde, pela primeira vez, acatou uma denúncia de violência doméstica. Seu marido foi então preso em 2002, onde cumpriu apenas dois anos de prisão.

Essa demora no processo e toda a repercussão internacional que foi gerada, desencadeou um reconhecimento acerca da violência contra a mulher que necessitava desde então ser punida de forma mais precisa e rígida, englobando diversos modos de violência, buscando assim, um equilíbrio nas relações sociais.

1.2 DEFINIÇÃO E FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Sobre a definição da violência contra a mulher, pode-se destacar o que está estabelecido no artigo 5º da Lei Maria da Penha (2006):

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Cabe ainda destacar que a referida lei apresenta em seu artigo 7º, diferentes formas de violências que podem ser praticadas:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação,

manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

O tipo de violência que é bastante comum de ser definido é a violência física, caracterizada por ações como: agressões, tapas, empurrões, espancamentos, qualquer tipo de ato que ofenda a integridade física ou saúde corporal da mulher.

Segundo Herman (2012, p. 73):

Quanto à integridade física, o conceito transcrito no inciso I do dispositivo é expresso em considerar violentas condutas que ofendam, também, a saúde corporal da mulher, incluindo, por consequência, ações ou omissões que resultem em prejuízo à condição saudável do corpo. Conduta omissiva possível são a negligência, no sentido de privação de alimentos, cuidados indispensáveis e tratamento médico medicamentoso a mulher doente ou de qualquer forma fragilizada em sua saúde.

O executor da violência física possui a intenção de causar dano físico, que pode compreender desde a imposição de uma leve dor, sem deixar marca externa ou até mesmo ser tão agressivo que causa a morte da mulher, apresentando-se como o tipo de violência mais comum de ser denunciada.

No entanto, existem outras formas de violências domésticas, as quais encontram-se previstas em lei.

Sobre a violência psicológica, destaca-se que é uma forma tão grave quanto a física, pois é uma ação ou omissão que afeta a autoestima da mulher, sua identidade, pode não deixar marcas físicas, porém, as marcas psicológicas podem acompanhar a vítima por muitos e muitos anos.

Sobre essa violência, Maria Berenice Dias (2013, p. 97) cita que:

Violência psicológica é a proteção da autoestima e da saúde psicológica, consiste na agressão emocional (tão ou mais grave que a física). O comportamento típico se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer quando vê o outro se sentir amedrontado, inferiorizado e diminuído, configurando a vis compulsiva.

A integridade psíquica e moral quando violadas, são mais dificilmente identificadas, pois não apresentam sinais aparentes, não tem nenhuma marca vista externamente. Pessoas que foram submetidas ao isolamento ou a torturas praticadas constantemente, passam a apresentar sinais visíveis, como transtorno mental ou psicológico. Podendo além de vítima, desenvolver potencialidades para atos extremamente violentos e cruéis, isso, pelo fato, das agressões deixarem marcas internamente, no psicológico da mulher vítima dessa violência (SAFFIOTI, 2012, p. 34).

A violência psicológica atinge outras áreas na vida da mulher, com o permanente sentimento de medo, em que muitas das vezes, acreditam que o agressor poderá se arrepender e mudar suas atitudes.

Outra forma de violência que pode ser praticada contra a mulher é a violência sexual, o qual caracteriza-se por forçar relações sem o consentimento da mulher, obrigando assim, a manter relações sexuais, humilhando-a durante o ato, por exemplo, dominado o corpo da mulher.

Segundo Dias (2013, p. 50), "mesmo o delito de assédio sexual, que está ligado às relações de trabalho, pode constituir violência doméstica quando, além do vínculo afetivo familiar, a vítima trabalha para o agressor".

Acerca da violência patrimonial, destaca-se que está prevista no inciso IV, da lei n. 11. 340/2006, que se configura como qualquer conduta que configure retenção,

subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades (BRASIL, 2006).

De acordo com Dias (2013, p. 59):

O mesmo se diga com relação à apropriação indébita e ao delito de dano. É violência patrimonial “apropriar-se e destruir”, os mesmos verbos utilizados pela lei penal para configurar tais crimes. Perpetrados contra a mulher, dentro de um contexto de ordem familiar, o crime não desaparece nem fica sujeito à representação.

Portanto, verifica-se que a violência patrimonial é forma de manipulação para subtração de liberdade à mulher vitimada. Consiste na negação peremptória do agressor em entregar à vítima seus bens, valores, pertences e documentos, especialmente quando esta toma iniciativa de romper a relação violenta, como forma de vingança ou até como subterfúgio para obriga-la a permanecer no relacionamento da qual pretende se retirar (HERMAM, 2012, p. 114).

Sobre violência moral, o art. 7º, V, da lei nº 11.340/2006, entende ser qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. A prática da calúnia ocorre quando o agente imputa à vítima a prática de determinado fato criminoso sendo que este fato é conhecidamente falso. Já a difamação ocorre quando é imputada à vítima a prática de determinado fato desonroso à sua figura, e a injúria ocorre quando se atribui à vítima qualidades negativas como preconceitos raciais ou de gênero por exemplo (BRASIL, 2006).

Portanto, diante desse rol de formas de violência doméstica em que as mulheres podem ser acometidas, a referida lei, apresenta um rol de medidas protetivas que podem ser aplicadas às mulheres com o fito de proteção.

2. ISOLAMENTO SOCIAL DECORRENTE DA PANDEMIA

O mundo tem vivenciado uma devastadora pandemia, denominada de Covid-19, proveniente de uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31/12/19 após casos registrados na China e, se espalhou por todos os países. Provoca a doença chamada de coronavírus (COVID-19), causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves. Durante os estudos

realizados na primeira onda que atingiu o Brasil, a Organização Mundial de Saúde (OMS), a maioria dos pacientes com COVID-19 (cerca de 80%) podem ser assintomáticos e cerca de 20% dos casos podem requerer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória e desses casos aproximadamente 5% podem necessitar de suporte para o tratamento de insuficiência respiratória (suporte ventilatório) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Os sintomas causados por esse vírus podem variar de um quadro clínico assintomático, sintomático de sintomas leves (febre, cansaço e tosse), até um quadro de sintomas graves (febre, alta, pneumonia e dispneia), (CORRÊA; OLIVEIRA; TAETS, 2020).

Desse modo, devido o risco de grande contágio e por consequência a morte de milhares de pessoas, devido ao déficit de leitos hospitalares, o Estado impôs a sociedade o confinamento máximo das pessoas, evitando a circulação pública, e estimulando a trabalharem e a desenvolverem suas atividades profissionais em casa (CUNHA, 2020, p. 1).

Ocorre que as medidas de isolamento social propostas pelo governo para o combate da emergência na saúde pública, teve como consequência cerca de quatro bilhões de pessoas ao redor do mundo estão se abrigando em casa (ONU MULHERES, 2020).

E assim, em meio a esse isolamento nas casas, fez surgir um novo agravante, que é o aumento da violência contra as mulheres, principalmente a violência doméstica cometida por parceiros íntimos, pois, permanecem em casa junto com seus agressores por mais tempo (ONU BRASIL, 2020).

Trata-se de um cenário de violência que tem gerado uma repercussão a nível internacional, pois, suscita a análise de que a violência decorre independente da classe social, pois atinge diferentes grupos de pessoas, de diferentes formas, aprofundando as desigualdades presentes. Desse modo, estudos apresentam como dados iniciais, que a pandemia está proporcionando consequências sociais e econômicas avassaladora para meninas e mulheres, em que pode inclusive, atingir o progresso limitado em relação à igualdade de gênero e nos direitos das mulheres (ONU MULHERES, 2020).

O lar em que deveria ser um local seguro e protegido tem se revelado um lugar de opressão e violência. Com o isolamento social, devido uma enorme proliferação de

um vírus que tem causado muitas mortes, o trabalho do homem como ser humano deveria ser de proteção, porém, o cenário atual tem se revelado que o acúmulo de trabalho doméstico ainda tem sido da mulher, gerando um cansaço mental e emocional.

A situação é tão relevante que de acordo com relatório da ONU Mulheres (2020), entidade da Organização das Nações Unidas para igualdade de gênero e empoderamento denominado *Covid-19 and ending violence against women and girls*, uma a cada três mulheres ao redor do mundo já vivenciou violência física e/ou sexual de seus parceiros ou companheiros (SIQUEIRA et al., 2020).

Desse modo, as medidas adotadas para o impedimento da proliferação do vírus, tem por outro lado, desprotegido as mulheres de serem acometidas por violências através de seus companheiros.

3. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

Conforme já mencionado, a situação da pandemia enfrentada mundialmente, desencadeou um isolamento social entre as pessoas, porém, se por um lado isso representa uma proteção contra a proliferação do vírus, por outro, significa uma vivência em perigo mais latente, principalmente nos casos em que a família possui histórico de violência doméstica contra a mulher (MACIEL et al., 2019, p. 143).

A situação se torna alarmante, pois, ao analisar os dados estatísticos sobre o aumento desse tipo de violência, verifica-se que, por exemplo, foi registrado um aumento de 9% em denúncias de violência contra a mulher em apenas uma semana de isolamento no Brasil. (Le Monde Diplomatique Brasil, 2020).

Isso demonstra que, apesar de uma crise na saúde do Brasil, a violência ainda supera o companheirismo e a preocupação coletiva que deveria ser um dever de todos.

Destaca-se no entanto, que tal situação de contágio, elevou a notificação de casos de violência doméstica não apenas no Brasil, mas, em países como Itália, Dinamarca, Reino Unido, China, França, Argentina e Espanha, assim como das cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Paris. No Brasil, cita-se que o Plantão Judiciário da Justiça do Rio de Janeiro registrou que os casos de violências domésticas no estado tiveram

um aumento de 50% nos últimos dias devido ao isolamento social. Em toda a França, o número de ocorrências aumentou em 32%, ao passo que em Paris subiu para 36% (NOGUEIRA, 2020, p. 42).

Acerca desse contexto, Segundo Mlambo-Ngcuka, (2020, p.1) apresenta que:

Da mesma forma: É uma tempestade perfeita para controlar o comportamento violento a portas fechadas. E, paralelamente, à medida que os sistemas de saúde estão chegando ao ponto de ruptura, os abrigos de violência doméstica também estão atingindo a capacidade máxima, o déficit de serviços tem piorado quando os centros são reaproveitados para serem usados como resposta adicional à COVID-19.

Em isolamento em casa, os homens além de passarem mais tempo com suas vítimas, o controle emocional, psicológico e financeiro é ainda mais presente, contribuindo para que a mesma tenha um medo generalizado e uma morte indiscriminada.

De acordo com a pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, demonstrou que o número de feminicídios no Brasil aumentou 22,2% no decorrer dos meses de março e abril de 2020 em comparação ao mesmo período de 2019. Em São Paulo, o resultado crescente dos feminicídios chegou a 46% em relação entre março de 2020 e março de 2019, tendo duplicado na primeira quinzena de abril. No Acre, o índice se apresentou extremamente preocupante com um aumento de 300%, no Maranhão, a variação foi de 166,7%, e no Mato Grosso o crescimento foi de 150%. Apenas três estados registraram redução no número de feminicídios: Espírito Santo (-50%), Rio de Janeiro (-55,6%) e Minas Gerais (-22,7%) (FBSP, 2020).

Os dados de pesquisas acerca do tema, são tão relevantes, que torna-se relevante destacar que de acordo com o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MMFDH) no período de 17 a 25 de março de 2020, em que havia estabelecido as medidas de isolamento social, as denúncias de violências domésticas por meio do canal do governo federal (canal 180), aumentaram em quase 9%. Entre os dias 1º e 16 de março de 2020, o número de ligações foram de 3.045 e 829 denúncias; já entre os dias 17 e 25 de março, esses números pularam para 3.303 e 978, nessa ordem (SIQUEIRA et al., 2020).

No Estado do Amazonas, ressalta-se que os dados são notórios, divulgados por meio da Secretaria de Segurança Pública (SSP-AM), pois, sofreu uma alta de 34% no registro de violências domésticas na pandemia, dados estes que se revelam por meio de que em 2020 foram registrados 25.132 ocorrências, isso significa que, são seis mil casos a mais que em 2019 (G1, 2021).

Embora, haja uma redução nos boletins de ocorrências oficiais, denominados de subnotificação, “os números de feminicídios e homicídios femininos mostram crescimento, determinando que a violência doméstica e familiar esteja em ascensão, sendo fundamental urgência na implementação de novas estratégias de acesso das mulheres aos serviços de combate à violência doméstica em vários países” (UN WOMEN, 2020).

Contudo, Marques et al (2020) defende que a elevação de violência doméstica, assim como o feminicídio, está diretamente relacionado com o isolamento social, pois, as mulheres vítimas, encontram-se dentro de suas casas, com uma maior parte do seu tempo a disposição de seus agressores.

Desse modo, as medidas para conter esse aumento de violência, não deve apenas se restringir ao acolhimento das denúncias, deve-se aumentar o contingente de pessoas na linha de frente para conter a proliferação, assim como uma ampla divulgação dos serviços disponíveis, a capacitação dos trabalhadores da saúde para identificar situações de risco, de modo a não reafirmar orientação para o isolamento doméstico nessas situações, e a expansão e o fortalecimento das redes de apoio, incluindo a garantia do funcionamento e ampliação do número de vagas nos abrigos para mulheres sobreviventes (KOTTASOVÁ, 2020).

CONCLUSÃO

O isolamento social que surgiu através da pandemia que se alastrou em todos os países, principalmente no Brasil, trouxe novamente a discussão sobre a violência doméstica, a qual registrou índices elevados com o aumento do convívio entre homens e mulheres.

Desde meados de março de 2020, o Brasil adotou medidas de isolamento para conter a proliferação do vírus Covid-19, que tem devastado diversas famílias no país, devido o alto índice de mortes. Para isso, o Estado, com o objetivo de proteger os seus cidadãos, estabeleceu a restrição de circulação nas ruas, no entanto, essa medida tem

desencadeado diversas violências domésticas contra as mulheres, independente da classe social e motivos como: desemprego, fome, pobreza, discriminação, entre outros.

O aumento tem sido apresentado, através de pesquisas realizadas por organizações internacionais, assim como a mídia, como por exemplo, de acordo com o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, entre os dias 1º e 25 de março, mês da mulher, houve crescimento de 18% no número de denúncias registradas pelos serviços Disque 100 e Ligue 180.

Ocorre que o isolamento social implantado, apresentou um devastador problema social vivenciado na sociedade brasileira, pois, nessas condições, as mulheres são impedidas de se relacionarem com seus familiares e amigos, o que amplia a possibilidade de uma maior manipulação psicológica.

Desse modo, para que a violência doméstica em tempos de pandemia seja impedida, é necessário que as autoridades trabalhem de forma mais presente nas comunidades, disponibilizando uma equipe maior para apoio e repressão, de maneira que o Estado e a sociedade mobilizem garantias às mulheres brasileiras o direito de a vida sem violência.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, Vanessa Gurgel, et al. **Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros**. Revista Saúde Pública, Ceará, nº 39, 2012.

AZEVEDO, Maria Amélia. **Mulheres espancadas: a violência denunciada**. São Paulo: Cortez, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 1988.

BRASIL. **Lei 11.340/2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 27 Abr. 2021.

CORREA, L. R. **A Necessidade da intervenção estatal nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher**. IN: Lima, Fausto R.; SANTOS, Claudiene (coords). **Violência doméstica; multidisciplinar**. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

CORRÊA KM, Oliveira JDB, Taets GGCC. **Impacto na Qualidade de Vida de Pacientes com Câncer em meio à Pandemia de Covid-19: uma Reflexão a partir da Teoria das Necessidades Humanas Básicas de Abraham Maslow**. RBC. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **Covid-19: Quais os reflexos do estado de calamidade pública para o processo?**. 2020. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/direito-civil-atual-quais-reflexos-estado-calamidade-publica-processo> >. Acesso em 27 Abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria Da Penha Na Justiça**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria Da Penha Na Justiça**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2013.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Nota Técnica: Violência doméstica durante a pandemia de COVID19. 2020. Disponível em < <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/17476/1/REBECCA%20GOMES%20NOGUEIRA%20-%20TCC%20DIREITO%202020.pdf> >. Acesso em 29 Abr. 2021.

FILHO, Altamiro de Araújo Lima. **Lei Maria da Penha. Comentários a Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Leme-SP: Mundo Jurídico, 2014.

G1 AMAZONAS. **Amazonas tem alta de 34% em casos de violência doméstica contra mulher na pandemia**. 2021. Disponível em < [google.com/amp/s/g1](https://g1.globo.com/amazonas/noticia/2021/04/29/amazonas-tem-alta-de-34-em-casos-de-violencia-domestica-contra-mulher-na-pandemia.g1.html) >. Acesso em 29 Abr. 2021.

HERMAM, Leda Maria. **Maria Da Penha Lei Com Nome De Mulher**, 6ª Ed. Campinas, São Paulo: Servanda, 2012.

KOTTASOVÁ, I. **Women are using code words at pharmacies to escape domestic violence during lockdown**. 2020. Disponível em < <https://edition.cnn.com/2020/04/02/europe/domestic-violence-coronavirus-lockdown-intl/index.html> >. Acesso em 29 Abr. 2021.

LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL. Disponível em: < <https://diplomatie.org.br/oaumentodaviolenciacontraa-mulher/> >. Acesso em: 27 Abr. 2021.

MACIEL, Maria Angélica Lacerda et al. **Violência doméstica (contra a mulher) no Brasil em tempos de pandemia (covid19).**

Revista Brasileira de Análise do Comportamento, [S.l.], v. 15, n. 2, maio 2019. ISSN 2526 6551.

MARQUES, Emanuele Souza et al. **A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento.** Cadernos de Saúde Pública, v. 36, p. e00074420, 2020.

MLAMBO-

NGCUKA, Phumzile. **Violência contra mulheres e meninas é pandemia as sombras**. Organização das Nações Unidas. 2020. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/artigo-violencia-contra-mulheres-e-meninas-e-pandemiadas-sombras/>>. Acesso em 28 Abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença.** 2020. Disponível em < <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>>. Acesso em 29 Abr. 2021.

NOGUEIRA, Rebecca Gomes. **Violência contra mulher: uma epidemia silenciosa em tempos de pandemia de Covid-19.** 2020. Disponível em < <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/17476/1/REBECCA%20GOMES%20NOGUEIRA%20-%20TCC%20DIREITO%202020.pdf>>. Acesso em 28 Abr. 2021.

ONU BRASIL. **Violência contra mulheres e meninas é pandemia das sombras.** 2020. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/artigo-violencia-contra-mulheres-e-meninas-e-pandemia-das-sombras/amp/>>. Acesso em 27 Abr. 2021.

ONU MULHERES. **Coloque mulheres e meninas no centro dos esforços para se recuperar do COVID-19 -Declaração do Secretário-Geral da ONU,** António Guterres. 2020. Disponível em < <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/4/statement-sg-put-women-and-girls-at-the-centre-of-efforts-to-recover-from-covid19>>. Acesso em 27 Abr. 2021.

ONU MULHERES. **Gênero e COVID-19 na América Latina e no Caribe: dimensões de gênero na resposta.** 2020.

PEIXOTO, Herlan Wagner; LIMA, Rita de Cássia Duarte. **O Impacto da Violência no Trabalho em Saúde.** In: ZANOTELLI, Cláudio Luiz; RAIZER, Eugênia Célica; VALADÃO, Van de Aguiar (Orgs.). Violência e Contemporaneidade: dimensões das pesquisas e impactos sociais. Vitória. Editora Grafita Gráfica e Editora, NEVI, 2013.

SAFFIOTI, H. I. B. **Violência contra a mulher e violência doméstica**. Rio de Janeiro. 2012.

SIQUEIRA, Cristina Boaventura Heidy et al. **Pandemia de covid-19 e gênero uma análise sob a perspectiva do princípio constitucional da isonomia**. Revista Psicologia & Saberes. v. 9, n. 18, 2020.

UN WOMEN. **COVID-19 and Ending Violence Against Women and Girls**. Abril, 2020.

CRIME DE FEMINICÍDIO E O COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

CAROLINNY DOS SANTOS ALBUQUERQUE:

Bacharelado em Direito pela Universidade
Luterana - Ulbra Manaus

RESUMO: Este artigo tem como objetivo enfatizar os homicídios cometidos contra a mulher, denominado atualmente como feminicídio, que embora seja uma matéria protegida por legislação própria, sendo amparada pela Lei nº Lei 13.104/15 que entrou em vigor em 9 de março de 2015, o número de casos só vem aumentando desde que a lei entrou em vigor, durante o isolamento social causado pela pandemia de covid-19 não fora diferente. A inclusão da qualificadora de feminicídio no art. 121 do Código Penal apesar de tudo pode alcançar clareza e inovação no sistema jurídico, e é digno de um estudo mais aprofundado para mais uma vez trazer em pauta esta temática para sociedade. Portanto, foram utilizados métodos qualitativos e de revisão bibliográficas. Portanto, o presente estudo é de extrema importância, haja vista que a violência doméstica apesar de vir de berço, traz reflexo tenebrosos na atualidade, sendo necessário explorar a existência de longa duração da violência patriarcal contra as mulheres.

PALAVRAS-CHAVES: Violência Doméstica; Feminicídio; Políticas Públicas.

ABSTRACT: This article aims to emphasize the homicides committed against women, currently called femicide, which although it is a matter protected by its own legislation, being supported by Law No. Law 13.104 / 15 that came into force on March 9, 2015, the number The number of cases has only increased since the law came into force, during the social isolation caused by the covid-19 pandemic was no different. The inclusion of the femicide qualifier in art. 121 of the Penal Code, after all, can achieve clarity and innovation in the legal system, and it is worthy of a more in-depth study to once again bring this thematic to society. Therefore, qualitative and bibliographic review methods were used. Thus, the present study is extremely important, since domestic violence, despite coming from birth, brings a dark reflection today, so it is necessary to explore the long-term existence of patriarchal violence against women.

KEYWORDS: Domestic Violence; Femicide; Public policy.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é explorar o crime de feminicídio e o combate a violência contra a mulher no Brasil. É importante destacar que no dia 9 de Março de 2021 completou 5 anos que entrava em vigor a lei do feminicídio (Lei 13.104/15), que

diz “o assassinato de mulheres por serem mulheres. A lei considera feminicídio quando o assassinato envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima”.

Ocorre que a nova legislação alterou o Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40) e determinou o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Também modificou a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), para incluir o feminicídio na lista. Sendo assim, é importante verificar os benefícios da Lei nº 13.104/15 para proteger mais especificamente as mulheres da violência de gênero. Para tanto, serão discutidos os aspectos efetivos decorrentes da implementação acima, com atenção especial ao seu escopo de aplicação.

No primeiro tópico será abordado a perpetuação do patriarcado, EXPLICANDO como o machismo e misoginia vem sendo passado de geração em geração. Já no segundo tópico irá ser evidenciado as espécies de violência cometidas, sendo subdivididas em violência física, sexual, patrimonial, moral e etc...

O terceiro tópico, não podemos deixar de retratar a origem do feminicídio e suas espécies, e por fim, é necessário trazer em pauta acerca da proteção e combate à violência doméstica contra as mulheres.

Desta forma, o presente trabalho fez-se necessário visto que durante o isolamento social por conta da pandemia do coronavírus, mais uma vez, traz à tona a gravidade que é a violência contra a mulher, sendo ela de todas as formas, viu-se um crescente número de casos, mesmo havendo legislação específica que ampara a mulher e pune o agressor, mas isso não os assusta, pelo ao contrário a certeza da impunidade é alarmante, o objetivo deste trabalho não é tornar recorrente o conteúdo, uma vez que não é possível tornar repetitivo uma temática que está tão presente em nossa sociedade.

2. A PERPETUAÇÃO DO PATRIARCALISMO

Podemos dizer que no Brasil a violência contra a mulher é cada vez mais frequente, em nosso país uma mulher é estuprada a cada minuto. Há relatos de violência contra as mulheres, em sua maioria provocada por parceiros ou ex-parceiros, em jornais, publicações nas redes sociais e outros meios de comunicação todos os dias.

No entanto, é importante ressaltar que a violência doméstica sofrida por mulheres é uma existência de longa data do machismo e da sociedade patriarcal tradicional do Brasil. Desde a civilização mais antiga até a atualidade, devido à existência do patriarcado, as mulheres têm desempenhado um papel na sociedade

com base na masculinidade. Em seguida, foi estabelecido o processo de divisão sexual do trabalho, onde as pessoas se comprometem com o trabalho árduo, da caça à pesca, e essas tarefas requerem força para serem concluídas. Portanto, é culturalmente reconhecido que as mulheres fiquem responsáveis por dedicar-se aos cuidados de seus filhos, maridos e não por menos, das tarefas domésticas. Segundo tem uma boa descrição em seu artigo:

A base da divisão do trabalho é permitir que as mulheres cuidem dos filhos, o trabalho é realizado em locais onde as crianças possam alimentar e educar as crianças, para o cultivo de hortaliças e o cuidado dos animais domésticos. (SILVA, 2018, p. 02).

O comportamento cuidador desenvolvido pela mulher é um processo de trabalho que pode se refletir em diversas tarefas, como cuidar do marido e manter o entusiasmo familiar, que é entendido como trabalho doméstico. A divisão do trabalho mencionada pelo autor supracitado tornou-se um modelo de família na sociedade, pois é um trabalho inteiramente feminino nos serviços familiares, e o marido é considerado um instrumento da vida familiar através do trabalho remunerado.

Sendo assim, mulheres de dentro da família para todo o meio social são desvalorizadas. Portanto, de acordo com Gonçalves (2016, p. 04):

As mulheres estão sempre trabalhando. Porém, sua relação com o mundo do trabalho vem mudando, não só com o sentido da sociedade, mas também com o trabalho que as próprias mulheres lhes atribuem e com a forma como estão inseridas na relação de produção [...]. As mulheres estão sempre trabalhando. Porém, sua relação com o mundo do trabalho vem mudando, não só com o sentido da sociedade, mas também com o trabalho que as próprias mulheres lhes atribuem e com a forma como estão inseridas na relação de produção (Gonçalves, 2016, p. 04)

Infelizmente, as mulheres contribuem com o machismo e aceitam a noção de que as mesmas devem obedecer seus maridos, sendo em alguns casos, principalmente em tempos antigos, uma mulher vaidosa era mal vista. Em inúmeras ocasiões, as mulheres eram consideradas inúteis, tendo que passar por sofrimentos como família, comportamento físico, sexual e outros danos à sua moral (ESSY, 2017, p.1).

Acredito que o grande marco da falta de credibilidade do sexo feminino foi na "Santa Inquisição, onde foi um grupo de instituições dentro do sistema jurídico da Igreja Católica Romana cujo objetivo era combater a heresia, blasfêmia, bruxaria e

costumes considerados desviantes”. Muitas vidas de mulheres foram ceifadas por ela apenas terem dons: de dançar, compor músicas, fazer uso de ervas medicinais e outras coisas, eram assassinadas acusadas de serem bruxas, tanto que mal se via homens acusados e julgados por praticarem o mesmo “dom”.

Aos poucos, os direitos das mulheres foram sendo reconhecidos, as mulheres começaram a ser mais notadas e respeitadas perante a sociedade, tornando-se as principais influenciadoras no desenvolvimento histórico do Brasil, por exemplo, o surgimento de um crescente movimento feminista tornou-se um meio de mudança. No entanto, a classe feminina continua sofrendo discriminação e preconceito, e ainda é considerada um objeto puramente sexual, ainda com a ideia que só pode ser designada para serviços familiares.

Portanto, mesmo com toda era de modernidade a submissão das mulheres aos homens ainda é predominante. Atualmente, a existência do patriarcado é uma triste realidade e foi aceita pela sociedade desde então. Diante disso, o autor Maciel explica que acerca do patriarcado o seguinte:

O patriarcado é a estrutura familiar básica de todas as sociedades modernas. É caracterizada pelo poder das agências sobre homens e mulheres em suas unidades familiares e seus filhos. Para que os homens exerçam esse poder, o patriarcado deve governar toda a sociedade, toda a organização da produção e do consumo, os direitos políticos e culturais. A relação entre as pessoas também é caracterizada pela dominação e violência derivada da cultura e das instituições (MACIEL, 2016, p. 24-25).

Desse modo, pode-se entender que o patriarcado permite que as pessoas exerçam sua autoridade em larga escala. Portanto, é compreensível que toda a história da obediência feminina se dê desde o modelo de construção familiar até a ocorrência de relações sociais, o que faz com que a posição dominante do homem se torne um parâmetro admissível de toda a sociedade.

No que tange ao entendimento de Canezin (2019), estudiosa do assunto, disse que “existe uma estreita ligação entre a sociedade patriarcal e a submissão das mulheres, pois esse pano de fundo realista vem da relação submissa entre pai e filha, enquanto marido e mulher sujeitos a essa relação”. Essa situação é sempre aceita pelo meio social, visto muitas mulheres aceitaram ser submissas aos homens, levando-os a crer toda mulher teria que ser submissa.

No tópico a seguir iremos abordar as espécies de violência cometida contra a mulher e entender que a violência doméstica se estende a muito mais que só violência física.

3. ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

A violência pode ser comprovada das seguintes maneiras, pois têm grande influência pelo patriarcado e são uma forma de dominação masculina sobre o gênero feminino.

Nas relações pessoais, a violência contra as mulheres é um aspecto importante da cultura patriarcal. A violência doméstica é uma forma de violência física e/ou psicológica imposta às mulheres pelos homens em relações íntimas, que materializa a propriedade do patriarcado. Podemos ver a violência doméstica como uma punição destinada a limitar o comportamento das mulheres e provar que elas não podem controlar suas vidas (FERRAZ et al., 2014, p. 470).

Contudo, como já foi dito a violência contra a mulher não se limita somente a física e psicológica, mas ela surge de diversas outras formas, senão vejamos.

3.1 Violência física

A característica da violência física é uma ação ou omissão que coloca em perigo a integridade física de uma pessoa. É caracterizada por causar lesões corporais de várias maneiras, como chutes, tapas, socos, arremessos, etc., para que as mulheres fiquem incapaz de realizar as atividades diárias, podendo em alguns casos até levar à morte (CAVALCANTE, 2016, p. 1).

De acordo com o artigo 7º inciso I da Lei nº 11.340/06 dispõe que:

[...] I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal (BRASIL, LMP, 2018).

Nesse caso, para Guedes e Gomes (2018, p.1), a violência física é qualquer comportamento que possa agravar a saúde ou integridade física da mulher. Essa violência se manifesta de várias formas, como atirar coisas e estrangular, tentativas, espancamentos, socos e chutes e, em muitos casos, levaram o homem a matar a vítima.

3.1.1 Violência psicológica

A violência psicológica é um comportamento violento que afeta a autoestima de uma mulher. Isso diminui sua autoconfiança e muitas vezes leva a mesma a

depressão. São abusos psicológicos que tiram a vontade de viver da vítima, exemplo: “quem vai lhe querer? Você é feia! Gorda!”

Segundo o artigo 7º inciso II da Lei nº 11.340/06 dispõe que:

[...] II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (BRASIL, LMP, 2018).

É importante ressaltar que as mulheres que tentam denunciar as agressões sofridas enfrentam uma série de dificuldades, como a comprovação da violência, que é mais evidente no caso da violência física, mas a violência psicológica acaba sendo ignorada, ainda que venha acompanhada de violência psicológica ou, na maioria das vezes, cria condições para outro tipo de violência. (MEDEIROS, 2018, p.1).

3.1.2 Violência sexual

Qualquer comportamento que cause constrangimento ou envolva relações sexuais desnecessárias devido a estupro, abuso sexual, assédio moral e agressão indecente é considerado violência sexual.

Esta violência está descrita na Lei nº 11.340/06 em seu artigo 7º inciso III.

[...] III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, LMP, 2018).

Esta é uma violência mais frequente do que imaginamos, visto que muitos acreditam que um parceiro íntimo não pratica estupro, pelo ao contrário, toda vez que a vítima diz não ao ato sexual e o parceiro insiste em manter relação sexual através pressão psicológica, fazendo-a ceder, é estupro!

3.1.3 Violência patrimonial

A violência patrimonial está prevista na Lei nº 11.340/06 em seu artigo 7º inciso VI.

[...] IV - A violência patrimonial, se refere a qualquer comportamento que constitua a retenção, dedução, destruição parcial ou total de seus objetos, ferramentas de trabalho, arquivos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo comportamentos que se destinam a atender às suas necessidades (BRASIL, 2018).

A violência patrimonial é a novidade de "Maria da Penha". Ela expressa claramente o comportamento que basicamente constitui uma violação dos direitos econômicos das mulheres e explica os esforços do governo brasileiro para reprimir a prevenção ou revogação do exercício desses direitos. A ação tomada depende sobre o disposto no Artigo 5. Convenção de Belém do Pará (FEIX, 2018, p.207).

3.1.4 Violência moral

Descrita na Lei nº 11.340/06 em seu artigo 7º inciso V dispõe que:

Art.7º[...] V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, LMP, 2018).

O Código Penal Brasileiro estipula que todos esses crimes são atos de violência que prejudicam a reputação pessoal. Portanto, a violência moral contra a mulher é todo o tipo de violência que ela sofre, sendo ela em casa, na rua, no trabalho, visto que fere com morte sua honra.

3.2 Origem de feminicídio

Diante a expressão de Feminicídio, vem do termo "femicídio" em inglês, "Femicide" criada através da socióloga sul-africana Diana Russell, pela primeira vez diante de seu discurso no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, realizado em Bruxelas no ano de 1976 amplamente designou aos assassinatos de mulheres cometidos por homens pelo fato de ser mulher, priorizava pela expressão "mulher" e

não “mulheres” visto que o feminicídio é cometido também contra crianças e idosas (RUSSEL, 2011).

Sendo assim, entende-se feminicídio (ou femicídio) como sendo a morte de forma violenta de uma mulher por questões de gênero, princípio de uma sociedade patriarcal, machista, sexista e misógina. No ponto de vista das autoras, trata-se o feminicídio, em verdade, do encerramento enternecedor, cruel e letal de um ciclo de violações e privações a que as mulheres são submetidas ao longo de toda a vida.

Porém, mesmo com base na igualdade de direitos na Constituição Federal, pelo fato de nosso país ter uma longa história, as mulheres ainda insistem em presenciar os fatos do preconceito e do machismo. O artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1998 estipula a igualdade entre homens e mulheres:

Artigo 5º. Todas as pessoas são iguais perante a lei, indistintamente, sendo garantido aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e aos direitos de propriedade nos seguintes aspectos: A Constituição estabelece que as mulheres são iguais em direitos e deveres (BRASIL.CFRB, 2018).

O assassinato de mulheres mostra que esse ódio se manifesta pela não aceitação das mulheres em obedecer aos homens e seguir as leis do patriarcado, ou seja, o surgimento de normas de controle ou posse do corpo das mulheres e normas de superioridade masculina.

3.2.1 Conceito de Feminicídio

Entende-se que o assassinato de mulheres na verdade é o ódio à mulher, e o sentimento de posse de homens que acham que são superiores as mulheres, ou seja, sentimentos causados por crimes envolvendo violência doméstica, desprezo ou discriminação contra as mulheres, e discriminação que são causados por relações desiguais.

Segundo Diniz, no que tange ao termo de Feminicídio:

“Entende-se que o assassinato de mulheres inclui o ódio à mulher, e a posse de homens é superior à posse de mulheres, ou seja, sentimentos causados por crimes envolvendo violência doméstica e doméstica, desprezo ou discriminação contra as mulheres, e discriminação contra elas devida à discriminação.

Causado por. Relações desiguais, o direito de assumir esses comportamentos assimétricos, não para tratá-los de forma desigual, mas para proteger a vida das mulheres, porque o fato de que as "condições" das mulheres ameaçam a vida das mulheres (DINIZ, 2016).

No entanto, enfoca os deveres do poder público e os direitos das vítimas, enfatizando que o assassinato de mulheres é um crime evitável, cabendo ao Estado propor medidas de responsabilização, proteção e prevenção.

Neste sentido, contribuir com o que foi explanado, pode citar o que diz Wiecko Volkmer de Castilho, subprocuradora geral da República:

"No caso da 'condição do sexo feminino', acaba ficando muito forte a ideia de que sexo é um conceito biológico, natural, ocultando que há relações desiguais de poder que são construídas cultural e socialmente que resultam repetidamente em violências. Entender isso é "Fundamental para o enfrentamento dessas violências." (FUNDAÇÃO ROSA LUXEMBURG, SÃO PAULO: INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2017, pág. 14)

Com o aumento do número de mortes de mulheres, surgiu um entendimento das disputas e controvérsias baseadas na desigualdade e discriminação.

Sendo assim, a Lei nº 13.104/2015 compreende que no que tange ao Femicídio é indispensável entender que a violência praticada na condição de sexo feminino, a grande contribuição da desigualdade de poder entre os gêneros masculino e feminino e por construções históricas, culturais, econômicas, políticas e sociais discriminatórias, e ao incluir o feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio, o crime foi adicionado ao rol dos crimes hediondos Lei nº 8.072/1990.

Desta forma, quando a causa do homicídio é apenas devido ao estatuto do sexo feminino, pode ser entendido como sendo feminicídio.

3.3 Da tipologia de feminicídio

Tendo em vista que a classificação dos especialistas do crime de matar mulheres é uma ferramenta para condenar a violência sistemática contra as mulheres nas relações de marido e mulher, isso muitas vezes leva os homicídios a serem considerados "crimes passionais" pela sociedade, a mídia e até mesmo a sistema judicial.

Entretanto, há múltiplas formas que configura o crime de feminicídio em violência contra mulheres: o feminicídio não íntimo, o feminicídio íntimo, o feminicídio por conexão, transfeminicídio, dentre outros. Senão vejamos:

3.3.1 Feminicídio Íntimo

Segundo Nascimento (2016, p. 15) "assassinato íntimo refere-se à relação emocional ou íntima entre a vítima e o assassino, incluindo relacionamentos atuais ou passados, incluindo parceiros, namorados, noivos, maridos e amantes. A pessoa que tem filhos com você ". Sendo assim, é necessário haver uma relação amorosa.

3.3.2 Feminicídio não íntimo

De acordo com Nascimento (2016, p. 15) "é crime cometido por homem desconhecido. O agressor e a vítima não têm qualquer relação íntima, familiar ou de convivência, mas existe uma relação de confiança ou amizade, como amigos ou amigos. Colegas e assim por diante ".

É o assassinato da mulher ocasionada por alguém que não íntimo dela, mas pode ser próximo, como um vizinho, colega de trabalho, entre outros.

3.3.3 Feminicídio por conexão

Para Nascimento (2016, p. 16) "quando mulheres são mortas, elas estão infringindo a lei porque estão na 'linha de fogo'. No mesmo local, um homem matou ou tentou matar outra mulher. Independentemente da ligação entre a vítima e o agressor. Este tipo de feminicídio pode ser desconhecido, pois no caso de uma mulher ou menina adulta tentar intervir em um ato criminoso contra outra mulher e eventualmente se tornar vítima do assassino.

3.3.4 Transfeminicídio

O Transfeminicídio, de acordo Nascimento (2016, p. 16) "foi identificado como uma política abrangente, deliberada e sistemática de eliminação da população de trans, travestis e travestis motivada pelo ódio e nojo". Ou seja, quando a morte de uma mulher transexual se deve ao fato de ser "trans" ser verdadeiramente misógino, por exemplo, no caso de Laura Vermont.

4. DA PROTEÇÃO E COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES

Com o passar dos anos, a composição da família sofreu grandes mudanças na sociedade e no direito como um todo, há muitos anos as mulheres vêm conquistando

seu próprio espaço e direitos sociais, e os direitos anteriores até estavam ausentes. Agora está disponível para toda a classe feminina. Depois de tantos direitos reservados para os homens e suas famílias, as mulheres que foram molestadas e sofreram violência doméstica ganharam outro direito, nomeadamente a promulgação da Lei Maria da Penha, que constituiu uma redução do tratamento das mulheres.

As Políticas públicas sobre violência doméstica e feminicídio. Com isso, as áreas de assistência social, saúde, educação, trabalho e moradia tornaram-se vitais para acolher as vítimas que sofrem qualquer tipo de violência, pois muitas das vezes averigua-se que a mulher é totalmente dependente do homem, em diversos aspectos, sendo eles financeiros, emocional e etc... muitas mulheres são de classe baixa, sem estudo, dedicaram-se toda a vida ao casamento e filhos, e quando decidem sair do relacionamento abusivo, encontram-se sem amparo nenhum.

Portanto, é necessário que o Estado organize Políticas Públicas de inclusão dessas mulheres ao mercado de trabalho para que assim possam garantir seu sustento e de seus filhos, que na maioria restam em sua responsabilidade.

Sobre isso, Simone de Beauvoir, escritora, intelectual, filósofa existencialista, ativista política e feminista francesa comenta que:

Embora a sociedade tenha mudado, no que diz respeito às condições das mulheres, "não importa quão longe na história, elas sempre obedeceram aos homens: sua dependência não é o resultado de eventos ou evolução, eles aconteceram". Segundo o autor, "parte do motivo pelo qual isso aconteceu foi a falta de uma identidade de grupo que lhes permitisse reconhecer e lutar pelo espaço" (BEAUVOIR, 1970, apud PAULA; RIVA, 2017, p. 1).

Diante disso, Cabral também destacou "em todo o processo histórico, a sociedade vivenciou diferentes formas de organização familiar, inclusive o patriarcado, com foco nas imagens masculinas" (CABRAL, 2008 apud PAULA; RIVA, 2017, pág. 1) . "

Os textos selecionados acima repetem mais uma vez a história contada desde o início, todos conhecemos ao menos uma mulher que se encontra ou já esteve em um relacionamento abusivo, onde a figura masculina era o centro das atenções, no qual a mulher tinha que se dedicar exclusivamente a cuidar da família e do marido. É como se o homem não tivesse a capacidade de cuidar de si mesmo, precisando sempre de uma mulher para inflar o seu ego e torna-lo mais homem, é um ciclo passado da mãe para a esposa.

O medo é um dos principais causadores da desistência em denunciar as agressões, a falta de amparo financeiro, apego emocional em acreditar que irá ter mudança, ou seja, os motivos que fazem as vítimas a não denunciar ou desistir de dar prosseguimento, aí surge o papel do Estado em proteger e assegurar os direitos básicos das vítimas garantidos pela Constituição Federal.

Portanto, é necessário que as leis existam de modo a serem devidamente cumpridas e fiscalizadas, como também é necessário que surjam outras mais severas para de fato punir os agressores e erradicar a violência contra a mulher, as vítimas precisam tanto do alicerce da família quanto da ajuda de instituições públicas para poderem se recuperar das agressões e tomar medidas psicológicas para seguir em frente, ganhando assim todos os direitos perdidos ao serem vítimas de homens cruéis.

4.1 Políticas de proteção para as mulheres

Em 1948, foi formulada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual foram formuladas medidas de proteção aos indivíduos para defender os direitos e garantias fundamentais relacionados às mulheres por diversos motivos, mas ao mesmo tempo foi afirmado claramente que todas as pessoas são iguais dando-lhe direitos iguais entre gêneros.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o ritmo de desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos tem se acelerado, o que significa que muitos tratados internacionais voltados para a proteção dos direitos fundamentais foram aprovados. Portanto, o sistema normativo global de proteção internacional dos direitos humanos foi consolidado dentro das Nações Unidas, e as mulheres foram gradualmente expandidas com o surgimento de outros documentos relacionados a genocídio, tortura, discriminação racial e discriminação relacionada a violações específicas e específicas dos direitos humanos. Os direitos das crianças, dos idosos, etc. são violados (MONTEBELLO, 2018, p. 157).

Poucos anos depois que a "Declaração Universal dos Direitos Humanos" foi promulgada, a "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres" foi promulgada em 1979, que foi usada como a base do movimento das mulheres, e a primeira convenção foi realizada no Estado do México. Seu tema principal são os direitos humanos, buscando a igualdade entre homens e mulheres. No entanto, essa situação se resolve com o direito da mulher à conquista. Portanto, todos passam a ter direitos iguais e podem escolher se querem ser donas de casa ou escolher um ramo no mercado de trabalho (EVANGELISTA, 2016, p. 1).

De acordo com a Convenção de Belém do Pará afirma que

“A violência contra as mulheres constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Viola total ou parcialmente o reconhecimento, o gozo e o exercício deste direito e da liberdade das mulheres.” A violação da dignidade humana reflete a história entre mulheres e mulheres Relações desiguais de poder. Homens ”(MONTEBELLO, 2018, p. 165).

Não pode deixar de invocar o artigo 6, que estipula o direito da mulher a não ser violada pela violência.

Artigo 6. O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:

- a. O direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e
- b. O direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação (BRASIL, Decreto nº 1973, 2018).

Essas violações se devem à desigualdade nas relações de poder e à superioridade dos homens sobre as mulheres, evidenciando o poder de submissão, que no passado desempenhavam papéis baseados na baixa autoestima, ficando vulneráveis à violência nessa situação e ao histórico familiar.

A “Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher” visa estabelecer alguns conceitos, princípios e diretrizes para prevenir e combater a violência contra a mulher e prestar assistência à mulher em caso de violência.

Diante disso, a violência contra as mulheres é basicamente um desrespeito aos direitos humanos, que afeta outras violações do bem-estar e da segurança pessoal das mulheres, incluindo violações de homens e mulheres, porque a violência contra os homens costuma ser em ambiente público. Em andamento. A violência doméstica, na maioria dos casos, é a violência cometida por parceiros e familiares. A violência ocorre de cinco formas, como violência física, psicológica, sexual, hereditária e social, afetando mulheres de todas as classes sociais, níveis de escolaridade, estado civil, raça e assim por diante. Portanto, o governo brasileiro é obrigado a adotar medidas sem barreiras para as mulheres de diferentes formas (POLÍTICA, 2018, p. 2-3).

A necessidade de implantação de uma rede de atendimento leva em consideração a gravidade da situação das mulheres, na qual existem secretarias de

saúde, delegacias de polícia e serviços de assistência social especializados no trabalho na área.

É importante destacar que o ano de 2020 foi um ano infeliz para mulheres vítimas de violência doméstica, porque houve um aumento nos casos exorbitante, sendo assim, para ajudar no combate e prevenção à violência doméstica durante o estado de emergência de saúde pública, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou o PL 1291/20, que foi convertido na Lei 14.022/20. De autoria da deputada Maria do Rosário (PT-RS) e outras 22 deputadas da bancada feminina, a proposta determina que são serviços essenciais e, não podem ser interrompidos durante a pandemia, o funcionamento dos órgãos de atendimento a mulheres em situação de violência doméstica e familiar; crianças, adolescentes, pessoas idosas e cidadãos com deficiência vítimas de violência (PIOVESAN; Agência Câmara de Notícias, 2021).

Sendo muito, ainda precisa ser feito para erradicar de vez a violência e assassinato de mulheres, é preciso que o Estado trabalhe incansavelmente analisando e planejando meios eficazes para o combate a tais atos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da história as mulheres, por muitas das vezes, não eram protegidas ou reconhecidas por suas famílias. Existem leis, mas não existem leis ou meios para protegê-las, tornando-as mais vulneráveis às condições sociais.

Tendo em conta estes incidentes contra mulheres devido ao estatuto de mulher, passou a considerar penas mais severas para os arguidos destes crimes, resolvendo assim a investigação de “Maria da Penha” e o homicídio. Veja o crime de matar mulheres como exemplo.

Diante da realidade crescente da violência doméstica contra a mulher, constatou-se que a inclusão dessa lei no artigo 121 do Código Penal Brasileiro foi um avanço, por isso decidiu-se reduzir o número de homicídios contra mulheres. O motivo da proteção é que, conforme explicado no caso do assassinato de mulheres no Brasil, se trata de um problema causado pela violência doméstica e doméstica contra a mulher, que está estipulada no regulamento Maria da Penha.

Portanto, é necessário chamar a atenção do poder público, que deve se concentrar em pesquisas e sistemas voltados ao estudo da violência contra a mulher, especialmente as políticas públicas no âmbito familiar.

REFERÊNCIAS

SILVA, Josiane Emília da. Lutas e conquistas das mulheres no mundo do trabalho no século XX: A realidade brasileira. 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Especial. São Paulo. 2017

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

Acesso em:

MACIEL, Gilkéa. Abusos e Violência Doméstica: das cavernas ao computador, nada mudou. Recife: Editora Gilkéa Maciel, 2006.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. Violência doméstica – análise da Lei “Maria da Penha”, n. 11.340/06. Salvador: Podivm, 2006, 175.

BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso:

ESSY, Daniela Benevides. A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-da#violencia-contra-a-mulher-no-cenario-brasileiro-do-patriarcado-a-busca-pela#efetivacao,589527.html>>. Acesso em:

EVANGELISTA, Desirée. Direitos humanos das mulheres na esfera internacional. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53646/direitos-humanos-das-mulheres-na-esfera#internacional>>. Acesso em:

FEIX, Virgínia. Das formas de violência contra a mulher: artigo 7º. 2018. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/2_artigo-7.pdf>. Acesso em:

FERRAZ, Caroline Valença et al. Manual dos direitos da mulher. São Paulo: Saraiva, 2013. 525 p. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502199255/cfi/525!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em:

GUEDES, Brena Kécia Sales; GOMES, Flâmela Kevylla Silva. Violência contra a mulher. Disponível em: <<http://ww2.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol7-1-2014/artigo12.pdf>>. Acesso em:

MACHADO, Camila Lima et al. A Lei Maria Da Pena: e a proteção constitucional contra a violência doméstica. 2016. Disponível em: <<https://robertaluanacorreia.jusbrasil.com.br/artigos/442894212/a-lei-maria-da-pena-e-a#protecao-constitucional-contra-a-violencia-domestica>>. Acesso em:

MEDEIROS, Luciene. CF 2018 e a violência contra a mulher: a expressão mais dramática da desigualdade de gênero no brasil. 2018. Disponível em: <<http://portaldascebs.org.br/2018/03/13/cf-2018-e-violencia-contra-mulher-expressao-mais#dramatica-da-desigualdade-de-genero-no-brasil/>>. Acesso em:

MONTEBELLO, Marianna. A proteção internacional aos direitos da mulher. 2018. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_155.pdf>. Acesso em:

POLÍTICA nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres. 2018. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/ouvidoria-da-mulher/pacto-nacional/politica-nacional#enfrentamento-a-violencia-versao-final.pdf>>. Acesso em:

PROTEÇÃO da mulher vítima de violência doméstica. 2012. Disponível em: <<https://por#leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040451/protecao-da-mulher-vitima-de-violencia#domestica>>. Acesso em:

PASINATO, Wânia. "Femicídios" e as mortes de mulheres no Brasil. Cad. Pagu [online]. 2011, n.37, pp.219-246. ISSN 0104-8333. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332011000200008>.

A LEI 13.709/2018 SOB O PRISMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR EM SITES DE E-COMMERCE

LUCIANO BILLIG: Graduando em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins - UniCatólica

WELLINGTON GOMES MIRANDA¹³²

(orientador)

RESUMO: O presente artigo apresenta a Lei nº 13.709/2018, intitulada por Lei Geral de Proteção de Dados especialmente sob a ótica do consumidor. O texto transcorre desde a base principiológica constitucional, relacionando direitos fundamentais à intimidade, privacidade e outros pertinentes. O artigo conceitua a vulnerabilidade do consumidor e informa ferramentas para resolução de conflitos. Outrossim, discorre acerca do comércio eletrônico e como se desenvolve no decorrer dos anos. A perspectiva do consumidor e a titulação do direito é um tema relevante na atualidade devido à crescente circulação de dados e bens na internet. O artigo busca elucidar os dispositivos legais, esclarecer no que diz respeito à aplicação da mesma e pesquisar se há jurisprudência brasileira sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade; Comércio eletrônico; Consumidor.

ABSTRACT: *This article presents Law No. 13,709 / 2018, entitled General Data Protection Law, especially from the consumer's perspective. The text goes from the constitutional principiological basis, relating fundamental rights to intimacy, privacy and other pertinent. The article conceptualizes consumer vulnerability and provides tools for conflict resolution. Furthermore, he talks about electronic commerce and how it has developed over the years. The perspective of the consumer and the title of the right is a relevant topic nowadays due to the increasing circulation of data and goods on the internet. The article seeks to elucidate the legal provisions, clarify with regard to its application and research whether there is Brazilian jurisprudence on the subject.*

KEY WORDS: *privacy; e-commerce; consumer.*

INTRODUÇÃO

¹³² Mestre em prestação jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins (UFT) Docente do Centro Universitário Católica do Tocantins - UniCatólica.

A eclosão da internet no final da década de 60 com o projeto ARPANET, facilitou e diminuiu a distância entre as pessoas, tendo um grande impacto na vida cotidiana da sociedade. No entanto, vale destacar que o seu crescimento levanta uma série de questões a serem debatidas a respeito de problemas em relação à proteção à privacidade dos usuários e qual o limite os órgãos públicos e empresas podem utilizar esses dados.

No decorrer dos anos com a divulgação de dados sensíveis e críticos de milhões de pessoas no mundo inteiro, vem se discutindo a implantação de normas e leis que assegurem a proteção dos dados na rede mundial de computadores, bem como formas de punição a empresas, órgãos, entidades e governos que armazenam esses dados sem a devida cautela.

As discussões acerca da responsabilidade civil pela utilização da internet, ocasionou a criação do Marco Civil (Lei n. ° 12.965/2014) em que foram inseridos artigos que tratam dos direitos e deveres dos usuários na internet. Logo após, surgiu-se a necessidade de uma lei que tratasse especificamente sobre a proteção de dados pessoais, que ocasionou a Lei 13.709/2018.

A Lei geral de proteção de dados sancionada no ano de 2018 tem o objetivo de regulamentar como os dados pessoais dos usuários serão tratados, quanto ao seu correto armazenamento, proteção aos dados sensíveis no que tange às crianças, assim como diretrizes e normas a serem cumpridas pelos órgãos públicos e empresas que tenham em mãos a posse desses dados em seus servidores.

No Brasil, segundo o Boletim de Economia Empírica, até o ano de 2020 contabiliza mais de 58 milhões de consumidores on-line. Conforme esses dados, é possível verificar sua importância para a população brasileira, uma vez que, uma grande quantidade de pessoas acessa a internet para realizar compras.

Diante dessa realidade percebe-se alguns desdobramentos, como a divulgação de dados em massa de milhares de usuários por plataformas das redes sociais, cenário que vem se agravando com o passar dos anos por meio do acesso a sites que armazenam dados dos usuários como nome, endereço, profissão, escolaridade, entre outras informações privadas do usuário.

O direito fundamental à vida privada, honra e privacidade, previsto na constituição federal promulgada no ano de 1988 depara-se atualmente com novos obstáculos à efetivação de tal tutela.

Com o avanço das tecnologias aumentaram-se as plataformas em que há inserção de dados pessoais, de fotos, identificação, dados bancários, endereço, dentre outros, o que conseqüentemente dificulta a proteção das informações.

Um dos desafios na atualidade é oferecer de maneira clara e objetiva para o usuário o conjunto de termos de consentimento, isto é, o modo que as informações serão armazenadas e processadas por cada empresa. Assim como, fornecer à pessoa uma forma de assimilar quais serão os dados que a empresa utilizará através do consentimento aceito.

O cerne da questão baseia-se em compreender a necessidade da Lei nº 13.709/2018 e como ela se aplica no Brasil. Importa desvendar esses dispositivos considerados relativamente novos, vez que, a obrigação legal para o enquadramento e adequação à data de vigência será em 1º de agosto de 2021.

2 COMÉRCIO ELETRÔNICO

Inicialmente, apresenta-se a conceituação de comércio eletrônico, vez que é basilar para dedicar-se ao estudo da Lei Geral de Proteção de dados. No que concerne ao entendimento da aplicabilidade de dispositivos legais faz-se necessário perceber o contexto em que está inserida.

O comércio eletrônico é toda realização transacional que ocorre por meio da internet, pautando sua relação sobre bens físicos ou virtuais, aponta Abreu (2020). Necessário informar que antes do advento do Marco Civil já havia o decreto que estabelecia regras acerca da utilização do comércio eletrônico, qual seja, o decreto nº 7962/2013.

O decreto continha elementos importantes para a comercialização eletrônica, como a disposição de informações claras a respeito do serviço, atendimento facilitado e direito de arrependimento. Além disso, continha diretrizes que informam quanto a utilização do consumidor em sítios eletrônicos.

Ressalta-se que tanto o consumidor que realiza compras físicas como aqueles que realizam compras online estão assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC. Harmonizam-se, portanto, a vulnerabilidade do consumidor diante das empresas online.

Para melhor esclarecimento Moreira (2016, p. 56), define o comércio eletrônico:

[...] podemos entender o comércio eletrônico como um conjunto de transações comerciais realizadas em um ambiente

virtual cujo objeto é a compra e venda de produtos ou a prestação de serviços. Neste sentido, as relações travadas virtualmente entre fornecedores e consumidores, por meio de transações eletrônicas de dados por meio de um computador ou qualquer veículo de comunicação em que não há contato físico entre as partes, pode ser conceituada como atividade de comércio eletrônico.

Percebe-se que o comércio eletrônico funciona como um conjunto de transações comerciais realizadas em um ambiente virtual como o propósito de compra e venda de produtos ou a prestação de serviços.

Devido ao desenvolvimento da internet e dos meios de comunicação, compras que eram realizadas presencialmente passaram a ser efetuadas pelo ambiente virtual, rede mundial de computadores, surgindo assim o denominado e-commerce em que empresas fornecem bens de consumo e serviço aos seus consumidores de maneira remota entre as partes.

Nesse sentido, as relações travadas virtualmente entre fornecedores e consumidores, por meio de transações eletrônicas de dados por meio de um computador ou qualquer veículo de comunicação em que não há contato físico entre as partes, pode ser conceituada como atividade de comércio eletrônico.

Moreira (2016) esclarece que o comércio eletrônico é dividido em quatro modelos mais conhecidos, são eles: business to business; business to government; business to consumers e, ainda, consumer to consumer.

O primeiro modelo (business to business) envolve a comercialização de produtos entre fabricantes, comerciantes e fornecedores não havendo o envolvimento do consumidor, somente a circulação de dados entre empresas, desse modo inexistente relação de consumo, não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor.

Em sequência, o segundo modelo (business to government) compreende a relação entre empresas privadas e o Estado como business to government (B2G), tendo ainda a relação entre consumidor e o Estado chamada de consumers to government. Há também a relação entre consumidores e o Estado chamado de (consumers to government).

Sobre o terceiro (business to consumer - B2C) ocorre da relação entre empresas e consumidores finais em que se aplica o Código de Defesa do Consumidor

por se tratar de relação consumerista. E por fim, o quarto modelo (consumer to consumer) que são relações entre dois consumidores finais como exemplo de sites de vendas, jornais, anúncios de bens pessoais como automóveis e residências.

Em análise aos tipos de modelos de comércio eletrônico fixados evidencia-se business to consumer, em que há implicação direta das empresas com a comunidade. Estabelecendo relação com o assunto abordado, isto é, comércio eletrônico e internet é justo informar acerca da nova lei que protege o direito neste caso.

Portanto, verifica-se de modo sucinto que a comercialização já conhecida pela população, assume novas proporções, atingindo outras esferas que não restringem a pessoalidade, mas vale-se de ferramentas como sites, aplicativos dentre outros que estão abarcados no ciberespaço.

2 PRIVACIDADE: DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88, parâmetro de todas as leis brasileiras, dispõe acerca da existência de direitos e garantias fundamentais. O artigo 5º, inciso XII estipula que 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 CRFB/88 também dispõe no artigo 5º inciso X que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Lindoso (2017) explica que atualmente a privacidade está diretamente relacionada à proteção de dados pessoais, uma vez que, houve uma verdadeira mudança que transporta as pessoas da realidade para o espaço virtual.

Não há um artigo que tutela expressamente a proteção de dados na constituição, Roman (2020). Verifica-se apenas a menção de proteção das comunicações telegráficas de dados, contudo devido à constituição ser basilar para todo o ordenamento jurídico, utiliza-se de seus princípios para nortear interpretações.

Segundo Roman (2020), o conceito de privacidade tem sido modificado no decorrer do tempo como consequência dos avanços tecnológicos e a maior exposição da sociedade. Conforme o pensamento da autora, o direito à privacidade clama por autonomia.

Depreende-se do artigo 5º, inciso XII que a regra é a inviolabilidade de dados, e o acesso por terceiros sem consentimento do titular dos dados é uma exceção que

está condicionada ao detentor da informação ou ainda, a depender da situação de ingresso com ação para ordem judicial.

Enfatiza-se, o direito à privacidade está elencado no rol de direitos humanos. O artigo 12 da Declaração universal dos Direitos Humanos de 1948 declara que ninguém deverá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem ataques à sua honra e reputação.

Pode-se perceber a importância da proteção à vida privada ao observar que mesmo antes da explosão da internet já haviam dispositivos legais com o fito de proteger a vida íntima da pessoa. Complementando, Roman (2020) demonstra que deve haver preocupação com a proteção de dados pessoais em razão da exposição pública e transmissão de informações em tempo real, dado que, trata-se de direito fundamental para garantir o livre desenvolvimento da pessoa humana.

Em decorrência da necessidade de garantir mais especificamente acerca da proteção de dados pessoais, isto é, de resguardar as informações pessoais e privadas dos usuários frente aos provedores de internet nasce a Lei geral de proteção de dados pessoais (Lei nº 13.709/2018), que trata em seu texto do comércio eletrônico.

Primeiramente faz-se necessário explicar o conceito de consumidor. De acordo com o artigo 2º do Código de Defesa do consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Verifica-se ainda, que o artigo 5º inciso XXXII da CRFB/88 institui que a defesa do consumidor é uma garantia a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, sem distinção de qualquer natureza.

No mesmo sentido, o CDC contém artigos que tratam precipuamente da proteção do consumidor. Exemplifica-se pelo artigo 4º que manifesta que deve haver o respeito à dignidade, a proteção de interesses econômicos, transparência e harmonia, e intitula como princípio que rege as relações de consumo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado.

Abreu (2020) explica que a vulnerabilidade do consumidor é considerada de caráter absoluto, visto que, o conceito não se refere exclusivamente à condição social da pessoa, isto é, classe econômica ou grau de instrução, e sim por significar o consumidor como a parte mais frágil na relação jurídica.

A vulnerabilidade do consumidor está posta em vista que ao realizar a compra de um produto, em regra, não há negociação quanto às cláusulas presentes no

contrato, pelo contrário, há um contrato pré-estabelecido, em que o consumidor apenas anui concordando com todas as cláusulas que estão presentes.

Evidente que a assinatura do contrato de compra e venda pelo consumidor diante de todas as cláusulas não significa que o comprador perca o direito de questioná-las se, havendo qualquer ilegalidade ou circunstância que a relação com o vendedor, produto ou serviço prejudicada pode-se buscar resolvê-la.

Enfim, o consumidor tem a possibilidade de buscar auxílio junto ao órgão governamental mais conhecido como PROCON - Programa de Proteção de Defesa do Consumidor que atua na esfera extrajudicial para a tratativa de resolução de conflitos na relação consumerista.

Ademais, há também a discussão judicial que refere-se ao ingresso de ações que possuam objetivo de resolver as controvérsias. Importa destacar que na via judicial o consumidor vale-se comumente de uma benesse chamada de inversão do ônus da prova, em que a prestadora de serviços deve apresentar os elementos que obstam a satisfação do direito do consumidor.

Isto posto, conferiu-se que o cidadão está amparado por uma amplitude de direitos atinentes ao consumo desde sua disposição como direito fundamental a um código próprio que versa sobre as relações consumeristas. A vulnerabilidade é posta conjuntamente nas ferramentas de solução.

3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Na atualidade houve um aumento expressivo de acesso à internet, bem como cresceu o número de vendas online. Teixeira (2020), aponta que entre 15 de novembro a 24 de dezembro de 2019, a empresa especializada em e-commerce Compre&Confie divulgou que o varejo digital brasileiro faturou mais de R\$14 bilhões.

Diante desses dados, percebe-se que a população vivencia novos hábitos, isto é, a inserção de um maior número de consumidores na esfera virtual. Por isso, vislumbrou-se a necessidade de uma lei que garanta a esses consumidores a satisfação dos seus direitos. Inicialmente, no Brasil essa discussão foi um dos pilares para a criação do Marco Civil da internet (Lei n.º 12.965/2014), que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet.

A lei supramencionada introduziu uma nova perspectiva acerca da utilização da internet, dentre os direitos dispostos está a liberdade de expressão que caracteriza-se pelo respeito aos direitos humanos, à pluralidade e diversidade e à livre iniciativa.

O artigo 3º inciso III do Marco Civil disciplina como um de seus princípios a proteção de dados pessoais na forma da lei. Gehrke (2016), explica que este artigo dá a entender a futura criação de uma lei mais específica. Ademais destaca-se que o Marco Civil da internet encontra respaldo na Constituição Federal.

Lindoso (2017), diz que o fator mais significativo da Lei 12.965/2014 foi atentar-se à preservação da personalidade, privacidade, garantia de direitos e acesso. Trata-se, pois, da Lei 13.709/2018, leia-se, Lei Geral de Proteção de Dados. É uma lei nova, que abrange especificamente sobre a proteção de informações dos usuários na rede eletrônica, por conseguinte, tutela os direitos dos cidadãos que sejam consumidores online.

Importa dizer que a Lei 13.709/2018 alterou o Marco Civil da internet e supriu o artigo 3º, inciso III que declara como princípio a proteção de dados na forma da lei, aponta Carvalho (2018). Para melhor compreensão a que se deve a referida lei, observa-se o artigo 1º:

Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018, on line)

Constata-se que a proteção de dados não é restrita aos dados em si, apesar disso implica violações aos direitos fundamentais dos usuários como a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade. Diante disso, verifica-se que a lei detém impacto significativo para a população, uma vez que faz-se necessária sua efetiva aplicação.

Neto e Klee (2019), apontam que o objetivo da lei supramencionada é a proteção de dados com o intuito de preservar a personalidade do indivíduo. Ainda aduzem que a sua função real se ampara no resguardo das garantias constitucionais da pessoa humana.

Cumprido elucidar que os dados são informações coletadas e armazenadas com intuito de identificar pessoas no meio digital, como nome, endereço, profissão, orientação religiosa dentre outras informações de carácter pessoal e individual. A criação da LGPD tem como maior destaque a proteção dos dados sensíveis dos usuários.

Os autores Neto e Klee (2019, p.16) descrevem o principal fundamento e relevância da Lei Geral de Proteção de Dados:

O principal fundamento da Lei é a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, sejam eles consumidores ou não. A relevância da proteção de dados nas relações de consumo está no fato de que a informação tem valor econômico e pode significar uma vantagem competitiva para as empresas que utilizam os dados pessoais de seus consumidores para fazer publicidade e ofertar produtos e serviços a um público consumidor em potencial, inclusive nos meios digitais.

Depreende-se que, apesar de o tratamento de dados ser essencial, trata-se também de um valor econômico, uma vez que, a detenção de dados sensíveis dos usuários serve como pilar para a criação de anúncios direcionados. Isto significa, as empresas que possuem informações privilegiadas dos consumidores podem obter mais lucros que outras gerando assim concorrência antiética, o que infringe as relações das empresas na economia brasileira.

Ressalta-se que a Lei 13.709/2018 dispõe em seu artigo 11 inciso II, a garantia de prevenção à fraude e segurança do titular em cadastros eletrônicos. Dispositivo essencial vez que busca a diferenciação e caracterização pessoal. O artigo citado resguarda que, havendo divergência de dados deve-se prevalecer os direitos e liberdades fundamentais do titular.

Salienta-se, um dos principais fundamentos elencados na LGPD e aplicado em função deste artigo, trata-se de garantir, proteger a livre-iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

4 A APLICABILIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 apesar de aprovada em 2018, inicialmente teve condicionada a entrada em vigor à data 14 de agosto de 2020. No entanto, em sua maioria foi prorrogada para 1º de agosto de 2021. Reputa-se fundamental a adequação das empresas com os novos dispositivos da LGPD, vez que a sua aplicação está condicionada a uma mudança no tratamento de dados dos consumidores, no que tange a circulação de informações dispostas na internet.

Destaca-se, uma das finalidades da Lei contida no art.6º inciso X é a “responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais, e, inclusive, a eficácia dessas medidas”.

No mesmo sentido, a LGPD criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, órgão da administração federal que integra a Presidência da República com o fito de fiscalizar a aplicação de descumprimento da legislação, assim como conservar a motivação da lei.

Compete à ANP elaborar relatórios, editar regulamentos, promover estudos, dispor as formas de publicidade, elaborar diretrizes para a política nacional de proteção de dados pessoais e privacidade, dentre outros deveres atinentes ao dever de fazer valer a norma no Brasil.

Correlacionado à Autoridade Nacional de Proteção de Dados foi criado o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. O Conselho terá por composição 23 representantes, titulares e suplentes distribuídos entre o Poder Executivo Federal, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público e Comitê Gestor de Internet do Brasil.

No que tange às suas funções, o Conselho Nacional deve propor estratégias e fornecer subsídios para a ANPD, sugerir ações, elaborar estudos, disseminar conhecimento à população e ainda elaborar relatórios anuais de avaliação da execução das ações estabelecidas em políticas nacionais de proteção de dados.

A criação de uma estrutura de controle convalida o interesse social à lei. Quanto a sua amplitude e seriedade, a legislação brasileira reputa a privacidade do titular primordial, tendo em vista a criação de órgãos de controle e fiscalização, a aplicação da lei e a divulgação das informações, direitos, fundamentos e princípios da população em geral.

Apesar de sua vigência dá-se, em regra, somente em agosto de 2021, já é possível verificar a judicialização de temas relacionados à proteção do consumidor citando nova lei geral de proteção de dados. Identifica-se a existência de processos tramitando em tribunais de justiça, tribunais regionais federais.

Ação civil pública proposta no Tribunal de Justiça do Distrito Federal /DF autos 07217351520198070001 por um particular em face da Telefônica Brasil S.A., questiona o uso de dados sensíveis devido aos anúncios da plataforma "Vivo Ads". Segundo o autor, após a contratação de plano com a operadora passou a receber diversos anúncios, por isso sentiu violada a sua privacidade. Alegou em síntese que a empresa estaria repassando seus dados aos anunciantes.

No decorrer do processo, o juízo de primeira instância julgou improcedente os pedidos formulados pelo autor, tendo em consideração que a contestação juntada

aos autos pela empresa, justificou-se quanto à circulação de anúncios, sendo que todas estas medidas estavam presentes no termo de contratação assinado pelo consumidor.

Por conseguinte a sentença ter julgado de forma insatisfatória o pedido do autor, recorreu à segunda instância, qual seja, 6º turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, veja-se:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMPRESA DE TELEFONIA. PLATAFORMA DE PUBLICIDADE. USO DE DADOS DE CLIENTES. CONSENTIMENTO. OPÇÃO. OFENSA À INTIMIDADE E AO SIGILO DE DADOS. AUSÊNCIA. I. A Constituição Federal prevê ao cidadão garantias à inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas (art. 5º, X e XII). II. Se a empresa de telefonia ré comprovou que, no momento da contratação, ao consumidor, por meio destacado, é dada a oportunidade de manifestar o seu consentimento ou discordância em receber ofertas e benefícios da empresa e de parceiros, mediante uso de seus dados pessoais e de localização?, inclusive podendo, a qualquer momento, revogar a sua opção, **observa-se que a sua atuação está em perfeita conformidade com os artigos 7º, inciso I e 8º da Lei nº 13.709/2018**, não se vislumbrado ofensa aos princípios constitucionais apontados pelo parquet. III. Negou-se provimento ao recurso. *grifo nosso*

Evidencia-se, a decisão do tribunal aponta a LGPD em sua fundamentação, no sentido de verificar a aceitabilidade de sua aplicação. No caso apresentado, a empresa adequou-se à lei 13.709/2018 quando buscou o resguardo da violação de direitos no contrato com o consumidor.

Vê-se que a judicialização de temas relacionados à lei já possui alguns precedentes judiciais. Há pouco conheceu-se uma situação apreciada no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, neste momento será apresentada a discussão judicial no Supremo Tribunal Federal.

A ação é objeto de discussão da Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020, que trata do compartilhamento de dados por empresas de serviços telefônicos com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE em consonância com a situação emergencial relacionada a Covid-19.

Veja-se ementa do STF, ADI 6390:

EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, **embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais.** O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 10. Fumus boni juris e periculum in mora demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. 11. Medida cautelar referendada. (STF - ADI: 6390 DF 0090595-58.2020.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 07/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/11/2020) grifo nosso

Observa-se que, na fundamentação da decisão supracitada percebe-se que negou-se a aplicação da Lei 13.709/2018 devido à falta de vigência. Importa dizer que a LGPD, novidade legislativa já está sendo citada nas decisões judiciais, tendo

em vista que em alguns casos afirma-se seu enquadramento e aplicação e em outras nega-se.

Dito isso, é necessário esclarecer que embora a regra seja pela vigência da lei somente em 1º de agosto de 2021, há dispositivos da Lei 13.709/2018 que já estão com sua vigência confirmada, como os artigos 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B que entraram em vigor dia 28 de dezembro de 2018.

Portanto, além de ser uma lei novíssima, vê-se que há complexidade na fixação da sua aplicação e vigência em se tratando de qual dispositivo da Lei 13.709/2018 está em discussão. Por fim, restou evidente que a Lei geral de proteção de dados é uma necessária na realidade atual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O chamamento do tema relacionado à privacidade, proteção de dados e internet é amplamente discutido e tem sua importância socialmente, vez que, o acesso e uso das redes para realizar compras tem crescido exponencialmente. No que lhe concerne a evolução, o fluxo comercial eletrônico tem se intensificado ordinariamente.

Destaca-se, a lei 13.709/2018, criada antes da pandemia de covid-19 tornou-se ainda mais fundamental à proteção de dados pessoais dos brasileiros, pois segundo pesquisa realizada pelo G1- Economia o faturamento de compras online cresceu em 40% no ano de 2020. Ainda segundo o site, foram 194 milhões de compras realizadas somente no ano de 2020.

Dito isso, reflete a quantidade de dados pessoais de consumidores que estão disponíveis nos sites de compras, desde nome completo, cpf, endereço até os dados bancários. Todas são informações valiosas tanto ao titular como ao conhecimento das empresas para traçar o perfil de cada comprador, para anúncios e ofertas, por exemplo.

Um dos motivos que merece destaque à criação da Lei geral de proteção de dados é exatamente a proteção ao livre comércio, de modo que o sigilo de informações pessoais preserva a livre concorrência que influem diretamente na economia do país.

Outro ponto a ser lembrado é a segurança jurídica que a lei confere ao consumidor, dado que, além de contar na constituição federal a salvaguarda da personalidade de cada indivíduo, no que tange a suas peculiaridades, a LGPD específica, tutela, garante e fiscalização de sua utilização.

Em síntese, é inegável que o estudo e discussão da lei 13.709/2018 tem razão em seus próprios fundamentos, encontra complexidade quanto a vigência de sua aplicação, contudo é essencial às mudanças habituais e crescentes dos consumidores nos últimos anos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18 de outubro de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Apelação cível 0721735-15.2019.8.07.0001 Ministro Relator Desembargador José Divino DJe: 03/06/2021. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> Acesso em 14 de maio 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade 6390 Ministro Relator Rosa Weber DJe: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/pauta/listarCalendario.asp?data=07/05/2020> Acesso em 12 de maio de 2021.

G1. **Venda on-line ganha 13 milhões de novos clientes em 2020, e faturamento aumenta 41%**. Publicado em 29/03/2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/03/29/faturamento-de-lojas-on-line-cresce-41percent-em-2020-maior-alta-em-13-anos.ghtml> Acesso em 14 de maio de 2021.

CARVALHO, Victor Miguel Barros de. O Direito fundamental à privacidade ante a monetização de dados pessoais na internet: apontamentos legais para uma perspectiva regulatória. 2018. 145f. **Dissertação (Mestrado em Direito)** - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/26851> Acesso em: 7 nov. 2020.

DE ABREU, Mariana Carmo Vasconcelos. A vulnerabilidade dos consumidores em relação ao comércio eletrônico. **Repositório Institucional**, AEE Centro Universitário de Anápolis, Direito UniEVANGÉLICA - Campus Anápolis, Trabalhos de Conclusão de Curso - TCC's, 2020. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/10056> Acesso em: 08 nov. 2020.

GEHRKE, Daniel Bender. A necessidade de lei de proteção de dados no Brasil.

UFRGS, Coleções, **Monografia**, Ciências Jurídicas e Sociais, 2016. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/157685> Acesso em: 20 nov. 2020.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni e NETO, Alexandre Nogueira Pereira. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): uma visão panorâmica. **Cadernos Adenauer xx**

(2019), nº 3, Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2019.

LINDOSO, Maria Cristine Branco. Lei nº 13.444, de 11 de maio de 2017: uma análise à luz dos direitos de privacidade e proteção de dados pessoais. 2017. 65 f. **Trabalho de Conclusão de Curso** (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/6638> Acesso em: 08 nov. 2020.

MOREIRA, Tatiana Artioli. O comércio eletrônico e a proteção do consumidor no Direito Brasileiro. 2016. 215 f. **Dissertação (Mestrado em Direito)** - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7019> Acesso em: 05 nov. 2020.

ROCHA, Gustavo Henrique Ferreira. O comércio eletrônico e a proteção ao consumidor: aspectos jurídicos acerca da responsabilidade civil. **Repositório Institucional AEE**, Centro Universitário de Anápolis, Direito UniEVANGÉLICA -

Campus Anápolis, Trabalhos de Conclusão de Curso - TCC's, (2020). Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/10013> Acesso em: 14 out. 2020.

ROMAN, Juliana. A proteção de dados pessoais na Lei nº 13.709/2018: Uma análise sobre o consentimento e direito à autodeterminação informativa na Lei Geral de Proteção de Dados. **Anais dos congressos estaduais de magistrados - RS**,

Capa, v. 1, n. 1 (2020). Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/Anais-dos-Congressos/article/view/1090> Acesso em: 10 nov. 2020.

SOBRINHO, Nayara da Silveira. A Proteção De Dados Pessoais No E-Commerce: Análise Da Aplicação Da LGPD Diante Da Vulnerabilidade Do Consumidor .

Repositório de Trabalhos de Conclusão de curso, TCC, Manhauçu, 2019. Disponível em:

<http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/repositorioctcc/article/view/1745>
<http://www.pensaracademico.facig.edu.br/index.php/repositorioctcc/article/view/1745>
Acesso em: 07 nov. 2020.

TEIXEIRA, Caio de Oliveira. A Lei Geral de Proteção de Dados e o impacto no comércio. **Boletim de economia empírica**, v.1, n. 1. (2020). Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/bee/article/view/4013> Acesso em: 03 nov. 2020.

OS DIREITOS TRABALHISTAS DOS ATLETAS DE FUTEBOL: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A EFETIVIDADE DA NORMA TRABALHISTA AO CONTRATO DE TRABALHO DO ATLETA

DIEGO FERREIRA DA ROCHA LEITE:
Bacharelando do curso de Direito do Centro
Universitário UNA Contagem.

BRUNO HENRIQUE DA CRUZ OLIVEIRA ¹³³

(coautor)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo a pesquisa das particularidades que existem no contrato de trabalho do atleta profissional, assim, como estabelecer a causa das normas trabalhistas se tornarem ineficazes na vida real, para esse profissional. Será feita uma análise dos direitos trabalhistas desses profissionais advindos da Lei 9.615/1998, como é conhecida a “Lei Pelé”, já que foi uma lei muito importante que veio para inovar esse mercado de trabalho, que cresce tanto a cada ano. Será ressaltado também, os reflexos causados pela reforma trabalhista de 2017, na legislação que abrange o contrato de trabalho dos atletas profissionais. Cabe destacar, que o direito desportivo está positivado na constituição federal de 1988, no artigo 217, sendo dessa maneira um direito constitucional que abrange todos os cidadãos. Será analisado o motivo pelo qual esse direito é tão ignorado pelos empregadores, gerando assim, uma grande demanda de ações trabalhistas que comumente ganham destaques na grande mídia. Ora, a criação do futebol tinha o intuito de gerar lazer e diversão para as pessoas, porém com sua popularidade acabou se tornando um dos produtos mais valiosos do mercado, sendo que as grandes empresas do mundo utilizam esse esporte para fazer marketing através da imagem desses trabalhadores para conseguir mais clientes e receitas. Assim, a importância de um estudo voltado para esse vínculo contratual, já que a tendência desse setor é crescer ainda mais ao longo dos anos.

Palavras Chave: Direito Desportivo; Lei Pelé; Trabalhista; Constituição; Futebol.

SUMARIO: INTRODUÇÃO. 2- O HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA DO ATLETA PROFISSIONAL NO BRASIL. 3- OS DIREITOS TRABALHISTAS DOS ATLETAS NA ATUALIDADE. 3.1 Da Lei Pelé e suas peculiaridades. 3.2 Reforma Trabalhista e seus

¹³³ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário UNA Contagem. Endereço Eletrônico:

reflexos no contrato de trabalho do Atleta. 4- O PROBLEMA DA INEFETIVIDADE DA NORMA TRABALHISTA PARA O ATLETA. CONCLUSÃO. REFERENCIAS

INTRODUÇÃO

O objetivo essencial deste trabalho foi o de apresentar as peculiaridades que existem na legislação que rege os contratos de trabalho do atleta profissional, assim como entender o motivo de ainda haver tantas ações no judiciário brasileiro, relacionadas ao vínculo trabalhista entre os atletas e seus empregadores.

Fazendo uma pesquisa jurisprudencial, não é difícil de encontrar várias ações relacionadas ao vínculo dos atletas. Mesmo com a criação da Lei 9.615/1998 que teve o intuito de eliminar algumas divergências relacionadas ao vínculo desses empregados, e também preencher as lacunas que a CLT deixou. Dessa forma, encontramos o problema

a ser resolvido com esse trabalho. Buscando entender se está havendo uma omissão dos empregadores no cumprimento das leis, buscaremos pontuar quais são os principais direitos violados e que acabam sendo resolvidos perante o judiciário e se há uma maneira de diminuir essa demanda de ação na justiça do trabalho.

No primeiro capítulo será realizado um resumo da evolução histórica da lei legislação trabalhista que rege o Atleta Profissional.

Já no segundo capítulo, serão apontados os principais pontos da atual legislação que rege o contrato de trabalho do atleta profissional. Trazendo como destaque a Lei 9.615/1998 (Lei Pelé) e também as alterações realizadas pela reforma trabalhista de 2017.

O Terceiro e último capítulo, iremos explicar o motivo de haver tantas ações relacionadas a esse tipo de contrato, buscando destacar de onde vem a falha já que na maioria dos casos os empregadores acabam sendo derrotados no tribunal.

A importância desse tema está diretamente ligada ao fato do atleta profissional, estar se tornando uma das principais profissões dentro do país, já que hoje os maiores salários de um empregado CLT é dos jogadores de futebol. Tal fato gera reflexos na arrecadação de impostos do Estado, algo que afeta a população como um todo. E também destacar a importância dos clubes realizarem consultorias preventivas com intuito de diminuir essa demanda de ações trabalhistas através do nosso artigo.

2- O HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA DO ATLETA PROFISSIONAL NO BRASIL

A existência da CLT (Consolidação das leis do Trabalho), como o próprio nome cita, foi criada com a finalidade de reger as leis dos trabalhadores. Se tratando especificamente dos atletas de futebol, a mesma não possui os principais pontos necessários para legislar, de forma objetiva o modo em que os atletas trabalham já que o atleta é uma categoria especial dos demais trabalhadores.

Os contratos dos atletas de futebol, foram reconhecidos inicialmente, no ano de 1943, pelo presidente Getúlio Vargas. Todo jogador só podia estrear nas competições, após possuir o seu contrato de trabalho assinado e registrado pelo Conselho Nacional de Desportos, conhecido como CND. (SOARES, 2008)

Continuando a evolução histórica dos registros dos profissionais, em 1964 existiu o decreto nº 53.820, incluindo algumas alterações na modalidade, sobre os detalhes das participações dos atletas na partidas e campeonatos. Assim, sucessivamente, ao longo dos anos, sempre tínhamos algumas alterações, que acompanhavam todo a evolução do futebol, em conjunto com a sociedade. (GRISARD, 2003)

No mandato do Presidente Ernesto Geisel, foi onde tivemos o maior impacto na modalidade, a partir da sanção da lei 6.354/76, que trouxe em seu conteúdo a edificação do clube como empregador e o atleta como empregado, tendo um papel mais específico e regularizado, entre ambas as partes. (MENDES, 2000)

No governo Itamar, foi criado a Lei nº. 8.672/9, a antiga Lei Zico, que posteriormente foi revogada pela atual Lei Pelé. Mesmo tendo a criação desse novo dispositivo, muito conteúdo que foi criado na Lei Zico, que veio acompanhando toda a evolução, foi mantida e transferida para a atual legislação. (MELO FILHO, 2006)

Assim, sobre as diferentes formas em que é exercida a profissão dos jogadores, foi criada a Lei 9.615 de 24 de março de 1998, conhecida como Lei Pelé. Sua maior finalidade foi, a igualdade, a transparência e o profissionalismo entre ambas as partes. (AIDAR, 2000).

Devido à grande evolução do esporte, que hoje é um dos mais conhecidos de todo mundo, que gera uma enorme movimentação financeira mensal, foi de suma importância suas evoluções, garantindo uma segurança jurídica para ambas as partes. Em relação ao conteúdo da lei, cada país possui sua legislação própria, podendo ter como base alguns critérios em comum, com outras regiões.

Além de cada federação estadual, existe como órgão máximo o STJD (Supremo Tribunal de Justiça Desportiva), previsto pelo Código Brasileiro de Justiça Desportiva, que recebe recursos da CBF (Confederação Brasileira de Futebol), órgão regulador de todo o futebol no Brasil.

O STJD possui o sistema parecido com o judiciário, podendo ter a iniciação como uma denúncia pelo próprio componente do órgão, assim, como funciona o promotor, no ministério público. (RAMOS, 2013)

Toda lei, foi baseada nas normas trabalhistas regentes pela CLT, juntamente com a Constituição federal. As adaptações exercidas pela Lei Pelé, foram necessárias, pois, como já citado no início do artigo, os jogadores possuem o exercício da profissão, de forma que difere das outras. Nesse trabalho iremos expor alguns pontos que são regidos pela legislação desportiva e que não temos o costume de ver na legislação trabalhista.

3- OS DIREITOS TRABALHISTAS DOS ATLETAS NA ATUALIDADE

3.1 Da Lei Pelé e suas peculiaridades

No dia 24 de Março de 1998, a Lei 9.615 com âmbito federal foi aprovada pela câmara dos deputados em 10/12/1997, e pelo senado em 11/02/1998, sem que houvesse modificações. Essa lei veio para desconstruir a ideia até então gravada por legislações anteriores, que tratavam apenas o futebol. Sendo nomeada de Lei Pelé para homenagear o ministro extraordinário dos esportes, o saudoso Edson Arantes do Nascimento. (Castellani, 2008)

De acordo com Marcilio César Ramos Krieger (1999) a lei se trata de um novo momento legislativo no âmbito desportivo, diante de sua grande importância a questão é positivada na Constituição Federal em vários artigos, que traz conteúdo em defesa da plena liberdade de associação para fins lícitos, vedando a de caráter paramilitar. Com essa nova lei, foi imposto ao Estado a responsabilidade de incentivo ao desporto, havendo cooperação financeira para o desporto educacional ficando esse ônus por parte do Estado para fins do desenvolvimento das práticas esportivas na sociedade.

No início a Lei Pelé causou mudanças representativas em alguns pontos, que gerou grandes debates entre juristas sobre algumas mudanças, um dos temas que causou grande impacto na relação de emprego entre as partes, foi o fim do instituto do passe no futebol brasileiro.

O passe tem sua definição exposta no art. 11 da Lei nº 6.354/76, que tem seu nome conhecido como Lei do passe, seguindo o texto legal: "Entende-se por passe a importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término, observando as normas desportivas pertinentes."

Diante disso o passe seria dispensado somente quando houvesse o encerramento das atividades do clube ou quando o atleta, completar dez anos de serviço prestado ao efetivo clube, atingisse os trinta e dois anos de idade, seguindo o que se expõe no art. 17 da lei 6.354/76, que traz a seguinte redação "Ocorrendo, por qualquer motivo, previsto em lei, a dissolução do empregador, o contrato será considerado extinto, considerando-se o atleta com passe livre".

Sendo que tal instituto causava um grande impacto na relação trabalhista entre empregado e empregador, já que a rescisão do contrato tinha um certo tempo estipulado. Com essa alteração a dinâmica esportiva, financeira e econômica do esporte brasileiro sofreu grandes mudanças, já que a transferência de atletas entre clubes foi facilitada, criando uma maior liberdade do empregado decidir o seu futuro. Conforme pesquisa de campo realizada por Rodrigues (2005/2006)

O art. 28 da Lei Pelé traz em sua redação as regras que devem ser regidas o controle especial de trabalho do atleta profissional, como o tempo de repouso remunerado do atleta (art. 28, §4º, IV), Acréscimos remuneratórios em razão da jornada exercida (art. 28, §4º, III), regulamenta o gozo de férias dos atletas (art. 28, §4º, V). Também é citado as ocasiões onde o contrato poderá ser dissolvido, seguindo o exposto no art. 28, §5º, da lei Pele, que traz cinco ocasiões onde o contrato será rescindido, como o pagamento de cláusula indenizatória desportiva ou da cláusula compensatória desportiva (art. 28, §5º, II) e com a rescisão decorrente da inadimplência salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora (art. 28, §5º, III).

No Artigo 29 é delimitado o limite de idade para que o atleta possa assinar o seu primeiro contrato especial de trabalho desportivo com o empregador, que é aos 16 anos de idade, sendo 5 anos o limite temporal máximo de vigência desse contrato. Ao contrário do contrato de trabalho comum regido pela CLT, que permite o cidadão a estabelecer o seu primeiro vínculo de emprego aos 14 anos de idade (Art. 428, CLT). Sendo o artigo 29 um dispositivo que regulamenta as regras para contratação de um menor incapaz.

Na CLT temos várias modalidades de contrato e cada uma delas possui um prazo estipulado para vigência do vínculo. A lei Pele inovou quanto a esse tema e delimitou em seu art. 30 que o prazo mínimo para contratação de um atleta é de três

meses e o máximo de cinco anos. De início podemos achar que o prazo de três meses é completamente inviável, porém esse prazo visa atender o calendário desportivo nacional, onde as associações ficam em atividade somente durante a disputa de um campeonato, como é o caso dos campeonatos estaduais, que normalmente se iniciam em janeiro e encerram em Maio.

O art. 31 da Lei Pelé tem uma grande importância no atual cenário econômico do esporte nacional, já que o mesmo autoriza a rescisão indireta do contrato quando o pagamento da remuneração ou outros direitos trabalhistas estiverem atrasados em sua totalidade ou até em sua parcialidade, sendo de três meses o tempo mínimo para ocorrer essa rescisão, que deixa o empregado livre para transferir-se para outro empregador, podendo exigir cláusula compensatória desportiva e todas as dívidas pendentes. Com a crise econômica que vive nosso país, muitas associações tem enfrentado dificuldades para manter as obrigações financeiras com seus empregados, ocasionando um aumento no número de rescisões indiretas nessa relação.

Dos artigos 34 ao 46 da Lei Pelé, é trazido algumas regulamentações específicas do contrato de trabalho desportivo como empréstimos de atletas, convocações e direito de arena. Também é regulado nesses dispositivos algumas obrigações de cada parte dessa relação contratual, sendo que essas obrigações podem estar elencadas em outras legislações como Código Civil, CLT e etc.

3.2 Reforma Trabalhista e seus reflexos no contrato de trabalho do Atleta

Em 2017 tivemos a reforma trabalhista, que causou e vem causando grandes impactos nas relações regidas pela CLT, com o direito desportivo não vai ser diferente. Já que o §4º do art. 28 da Lei Pelé é claro ao estabelecer que se aplicam ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista, com exceção as peculiaridades constantes na Lei Geral do Desporto, motivo pelo qual aplicamos a legislação trabalhista subsidiariamente desde que não haja conflito entre as normas. (ZAINAGHI, 2012).

Uma distinção que podemos notar entre as normas é que na CLT é permitido a contratação de trabalhadores autônomos conforme orienta o art. 442-B. Já na Lei específica não é autorizado a contratação de atleta autônomo em modalidades coletivas como no futebol, sendo autorizado apenas em modalidades individuais.

Um Ponto trazido pela reforma trabalhista que afetou diretamente a relação de emprego no direito desportivo foi o art. 444 da CLT, que permitiu a livre estipulação das condições de trabalho, aplicando-se nas relações individuais de trabalho as hipóteses previstas no art. 611-A da CLT, garantindo a mesma eficácia

legal e força sobre os instrumentos coletivos, em caso de empregado com escolaridade em nível superior e que receba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios, do regime geral de previdência social. Diante disso, enquanto os atletas hipossuficientes dependem de um acerto coletivo para realizar ajustes remuneratórios, os hipersuficientes possui uma maior flexibilização para definirem termos individuais junto a seus empregadores. (DELGADO, 2018)

Outro efeito da reforma trabalhista no contrato do atleta profissional é quanto a desvinculação de prêmios no salário para efeitos legais e tributários. Já que o art. 457, § 2º da CLT, defini que os prêmios ainda que habituais não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário. Sendo assim, toda verba recebida em razão do desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades terá caráter indenizatório e não será considerado salário. Como o esporte é um ramo empresarial que visa a conquista de uma disputa perante o seu concorrente, é normal vermos esse tipo de pagamento aos atletas, premiando os mesmos perante um desempenho satisfatório, devido a isso a reforma trabalhista teve suma importância para que essas verbas diminuíssem os custos para o empregador motivar os seus empregados.(DELGADO, 2019)

Um ramo do direito que vem crescendo nos últimos anos e ganhou destaque no direito desportivo com a reforma trabalhista foi a arbitragem, já que a CLT prevê a possibilidade do atleta optar pela arbitragem individual para resolução de conflitos jurídicos inerentes a sua relação empregatícia. Seguindo o que se expõe no art. 507-A, da CLT, nos contratos individuais cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na lei nº 9.307, de 23/09/1996. Tal medida pode ajudar a desafogar a justiça comum que sofre com o alto número de processos, sendo que a arbitragem se torna um meio célere e mais barato para resolução desses conflitos. (DELGADO, 2017)

4- O PROBLEMA DA INEFETIVIDADE DA NORMA TRABALHISTA PARA O ATLETA.

Por mais que exista a Lei nº 9.615/98, denominada de Lei Pele, que atualmente está regendo os atletas de futebol, a mesma possui diversas lacunas que são equiparadas a CLT. Assim, como por exemplo, quando os atletas pertencem a determinado clube, e logo são emprestados por esse clube a outra instituição, não existe uma legislação em específico, que protege o atleta caso a instituição que está adquirindo essa concessão temporária, não arque com o salário e afins do mesmo.

Atualmente, o atacante Ezequiel que foi emprestado do Botafogo-RJ, ao Cruzeiro-MG, a pedido do técnico cruzeirense na época, interpôs recurso judicial, contra o clube mineiro. O jogador alegou que ficou o período de agosto de 2019 até o final de dezembro do mesmo ano, que nesse período foi acordado o valor de R\$ 150 mil mensais a serem recebidos pelo atleta, e que deste valor, apenas recebeu um valor aproximado de R\$ 70 mil, e que busca os pagamentos dos encargos não exercidos pela instituição, como verbas rescisórias e afins. (Guilherme Macedo, 2021).

Portanto, existe uma falha na legislação que não garante nenhuma “proteção” ao atleta, nos casos de transferências, podendo o clube que detém o passe temporário, inferir os direitos do jogador, sendo o clube que detém o atleta de forma 100%, não tendo nenhuma responsabilidade solidaria na situação.

Outro caso que repercutiu de forma intensa no mundo futebolístico, foi a ação interposta pelo Zagueiro Paulo André, contra o time de futebol Corinthians-SP, referente ao período de 2009 a 2014 em que atuou pelo clube paulista. O zagueiro afirmou na ação judicial que o clube não tinha cumprido com diversas obrigações trabalhistas, em especial um pedido se destacou, foi reclamado o pagamento em dobro por atuações do atleta em domingos e feriados, alegando que as 24 horas interrompidas de descanso, não foram respeitadas pelo clube. (LANCE.2020).

De acordo com o artigo 28, §4º, inc. IV, o atleta de futebol, detém o direito ao repouso semanal de 24 horas, interrompidos, segue:

Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente: (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

§ 4º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes: (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

IV - repouso semanal remunerado de 24 (vinte e quatro) horas ininterruptas, preferentemente em dia subsequente à participação do atleta na partida, prova ou equivalente, quando realizada no final de semana; (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

Assim, Paulo André alegou que o clube diversas vezes não cumpriu o inc. IV desta lei, por isso, estava interpondo os pagamentos dos jogos realizados aos domingos e feriados.

Entretanto, o que foi mais comentado por toda mídia e pelos fãs do esporte, que o jogador estava reclamando uma situação normal do futebol, que levou a diversas críticas ao atleta. O mesmo negou que estava questionando as atuações em dias que são considerados de descanso, e sim, apenas pelo não cumprimento do artigo 24º da lei Pele. (LANCE.2020).

A Defesa do atleta, alegou que os treinos regenerativos impostos pelo clube, não podia ser considerado o cumprimento das 24 horas de descanso. Assim, a justiça concedeu favorável o pedido do zagueiro, mas, o processo não seguiu em diante, o clube Paulista homologou em justiça um acordo com Paulo André, que não levou adiante o processo. (LANCE.2020).

Portanto, diante de alguns casos citados acima, podemos evidenciar a ineficácia e lacunas em que as legislações vigentes estão proporcionado a toda relação jurídica entre os atletas de futebol, e instituições esportivas. Um esporte conhecido em todo âmbito nacional, envolvendo grandes valores financeiros, não possui uma jurisprudência eficaz.)

CONCLUSÃO

Diante do presente artigo estudado, pode-se concluir que a profissão atleta de futebol, vem sofrendo uma constante evolução nas suas leis trabalhistas durante todos os anos passados. Mesmo com as mudanças, ainda não existe uma legislação que corresponda de forma completa sobre o exercício da função.

Um dos fatores para as grandes e constantes mudanças, é um acompanhamento de toda evolução do mundo esportivo. Devido à grande visibilidade que o esporte proporciona em todos os países em que se pratica esta modalidade, novos patrocinadores, novas exigências e entre outras, gera novos meios jurídicos em estabelecer os vínculos empregatícios, devido toda grande movimentação financeira que acarreta.

Todas essas evoluções, contribuíram de forma categórica para uma melhor compreensão em como exercer e lidar, com as diferentes situações contratuais estabelecidas por ambas as partes.

Assim, o que é comum nos dias atuais, são os jogadores e dirigentes utilizarem a CLT (Consolidação das leis do trabalho), como fonte secundária do acerto. Pois, desta forma se pontuando como foco principal, os contratos firmados de forma individual.

Nesses contratos, são utilizados para estabelecer o “verdadeiro” salário do atleta. Diversas regalias, exigências, entre outros fatores, também são interpostos

nesse instrumento, pois, na carteira de trabalho, não teria como exercer essas adições contratuais. Na CLT, geralmente o jogador possui um salário “baixo”, perante o que a categoria atualmente está recebendo.

Diversas instituições de futebol, são processadas posteriormente com a saída do jogador, pois, mesmo existindo a CLT, junto com os contratos firmados, diversas lacunas ficam nos presentes vínculos. Entretanto, com a reforma trabalhista do ano de 2017, teve um impacto positivo conforme algumas alterações diretas em alguns artigos citados acima.

Diante do que foi exposto no artigo, mesmo existindo a lei Pelé, para uma solução concreta, seria a criação de um dispositivo único, para reger todos os vínculos dos atletas de futebol.

Entretanto, para nos autores, uma nova legislação voltada para o futebol daria uma segurança jurídica para ambas as partes. Sua criação, deverá ser com base em um estudo analítico de todos os contratos firmados atualmente, assim, irar estabelecer o que poderá ou não ser estipulado nos futuros vínculos.

Além desse estudo, uma análise dos casos julgados recentemente, podem ser utilizados como exemplos, na formulação dos artigos da nova lei.

Portanto, diante da nova jurisprudência, após a assinatura na carteira de trabalho, para firmar o vínculo, o contrato deverá ser totalmente baseado nessa jurisprudência. Pois, no futuro ocorrendo qualquer desentendimento jurídico, teria um entendimento jurisprudencial majoritário, prevalecendo a isonomia na relação jurídica.

REFERENCIAS

AIDAR, C. M. C. Lei Pelé – principais alterações. In: Direito Desportivo. Campinas: Ed. Mizuno, 2000

CASTELLANI, L. O Estado brasileiro e os Direitos Sociais: o esporte. In: Estado, política e emancipação humana: lazer, educação, esporte e saúde como direitos sociais. Santo André, SP: Alpharrabio, 2008.

CASTRO, Luiz Roberto Martins. **A natureza jurídica do direito desportivo. Revista Brasileira de Direito Desportivo.** São Paulo: Editora OAB/SP, n. 1, p. 11-17, jan/jun, 2002.

CATEB, Alexandre Bueno. **Desporto profissional e Direito de Empresa**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. (RO 00073-2007-101-04-00-9 – Rel. Des. Maria Cristina Schaan Ferreira – 6ª Turma TRT-4 – j. 08/07/2009).

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Direito Constitucional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

CUNHA, Maria Inês M. A. **Direito do Trabalho, 6ª edição**. Saraiva, 03/2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho** 2018. 17º ed. São Paulo: LTR, 2017

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho** 2018. 17º ed. São Paulo: LTR, 2018

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019.

EZABELLA, Felipe Legrazie. **O direito desportivo e a imagem do atleta**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

FILHO, Álvaro Melo. **Direito Desportivo – Novos Rumos**. Minas Gerais: Del Rey, 2004

KRIEGER, Marcílio César Ramos. **Alguns aspectos para o estudo do direito desportivo**. Revista Brasileira de Direito Desportivo, nº. São Paulo: Editora OB, 2002.

KRIEGER, Marcílio. **Anotações ao Código Brasileiro de Justiça Desportiva – CBJD legislação desportiva**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

LANFREDI, Luiz Geraldo (coordenador). **Curso de Direito Desportivo Sistemico**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LYRA FILHO, João. **Introdução ao direito desportivo**. Rio de Janeiro: Pongetti, 1952.

MACEDO, Guilherme, **Ezequiel, atacante que passou pelo Cruzeiro em 2019, cobra R\$ 900 mil do clube na Justiça**. Globo Esporte, Belo Horizonte, 20 de Abril de 2021. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/futebol/times/cruzeiro/noticia/ezequiel-atacante-que-passou-pelo-cruzeiro-em-2019-cobra-r-900-mil-do-clube-na-justica.ghtml>

MARTINS, Sergio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. São Paulo: Atlas, 2011

MELO FILHO, Alvaro. **Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos**. 1. ed. São Paulo: Thomson, 2006. 293 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Tendências e expectativas do Direito Desportivo**. In: Direito Desportivo. Campinas: Ed. Mizuno, 2000

PAULO ANDRÉ esclarece que não pediu adicional noturno ao Corinthians. TERRA, São Paulo, 17 de Maio de 2020, disponível em: <https://www.terra.com.br/esportes/lance/paulo-andre-esclarece-que-nao-pediu-adicional-noturno-ao-corinthians-explica-processo-e-cita-sacanagem,2b6bcbbbac91268d8beb46b5fb9d6291k76gkse.html>

Presidência da República. Lei 6.354 de 02 de setembro de 1976. **Dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional e dá outras providências**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6354.htm.> Acesso em 27 de Novembro de 2020

RAMOS, Rafael Teixeira. **Justiça Desportiva brasileira: natureza, relação com o poder judiciário e os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos**. Disponível em: <<http://ibdd.com.br/justica-desportiva-brasileira-natureza-relacao-com-o-poderjudiciario-e-os-metodos-extrajudiciais-de-resolucao-de-conflitos>>. Acesso em: 07 de mar.2019.

SÁ FILHO, Fábio Menezes de. **Contrato de trabalho desportivo: revolução conceitual de atleta profissional de futebol**. São Paulo: LTr, 2010.

SOARES, Jorge Miguel Acosta. **Direito de imagem e direito de arena no contrato de trabalho do atleta profissional**. São Paulo: LTr, 2008.

ZAINAGHI, Domingo Sávio. **As novas Regras Trabalhistas da legislação Desportiva**. In: MELO FILHO, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes; SOUZA NETO, Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (coord.). DIREITO DO TRABALHO DESPORTIVO. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

ANDERSON SCARIN PERIM:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil Campus-
Fernandópolis e Servidor Público
Municipal.

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO

ÉERICA CRISTINA MOLINA DOS SANTOS

(orientadores)

RESUMO: O presente trabalho examina a responsabilidade civil do Estado na sua vertente dos atos omissivos, demonstrando os entendimentos divergentes constantes na visão doutrinária e jurisprudencial em relação a sua aplicação, seja na sua modalidade objetiva ou subjetiva. Para isso, é necessário a elucidação da parte geral de tal instituto em relação as modalidades de responsabilidade civil. Procura-se, para um melhor entendimento da responsabilidade civil do Estado, demonstrar o seu desenvolvimento histórico por meio das teorias, as quais auxiliaram como estruturas para o reconhecimento de sua situação atual. No que se refere a conduta omissa do ente público, demonstra-se de forma sucinta os pensamentos que fundamentam uma ou outra corrente, assim como o entendimento predominante do Supremo Tribunal Federal e da doutrina majoritária. Sendo necessário para o conhecimento desse assunto a realização de uma busca por web gráfica, livros e monografias nos meses de julho a agosto de 2020, utilizando como descritor o termo responsabilidade civil do estado por omissão. Constatou-se, portanto, que o Estado precisa arcar com o ônus dos prejuízos provocados pelos seus agentes, sendo responsabilizado de forma objetiva, quando ocorrer a violação de um dever jurídico específico de agir e, do contrário, de maneira subjetiva.

Palavras-Chave: Omissão. Responsabilidade Civil. Estado.

Abstract: The present work examines the civil liability of the State in its aspect of omissive acts, demonstrating the divergent understandings contained in the doctrinal and jurisprudential view regarding its application, whether in its objective or subjective modality. For this, it is necessary to elucidate the general part of such an institute in relation to the modalities of civil liability. It is sought, for a better understanding of the State's civil responsibility, to demonstrate its historical development through theories, which helped as structures for the recognition of its current situation. With regard to the public entity's silent conduct, the thoughts that underlie one or the other current,

as well as the predominant understanding of the Federal Supreme Court and the majority doctrine, are briefly demonstrated. It is necessary for the knowledge of this subject to carry out a search for web graphics, books and monographs in the months of July to August 2020, using the term civil liability for default as the descriptor. It was found, therefore, that the State needs to bear the burden of damage caused by its agents, being held accountable objectively, when there is a violation of a specific legal duty to act and, otherwise, subjectively.

Keywords : Omission. Civil Responsibility. State.

Sumário: *Introdução. 1. Tipos de responsabilidade civil. 1.1. Responsabilidade contratual e extracontratual e suas diferenças. 2. Responsabilidade civil do estado e evolução das teorias. 2.1. Evolução. 3. A análise do art.37§6 e suas excludentes. 3.1. Excludente da responsabilidade civil do estado. 3.1.1. Culpa exclusiva da vítima. 3.1.2. Fato de terceiro. 3.1.3. Caso fortuito e força maior. 4. Da reparação de dano na ação regressiva. 5. O estado e suas condutas omissas. Considerações finais. Referências bibliográficas.*

INTRODUÇÃO

O Estado na prestação de suas atividades frequentemente causa danos aos seus administrados, seja de forma direta ou indireta por meio de prestadores de serviço. A prática dessa conduta gera ao Estado a obrigação de reparar, já que é responsável civilmente por seus atos.

O presente estudo visa demonstrar a responsabilização do Estado, que através de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos possa causar lesão aos seus administrados, evidencia-se a necessidade de proteção jurídica dessa parte mais frágil diante de um Estado que tudo pode.

Para desenvolver esse trabalho a metodologia utilizada trata-se de uma pesquisa básica, exploratória, bibliográfica, qualitativa e de campo.

A responsabilidade civil é o instituto responsável por essa reparação. Esse instituto é tão amplo que abrange não só a responsabilidade da administração como, também a de outros setores do Estado, dentre eles o judiciário e o legislativo.

Salienta-se, que cabe ao Estado, o dever de ressarcir todos os administrados lesados por suas condutas, já que está submetido ao ordenamento jurídico como pessoa jurídica de direito público. Sendo assim, as lesões ocasionadas aos bens jurídicos de terceiro pela atuação do mesmo, gera a obrigação de repará-lo, sem a

necessidade de uma investigação minuciosa sobre a regularidade ou não de sua conduta.

No ordenamento jurídico a responsabilidade civil do Estado está inserida na constituição federal no art. 37, § 6, sendo necessário uma análise do respectivo artigo, relacionados as pessoas que o compõem, além é claro das prerrogativas que a responsabilidade objetiva concedeu ao Estado, dentre elas a ação regressiva e as causas de excludente de sua responsabilidade.

Assim, em relação a essas considerações iniciais, para melhor compreensão do instituto da responsabilidade civil é necessário uma análise sucinta da parte geral de tal instituto, para que possa servir como base do assunto principal, que é a responsabilidade civil do Estado. Sendo de extrema importância o estudo de suas espécies.

1 TIPOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Um dos fundamentos da obrigação de repara o dano, é a culpa, presente na teoria clássica, também conhecida como teoria da culpa, ou subjetiva.

De acordo com essa teoria a ausência da culpa como fundamento da responsabilidade civil, não permite a responsabilização civil do causador do dano. Nessa situação, os elementos, os quais constituem a prova da culpa, são pressupostos imprescindíveis para a caracterização da responsabilidade e de uma posterior reparação. Essa teoria refere-se à já elucidada responsabilidade subjetiva.

Gonçalves (2017, p. 47) expõe que:

Diz –se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente configura se agiu com dolo ou culpa.

No entanto, em certas ocasiões, o ordenamento jurídico estabeleceu a determinados agentes, a obrigação de reparar um dano sem a necessidade de comprovar a culpa, bastando apenas a demonstração do dano e do nexo de causalidade, existente entre este e a conduta do agente. Na ocorrência de tal circunstância pode-se dizer que a responsabilidade é objetiva e legal, pois não necessita da comprovação da culpa, sendo suficiente para sua caracterização o dano e o nexo de causalidade. Tal teoria, conhecida como objetiva ou do risco, sustenta que todo dano é indenizável, havendo a necessidade de sua reparação por aquele que a ele se relaciona através de um nexo de causalidade, independente de culpa.

Gonçalves (2017) nos ensina que a teoria do risco tenta justificar a responsabilidade objetiva, dizendo que qualquer pessoa ao desenvolver alguma atividade cria um risco de gerar dano a alguém. E em razão desse risco, possui a obrigação de repará-lo, mesmo que sua conduta seja ausente de culpa.

Evidencia-se que, esse risco deve ser resultado do exercício da atividade desempenhada pelo agente, não levando em consideração a sua condição subjetiva.

Diante desse fato, se alguém de forma lícita, no exercício de sua atividade, provocar danos aos direitos de outrem, de forma a causar a um determinado indivíduo, um ônus maior que ele possa suportar, responderá pelo risco decorrente dessa prática.

Deste modo, mesmo com o predomínio da responsabilidade subjetiva como regra no código civil, a qual estabelece a necessidade de comprovação da culpa ou dolo como fundamento da reparação do dano, houve o reconhecimento da responsabilidade objetiva por parte do ordenamento jurídico.

Tal entendimento, pode ser obtido pelo estudo do art. 927 e parágrafo único do Código Civil, in verbis.

Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Mencionado dispositivo evidencia de forma clara, que mesmo havendo o ressarcimento do dano oriundo de um ato ilícito (responsabilidade Subjetiva), é necessário a reparação do mesmo independente de culpa nas situações positivadas no nosso ordenamento ou quando a natureza da atividade desenvolvida pelo agente, puder gerar riscos a outrem. (Responsabilidade objetiva).

1.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual e Suas Diferenças

Como aponta Gonçalves (2017, p.548)

O inadimplemento contratual acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art.389 do Código Civil. Quando a responsabilidade não deriva de contrato, mas de infração ao dever de conduta (dever legal) imposto

genericamente no art.927 do mesmo diploma, diz-se que ela é extracontratual ou aquiliana.

Caso não se observe o que foi estabelecido em contrato, e em razão dessa inobservância, provocar um dano pelo descumprimento de uma obrigação contratual, tal circunstância gera a responsabilidade civil e a indenização por perdas e danos positivados pelo art. 389 do Código Civil, in verbis “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Sobre outra perspectiva, a violação de um dever geral, oriunda de uma ilicitude extracontratual, provoca o surgimento da responsabilidade, conhecida também por responsabilidade aquiliana, de acordo com o que foi estabelecido no art.186 do código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O doutrinador Gonçalves (2017), ainda sustenta que há à existência de uma regra universalmente aceita e consagrada pelo respectivo artigo mencionado, de que qualquer pessoa que provocar um dano a alguém é obrigado a repará-lo, pois estamos diante da responsabilidade aquiliana.

Embora exista uma dualidade de tratamento criticado pela doutrina, a respeito do instituto da responsabilidade civil, o código civil diferenciou as duas modalidades de responsabilidade. De modo que ambas apresentam a mesma consequência, ou seja, a obrigação de ressarcir o prejuízo causado, em decorrência de uma infração do dever legal ou do dever contratual.

Diante de tal aspecto, o código civil recepcionou a teoria dualista e afastou a teoria unitária, estabelecendo a responsabilidade extracontratual nos art. 186 e 187, com o título “Dos atos ilícitos”, além disso complementou o que está positivado nos art. 927 e s., e a responsabilidade contratual nos art. 389 e 395 em razão da consequência do não cumprimento das obrigações, não apresentando qualquer informação que a diferencie da extracontratual.

Entretanto, algumas distinções podem ser esclarecidas, dentre elas, destaca-se o ônus da prova, o qual, na responsabilidade contratual, o seu não cumprimento possui presunção de culpa. Pois, aquele que possui o crédito e foi prejudicado se encontra em uma situação mais vantajosa, já que precisa apenas apresentar o descumprimento da prestação, pois há uma presunção da culpa do inadimplente. Enquanto que na extracontratual, aquele que sofreu o prejuízo é responsável pelo ônus da prova, devendo demonstrar a culpa ou o dolo, daquele que provocou aquela situação danosa.

A convenção é o pilar da responsabilidade contratual, envolvendo os interessados naquilo que foi previamente acordado. Desta forma, pode-se dizer que há um vínculo negocial, o qual, ao ser desrespeitado pelo não cumprimento ou não execução da obrigação, produz a responsabilização em decorrência dos prejuízos ocasionados.

Em contrapartida à responsabilidade extracontratual resulta da inobservância de um dever genérico em não provocar lesão a outrem (*neminem laedere*). Surge do desrespeito a uma obrigação estabelecida pela lei, os envolvidos apresentam um vínculo legal, e quando desrespeitado provoca a responsabilização.

Na responsabilidade extracontratual a capacidade é mais ampla do que na responsabilidade contratual, já que essa sofre limitação. Tal fato, pode ser evidenciado, por exemplo pela prática de atos ilícitos por amentais ou por menores, o qual provoca um dano indenizável, à medida que somente os indivíduos com capacidade plena podem estabelecer acordos de vontade válidos.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E EVOLUÇÃO DAS TEORIAS

De acordo com o que já foi apresentado por diversos estudos sobre o instituto da responsabilidade civil do Estado, e devido a sua abrangência envolvendo vários ramos do direito, tal matéria sofreu uma grande evolução histórica, a qual se desdobrou de acordo com o momento que se encontrava em fases distintas. Tais distinções ocorreram devido a evolução de pensamentos da política do Estado, até alcançar a ideia de responsabilidade objetiva dos dias atuais.

2.1 Evolução

Inicialmente, quando os Estados estavam sob o comando de governos absolutistas, predominava-se naquela época o pensamento de que o Estado não erra e portanto não possui responsabilidade pelos atos praticados por seus agente, predominando com fundamento a ideia da soberania, “o rei não erra” (*The king can do no wrong*). Pois, o Estado no desempenho de suas atividades visa atingir aos interesses de todos, portanto não podendo ser responsabilizado, dando origem a teoria da irresponsabilidade do Estado.

Para Di Pietro (2019, p. 1456) justifica a teoria da Irresponsabilidade do Estado do seguinte modo:

O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito: ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso agir contra

ele; daí os princípios de que o rei não pode erra (The king can do wrong; le roine peut mal faire e de que "aquilo que agrada o príncipe tem força de lei" (quod principi placuit habet legis vigorem).

Ainda, a respectiva doutrinadora sustenta, que a referida teoria foi combatida, devido a sua injustiça, pois, apresentava uma ideia de que qualquer responsabilidade imputada ao Estado, seria uma afronta a sua soberania por estabelecer uma condição de igualdade com o seu súdito. Entretanto, nessa época mesmo sendo vedado a responsabilização do Estado, era possível a responsabilização dos seus agente no desempenho de suas funções.

Em um segundo momento de desenvolvimento da responsabilidade, atribuíam-se ao Estado a responsabilidade pela prática de atos culposos, os quais seus agentes, desempenham em relação aos administrados. E assim, deixando de lado, a teoria da irresponsabilidade, porém possibilitou a responsabilização do ente estatal por culpa.

Nessa época, portanto, para se caracterizar a responsabilidade civil do estado como nos ensina Carvalho Rezende (2020), era necessário distinguir atos de império e atos de gestão, pois tal responsabilidade foi estimulada pela conhecida "Teoria do Fisco" a qual, distinguia o Estado "propriamente dito", possuidor da soberania, e o Estado "Fisco", que estabelecia relações com os administrados, mas sem exercer o seu poder de autoridade.

Na primeira situação (atos de império), o Estado não poderia ser responsabilizados pelos prejuízos que viesse a causar (Ex. Poder de Polícia), pois em razão de sua soberania, se encontra em um estado de superioridade em relação aos administrado. Na segunda situação (atos de gestão), o Estado deixa de lado o seu poder de autoridade e age em igualdade de condições com os seus administrados (ex. contratos), dando origem a sua responsabilidade com embasamento nas normas do direito civil.

Por fim, diante das insatisfações das vítimas estatais, em razão das dificuldades de se analisar na prática se um ato específico, seria da gestão ou de império, e por tais critérios provocarem muitas dúvidas e confusão, essa responsabilização estatal caiu por terra.

O fracasso desse segundo momento de desenvolvimento da responsabilidade estatal, ou seja, conhecida como a teoria da responsabilização com culpa, possibilitou o surgimento de uma nova ideia.

Diante dessa circunstância, houve o reconhecimento e aceitação subsequente da Teoria da Culpa administrativa, a qual, apresenta como fundamento a responsabilização subjetiva - culpa ou dolo do agente estatal - e pelo fato da já mencionada teoria, não trazer mais diferenças, com o propósito de responsabilidade, em relação aos atos de império e de gestão exercidos pelo Estado. Nesse momento, surgiu a noção de culpa anônima e de responsabilização pela falta do serviço.

De acordo com as lições de Carvalho Filho (2020), referida teoria foi conceituada pela tradicional doutrina de Paul Duez, onde aquele que sofreu o dano não necessitaria demonstrar qual foi o agente do Estado responsável por tal prejuízo.

Era necessário apenas demonstrar a precariedade do serviço público desempenhado, mesmo não sendo possível a identificação individual do agente responsável pela conduta. Nessa circunstância, tal situação foi denominada pela doutrina de culpa anônima ou falta de serviço.

Para tal doutrinado, a falta de serviço poderia ocorrer de três formas distintas, sendo elas: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. E em qualquer dessas situações, a falta de serviço incorria na aceitação da existência da culpa, mesmo que imputada ao serviço da Administração. Diante desse fato, para que a vítima que sofreu o prejuízo, pudesse invocar o seu direito à reparação dos danos, seria preciso demonstrar que a circunstância que a prejudicou decorre-se do mau funcionamento do Serviço Estatal, e que o mesmo teria agido de forma culposa. Ou seja, seria de sua responsabilidade o ônus de demonstrar o elemento culpa.

Tendo em vista os aspectos observados, a última etapa do desenvolvimento da responsabilidade do Estado, das doutrinas civilistas e posterior a teoria da culpa no serviço, o ordenamento das sociedades modernas reconheceu a teoria da responsabilidade objetiva do estado, sem a necessidade de qualquer análise de culpa (dolo ou culpa em sentido estrito) a respeito do ato administrativo executado.

Nos dizeres de Gonçalves (2017, p. 170) “Não se exige, pois, comportamento culposo do funcionário, Basta que haja o dano, causado por agente de serviço público agindo nessa qualidade, para que decorra o dever do Estado de indenizar”.

Por fim, segundo o autor, nesse sentido a jurisprudência é pacífica, pois menciona que a responsabilidade civil das Pessoas de Direito Público independe de elementos probatório da culpa, necessitando apenas demonstrar o dano sofrido.

3 A ANÁLISE DO ART.37 § 6 E SUAS EXCLUDENTES

A constituição de 1988 disciplinou a respectiva matéria em seu art. 37§6, prevendo a seguinte redação: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável no caso de culpa ou dolo".

Para entendermos tal dispositivo é preciso uma análise sucinta de quem são as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público mencionadas no respectivo artigo.

Pode se dizer que a pessoa jurídica de direito público é composta por aqueles que fazem parte da administração direta, sendo eles, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além das autarquias e fundações de direito público que integram a administração indireta.

Nota-se que o integrantes da administração indireta, os quais desenvolvem atividades econômicas de natureza privada, bem como as empresas públicas e as sociedades de economia mista não prestadoras de serviços públicos possuem sua responsabilidade assentada na subjetividade do direito privado. Portanto, essas pessoas jurídicas de direito privado, devem desempenhar serviços públicos para que a responsabilização possa recair sobre o Estado.

Tal matéria também foi recepcionada pelo código civil de 2002 em seu art. 43 "in verbis": "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

Percebe-se que ambos os artigos reconhecem a responsabilidade objetiva das pessoas de direito público, estendendo a sua aplicação para envolver pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, garantindo o direito de regresso em relação aos seus agentes, os quais são submetidos a responsabilidade subjetiva.

As teorias conhecidas como objetivas, se originam do pensamento, de que todo e qualquer atividade praticada pela administração promove risco, cabendo ao Estado, no caso de algum dano produzido em prejuízo de terceiros, repará-lo, mediante uma indenização de modo que assegure sua responsabilidade. No entanto, é preciso demonstrar a atividade estatal e o nexo de causalidade entre a ação e o dano sofrido, desobrigando-se do elemento subjetivo.

Desse modo, respectiva responsabilização não incide apenas na realização de atos contrários a lei (atos ilícito) resultantes de sua ação, tendo em vista que o referido

ente, somente pode desempenhar suas atividades, se houver previsão legal, ou seja, se extrai daqui a existência de um princípio, o princípio da legalidade, o qual explica que a Administração age conforme a lei.

Posto isto, a doutrina entende que, se reconhecida a responsabilidade civil objetiva da administração pública, o legislador escolheu a teoria do risco administrativo, a qual, dentre as várias teorias sobre a responsabilidade objetiva, nos mostra como um único caminho para a administração se livrar de tal responsabilidade, a demonstração da inexistência do fato administrativo, do dano ou do nexo causal entre a conduta do agente público e o dano causado. Pelo exposto, consolida-se nesta última hipótese, o entendimento de que a administração não será responsável pelos prejuízos ocorridos, se conseguir demonstrar que o dano foi provocado por caso fortuito ou força maior, ou por fato exclusivo de terceiro ou da vítima.

Para Tartuce (2020, p.822) ao expor seu entendimento sobre as excludentes de responsabilidade, aponta:

Por seu turno, na responsabilidade objetiva, essa comprovação não basta para excluir o dever de reparar do agente, que somente é afastado se comprovada uma das excludentes de nexo de causalidade, a seguir estudada (culpa ou fato exclusivo da vítima, culpa ou fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior).

Por fim, o fato administrativo, o dano (seja ele patrimonial ou moral) e o nexo de causalidade que relaciona o fato administrativo e o dano ocorrido, são os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil do Estado.

3.1 Excludente Da Responsabilidade Civil Do Estado

A corrente majoritária da doutrina reconhece a existência de obstáculos para a incidência da responsabilidade civil sendo elas a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiros ou força maior.

3.1.1 Culpa Exclusiva Da Vítima

A ocorrência de um prejuízo por culpa ou fato exclusivo da vítima, exclui a obrigação do Estado em reparar aquele dano, pois, não há uma ligação de causa com o seu efeito, entre o ato praticado e o prejuízo suportado pela vítima.

No entanto, em se tratando de culpa concorrente da vítima, onde há uma participação da mesma junto ao agente para o surgimento do dano, o ente estatal

responderá de acordo com o grau de culpa do seu agente, ou seja, na proporção de sua culpa.

3.1.2 Fato De Terceiro

Se o prejuízo decorre de ato ou fato praticado por alguém, o qual não possui a qualidade de agente do Estado, mesmo no decorrer de um serviço estatal, o Estado não será responsabilizado, pois não há a existência de uma relação entre a ação ou omissão do agente e o dano produzido.

Contudo, a exclusão da responsabilidade do estado, só é evidenciada quando o referido ato for imprevisível e inevitável.

3.1.3 Caso Fortuito e Força Maior

Caso fortuito refere-se a qualquer situação que a sua ocorrência é de forma imprevista por uma força a qual, não se consegue escapar. É um acidente ou um azar, o qual não haveria a possibilidade de previsão, e se apresenta em uma condição de superioridade em relação ao desejo do homem para que pudesse impedi-lo.

No caso da força maior, existe a possibilidade de sua previsão, entretanto, não há como evita-la, pois sua condição ultrapassa o desejo ou a conduta do ser humano.

Note que, apesar da semelhança existente entre ambos em relação ao fato de serem inevitáveis, apresentam distinções, quanto ao fato de serem previsíveis ou não. Portanto ambos integram as excludentes de responsabilidade, o qual desfazem a relação de causalidade envolvendo o ato do agente e a lesão suportada pela vítima.

Com tudo, predomina o entendimento de que o caso fortuito intenso, conectado à pessoa, à coisa ou a empresa do agente, não forma excludente de responsabilidade, pois o mesmo poderia ser esperado, como por exemplo, no caso da máquina, onde a mesma poderia apresentar defeito em seu funcionamento. Sendo apenas o caso fortuito externo conectado a ação Divina, alheios a pessoa do agente ou da máquina administrativa, pode eliminar a responsabilização do agente.

4 DA REPARAÇÃO DE DANO E AÇÃO REGRESSIVA

De acordo com as lições de Carvalho Filho (2020, p .1073) "Direito de regresso é o assegurado ao Estado no sentido de dirigir sua pretensão indenizatória contra o agente responsável pelo dano, quando tenha este agido com culpa ou dolo".

O agente do ente público no desempenho de suas funções, seja de forma dolosa ou culposa pode provocar prejuízo ao próprio Estado ou a seus administrados.

E a reparação desse prejuízo pode ocorrer tanto pela via administrativa onde há um acordo entre o servidor e o Estado ou pela via judicial.

Na primeira situação, a responsabilidade do agente será constatada por meio de um procedimento administrativo respeitando a ampla defesa e o contraditório. Após identificada a responsabilidade subjetiva do agente, a reparação pode ser feita de forma espontânea ou se valer da via judicial.

Note que há controvérsias e divergências doutrinárias a respeito da propositura da ação pela vítima em relação a quem figura-se no polo passivo da ação, se Estado, se agente ou se agente e o Estado.

O primeiro entendimento é de que a ação só poderia ser proposta perante o Estado, não podendo propor a ação diretamente contra o servidor. Pois, nessa situação estaríamos diante da teoria da dupla garantia, a qual foi consagrada apenas para determinados agentes públicos como os magistrados, escrivães, chefes de secretárias, oficiais de justiça, membros do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública.

O segundo entendimento é que a respectiva ação poderia ser proposta em face do Estado, do agente público ou de ambos em litisconsórcio passivo, há ainda o questionamento se a respectiva ação poderia ser proposta de forma direta em face do agente do estatal causador do prejuízo. Alguns doutrinadores admitem ser possível outros não.

Contudo, prevalece, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, atualmente, que a ação de reparação de dano só pode ser proposta em face do Estado pessoa jurídica de direito público, responsável pelo ato de determinado servidor, conforme julgamento proferido em sede de Recurso Extraordinário n. 1027633, que foi paradigma do Tema 940 de Repercussão Geral do STF. Neste sentido, segue o teor da ementa e tese fixadas no julgamento acima citado:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 940 da repercussão geral, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, da votação de mérito, o Ministro Gilmar Mendes. Em seguida, por maioria, acolhendo proposta do Ministro Ricardo Lewandowski, fixou a seguinte tese: "A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação

o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Luiz Fux. Falou, pela interessada, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 14.08.2019.

No entanto, como o Estado é obrigado a ressarcir os eventuais prejuízos provocado por seu agente. Referido ente faz jus do direito de regresso, podendo propor uma ação regressiva contra o seu servidor. Pois busca reaver o que foi gasto com o valor da indenização, mas devendo nesse caso, demonstrar que o respectivo agente atuou de forma culposa ou dolosa.

No mesmo sentido se posiciona Rezende (2020, pág. 1153)

O direito de regresso do Estado em face do agente público surge com o efetivo pagamento da indenização a vítima. Não basta, portanto, o trânsito em julgado da sentença que condena o Estado na ação indenizatória, pois o interesse jurídico na propositura da ação regressiva depende do efetivo desfalque nos cofres públicos.

Por fim, respectivo doutrinador ainda sustenta, que se a propositura da ação regressiva for feita antes do pagamento, poderia facilitar o enriquecimento sem causa do Estado. O respectivo recolhimento aos cofres públicos deve ter início administrativamente. Na circunstância de ocorrer um acordo administrativo, o colaborador restituirá o prejuízo ao poder público. Sendo infrutífera a negociação com o agente estatal, o Estado exercerá o seu direito de regresso por meio da ação regressiva.

5 O ESTADO E SUAS CONDUTAS OMISSIVAS

O poder público ao desempenhar suas atividades pode provoca prejuízos aos seus administrados, seja por sua forma de agir (ação) ou por não agir (omissão).

Nas situações, as quais envolvem a omissão do Estado, há divergências doutrinárias a respeito da natureza da responsabilidade civil. Sobre o assunto há três posições.

A primeira se refere ao art.37 § 6, da CRFB não estabelece diferenças entre a pratica de condutas comissivas e omissivas, portanto todas seriam de responsabilidade objetiva.

A segunda envolve o ente estatal quando o mesmo permanece omissivo, mesmo não sendo o autor do prejuízo, age de maneira ilegal (com culpa) quando não obedece um dever imposto pela lei com a finalidade de evitar um dano. Tal situação refere-se a responsabilidade subjetiva, com culpa presumida do Estado (presunção *juris tantum* ou relativa). O dispositivo constitucional ao referir a prejuízos provocados a terceiros, apresenta a finalidade de limitar o seu emprego a práticas comissivas, pois o fato do ente permanecer omissivo não constitui a causa, mas a condição do prejuízo.

A terceira posição são situações de omissão genérica, referente ao não cumprimento do dever genérico de ação, se tratando de responsabilidade subjetiva. Em contrapartida as situações de omissões específicas, onde o Poder Público desrespeita o dever jurídico específico, estaríamos diante da responsabilidade objetiva.

No aspecto relacionado a responsabilidade civil do Estado o ordenamento jurídico recepciona como regra a responsabilidade objetiva amparada pela teoria do risco administrativo. Referido entendimento, aceito pela Constituição Federal em seu artigo 37, § 6, e pelo Código Civil em seu artigo 43, não apresenta divergências em relação à práticas comissivas.

Entretanto, quando o ato do Estado for omissivo, é necessário diferenciar se a omissão forma ou não, uma situação a qual enseja a responsabilidade do referido ente. Não é qualquer ato omissivo que caracteriza o desinteresse do Estado em cumprir com suas obrigações legais. Caso ocorra essa situação, não há que se fale em responsabilidade do referido ente. Apenas, se o mesmo, for omissivo em relação à um dever imposto pela lei de evitar o surgimento de um dano ou prejuízo, é que será responsabilizado civilmente e obrigado a ressarcir tais danos.

O resultado, dessa circunstância, só estará presente em relação a responsabilidade civil, se tal ato omissivo, apresentar os componentes que qualificam a culpa.

O surgimento da culpa está relacionado ao desrespeito de uma obrigação imposta pela lei, e imputada ao ente estatal, com a finalidade de evitar a ocorrência de um prejuízo. Dessa forma, constata-se que no caso de omissões públicas, a teoria da responsabilidade objetiva, não possui muita utilidade, se comparada a sua aplicação nas atividades comissivas.

Diante de tal entendimento doutrinador Rezende (2020, p. 1148) expõe seu pensamento: "Entendemos ser objetiva a responsabilidade civil do Estado em virtude de sua omissões juridicamente relevantes, pois o art.37§6, da CRFB e o art.43 do CC

que consagram a teoria do risco administrativo, não fazem distinção entre ação e omissão estatal”.

Mesmo que a omissão não seja o motivo que provoca o prejuízo, como sustenta a segunda posição já mencionada nesse estudo, é correto afirmar que o fato do ente público permanecer inerte, colabora para a ocorrência do prejuízo. É necessário diferenciar a omissão comum e a omissão positivada no ordenamento jurídico.

Rezende (2020) nos explica que a omissão comum está ligada a falta de movimento ou comportamento físico, não havendo a produção de qualquer resultado, pois da inércia nada surge, já a omissão normativa, indica o não cumprimento de um dever jurídico, produzindo, em relação a isso, consequências jurídicas, como a responsabilidade civil. Desse modo, a responsabilidade por omissão do ente público evidencia o não cumprimento de um dever jurídico com a finalidade de evitar o surgimento de prejuízos.

Portanto, nas situações que envolve omissão específicas só é possível responsabilizar o poder público, quando demonstrar a possibilidade de prever e de evitar o prejuízo, de forma clara pela utilização da teoria da causalidade direta e imediata em relação ao nexo de causalidade (art.403 do CC). Pode se mencionar, que a responsabilidade estará caracterizada, nas situações em que o ente estatal possui a capacidade de prever e de evitar o prejuízo, mas não se manifesta (Omisso).

No caso de omissões genéricas, em relação as restrições comuns aos indivíduos ao todo, os quais, não conseguem estar presentes em vários locais em um mesmo momento, e da ausência do nexo de causalidade, não se evidencia a responsabilização do poder público, pois se assim fosse feito, estaríamos atribuindo ao Estado a qualidade de segurador universal e reconhecendo a teoria do risco integral.

Pode ser mencionado como exemplos, que o Estado não seria responsável pelos crimes acontecidos dentro de seus limites. Agora, caso o Estado fosse comunicado sobre esses acontecimentos em determinada região de seu território e nada fizesse (omisso), estaríamos diante da responsabilidade.

Outro caso, o qual demonstra a culpa na conduta omissiva, é quando ocorre o descumprimento de ordem judicial por parte da administração pública, pois seus administradores muitas vezes resistem em atender tal ordem, ou procrastinam seu cumprimento.

Pelo exposto, segue dois julgamento do Supremo Tribunal Federal, o qual, atualmente predomina o entendimento de que é necessário a violação de um dever

jurídico específico de agir para configurar a responsabilidade civil do Estado, conforme decisões proferidas em sede de Recursos Extraordinários e com Repercussão Geral do STF. Nesta linha, segue o teor da ementa e tese fixadas no julgamento acima mencionado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR. 1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE. 2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício. 4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”. 5. Recurso extraordinário

desprovido.(RE 136861,Tema:366 Relator (a): Min. Alexandre de Moraes, Plenário, julgado 11/03/2020).

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo

assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.(RE : 841.526 do Tema 592, Relator (a): Min. Luiz Fux, Plenário, julgado 30/03/2016).

Por fim, cabe ressaltar que o STF, já se posicionou a respeito da responsabilidade civil do Estado no caso de omissão, quando se verificar, a inobservância ou o descumprimento de um dever específico positivado, ocorre a aplicação da responsabilidade objetiva tanto nas condutas comissivas quanto nas omissivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apresentado possui a finalidade de demonstrar os entendimentos divergentes constantes da visão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema da responsabilidade civil do Estado na sua vertente dos atos omissivos.

O ente estatal, em relação a sua responsabilização extracontratual, sofreu um enorme desenvolvimento durante a sua história, tendo início com a teoria da irresponsabilidade, passando por outras fases até chegar na conhecida e moderna teoria objetiva. Várias teorias surgiram com o objetivo de imputar ao ente público o ônus em relação aos prejuízos ocorridos no desempenho de suas atividades, de modo que apresenta muitos privilégios.

O Estado ao desempenhar suas atividades em favor da sociedade, pode provocar prejuízos aos seus integrantes. Em razão disso, é correto atribuir-lhe uma certa responsabilização proporcional à sua grande conjuntura de poderes. Desse modo, foi estabelecida a responsabilização objetiva do ente estatal, a qual oportuniza uma maior defesa aos administrados.

Tal responsabilização refere-se ao ônus atribuído ao Estado de ressarcir os prejuízos provocados aos administrados em relação às suas condutas.

Em relação aos atos comissivos, já está pacificado o entendimento, o qual deve ser aplicada a norma explicitada no art. 37, § 6º, da Carta Magna, reconhecendo-se a responsabilidade civil objetiva, na espécie de risco administrativo, como regra, dessa forma, não sendo preciso a demonstração de culpa. Em relação às condutas omissivas, apesar de parte da doutrina apresentar divergências em relação à utilização do instituto, para a maioria dos doutrinadores, as situações de omissão necessitam adotar

a teoria subjetiva, apenas transferindo a responsabilidade ao ente público se ele tenha atuado com culpa.

De acordo com o estudo das decisões do STF, no julgamento dos recursos extraordinários supramencionados, predomina o entendimento de que o Estado seria responsável por um ato omissivo quando, é necessário a violação de um dever jurídico específico de agir para configurar a responsabilidade civil do Estado, onde necessitando agir, permanece inerte, se envolvendo na ilicitude, por não interromper a ocorrência de um prejuízo, o qual podia evitar, mas não fez, não sendo responsável por qualquer tipo de omissão, pois estaria na condição de Seguradora Universal.

Na caracterização da responsabilidade civil do ente público é preciso apresentação de três aspectos, o ato administrativo (seja na sua forma omissiva ou comissiva), o dano e o nexo de causalidade existente entre o ato administrativo e dano. Ocorrendo a adição do elemento culpa, nas situações que enseja a responsabilidade subjetiva.

É possível a isenção do Estado no tocante a responsabilidade em situações que a culpa for exclusivamente da vítima, fato provocado por terceiro, caso fortuito externo e força maior.

Nota-se que ao adotar a responsabilidade objetiva nas situações omissivas é se adaptar ao desenvolvimento da responsabilidade do ente estatal, já que proporciona a satisfação dos administrados, proibindo excessos, e evitando injustiças.

Aliás, a aplicação de tal instituto proporciona o reconhecimento da isonomia, pois o ente público precisa ser subordinado às normas, as quais são impostas a todos os administrados.

Deste modo, a respeito do que já foi apresentado, o entendimento predominante do STF e de parte da doutrina diz que, o ente público possui responsabilidade objetiva no caso de omissões de seus agentes, no desempenho de suas atividades, quando se verificar a inobservância ou descumprimento de um dever jurídico específico de agir. Sendo necessário, nesses casos, apenas a demonstração do nexo de causalidade em relação a conduta praticada e ao prejuízo dela resultante, não se exigindo a demonstração da culpa, estendendo também a aplicação desse instituto as condutas comissivas.

Todavia, em se tratando de atos estatais que não envolvam um dever jurídico específico de agir, tanto a jurisprudência como a doutrina, atualmente, entendem, de forma pacífica, que a responsabilidade incidente é a de natureza subjetiva, com todos os seus consectários legais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, E. **A Responsabilidade civil do estado por omissão e suas excludentes.**

Disponível em:

<http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1240456/Eugenio_Rosa_de_Araujo.pdf>

Acesso em: 11 set. 2020.

ARÊAS, P. **Responsabilidade civil do estado por omissão.** Disponível em:

<<http://fdc.br/Arquivos/Artigos/23/RespCivilEstado.pdf>> Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1027633 SP. Tema: 940.

Relator: Min. Marco Aurélio, Data de julgamento: 14 ago. 2019, Diário da Justiça,

Brasília, DF, 06 dez. 2019, ata nº 187/2019. dje nº 268. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5136782&numeroProcesso=1027633&classeProcesso=RE&numeroTema=940>>. Acesso em 25 set. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 136861 SP. Tema: 366.

Relator: Min. Edson Fachin, Data de Julgamento: 11 mar. 2020, Diário da Justiça,

Brasília, DF, 13 ago. 2020, ata nº130/2020. dje nº 201. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753445003>>.

Acesso em 01 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 841.526 RS. Tema: 592.

Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 30 mar. 2016, Diário da Justiça, Brasília,

DF, 01 ago. 2016, ata nº104/2016. dje nº 159. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>.

Acesso em 01 out. 2020.

CAPES. **Revista de direito administrativo e constitucional.** Paraná: Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, 2008. Disponível em:

<<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/518>> Acesso em: 11 set. 2020.

CARVALHO FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 2208 p.

CIENTÍFICA. **Revista jurisfib.** Bauru: Faculdades Integradas de Bauru, 2011. Disponível em: <<https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/131>>. Acesso em: 11 set. 2020.

COSTA, M. **Responsabilidade civil do estado por omissão**: revisão da doutrina e da aplicação do instituto nos tribunais superiores. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/177312>> Acesso em: 11 set.2020.

DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1932 p

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 1356 p.

OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. 1372 p.

GONÇALVES, Carlos. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 694 p.

GONÇALVES, Carlos. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 687 p.

MELLO, Cleyson. **Direito Civil**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017. 703 p.

OLIVEIRA, G. J. **Responsabilidade civil do estado**: reflexões a partir do direito fundamental a uma boa administração pública. Cadernos da escola de direito e relações internacionais da unibrasil, São Paulo, v.1, n. 8, mar. 2008. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2583>>

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Forense, 2020. 2516 p.

RESPONSABILIDADE CIVIL do estado e legitimidade passiva do agente público causador do dano. Emagis Cursos Jurídicos. Disponível em: <<https://www.emagis.com.br/area-gratuita/fique-atento/responsabilidade-civil-do-estado-e-legitimidade-passiva-do-agente-publico-causador-do-dano/>>. Acesso em 24 set. 2020.

SAPIENTIA. **Revista de direito**. Belo Horizonte: Centro Universitário Estácio de Sá, 2011. Disponível em: <http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/direitobh/article/view/239>>. Acesso em 11 set. 2020.

SILVA, R. **Responsabilidade civil do estado por omissão**. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213365.pdf>. Acesso em 11 set. 2020.

SPOIO, G. **Responsabilidade civil do estado por omissão**. Disponível em: <<https://bdm.ufmt.br/handle/1/1520>>. Acesso em 11 set. 2020.

ZACARIAS, I. **Atividades de risco: configuração para fins de responsabilização civil objetiva do empregador**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44634/atividades-de-risco-configuracao-para-fins-de-responsabilizacao-civil-objetiva-do-empregador#:~:text=XXVIII%20do%20art.-7.,em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20aos%20seus%20empregados>>. Acesso em 15 set. 2020.

PODER PÚBLICO COMO INDUTOR DE PRÁTICAS PROMOTORAS DE DESENVOLVIMENTO AMBIENTALMENTE SUSTENTÁVEL E A FUNÇÃO EXTRAFISCAL DO IPVA.

MAÍRA JOAQUIM SIMONELLI:
Advogada. Mestra e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Resumo: No presente artigo, busca-se estudar a promoção de desenvolvimento ambientalmente sustentável pelo Poder Público, sobretudo por meio do manejo da função extrafiscal dos tributos. Para tanto, valendo-nos da pesquisa bibliográfica, serão analisados o conceito de desenvolvimento sustentável, o papel do Estado no mister de sua promoção e algumas alternativas aos meios de comando e controle, com enfoque especial ao Imposto sobre Propriedades de Veículos Automotores (*IPVA*) orientado por critérios ecológicos. Ao fim, serão analisadas as práticas das legislações paulista, fluminense, paranaense e mineira. Espera-se que, ao fim, fique demonstrada a viabilidade e a conveniência da utilização do IPVA a fins ambientalmente desejáveis, que ultrapassam a mera arrecadação fiscal.

Palavras-chaves: sustentabilidade; desenvolvimento sustentável; ecologia; extrafiscalidade; imposto sobre propriedade de veículos automotores.

Sumário: Introdução. 2. O Estado como agente promotor de desenvolvimento. 3. Desenvolvimento ambientalmente sustentável; 3.1 Definições e previsão normativa. 4. Fomento de práticas ambientalmente sustentáveis. 5. A função extrafiscal do tributo; 5.1 Normas tributárias indutoras e extrafiscalidade. 6. A utilização extrafiscal do IPVA para a persecução de objetivos ecológicos e de desenvolvimento ambientalmente sustentável. 7. Conclusão. 8. Referências.

1 Introdução

Partindo de uma perspectiva econômica, que considera externalidades e a atuação dos agentes econômicos, este trabalho tem como escopo demonstrar como o fomento de práticas ecossustentáveis pelos agentes econômicos são - mais do que desejáveis - imperativas frente aos objetivos e compromissos assumidos pela Carta Magna de 1988.

Para tanto, busca-se conduzir o leitor, primeiramente, sobre o conceito de desenvolvimento, afastando a sua identificação pura e simples com o crescimento econômico. Neste momento, espera-se demonstrar como o direito pode contribuir para o alcance do desenvolvimento. Afunilando o tema, o próximo tópico se destina a

tratar sobre o desenvolvimento sustentável, contemplando seu histórico, conceito e caráter multidimensional. Estreitando-o ainda mais, o estudo se foca da dimensão ambiental do desenvolvimento sustentável e nas maneiras pelas quais o Poder Público pode promovê-lo, sobretudo através da função extrafiscal do tributo.

É dedicado, então, um tópico à extrafiscalidade, abrangendo seu conceito, limites, legitimação e instrumento. Por fim, chega-se ao precípua objeto do presente estudo: a análise de como o IPVA pode ser utilizado para fim de promoção do desenvolvimento ambientalmente sustentável.

2 O Estado como agente promotor de desenvolvimento

Em um primeiro olhar, a palavra *desenvolvimento* costuma remeter, imediatamente, à ideia de crescimento econômico. Este pensamento não está de todo equivocado, porém não contempla a real amplitude de seu significado. De acordo com Veiga (2010, p. 18), até o início da década de 60, de fato, não era necessário realizar muita distinção entre as expressões, pois os poucos países desenvolvidos eram aqueles que alcançaram a riqueza através da industrialização, enquanto os países subdesenvolvidos eram os pobres, com pouco ou ausente aparato industrial.

Entretanto, o passar dos anos demonstrou que o forte crescimento econômico em algumas nações semi-industrializados – sobretudo na década de 50 – não se reverteu em maior acesso das suas populações a bens e serviços (como saúde e educação) como ocorrera nos países desenvolvidos. Afinal, “no crescimento a mudança é quantitativa, enquanto no desenvolvimento ela é qualitativa” (VEIGA, 2010, p. 56), e os mercados são apenas uma das instituições responsáveis pelo processo de desenvolvimento.

No mesmo sentido, Celso Furtado (2004, p. 484) realiza uma incisiva diferenciação entre crescimento econômico e desenvolvimento: o primeiro é fundado na manutenção dos privilégios das elites em seus anseios de modernização, ao passo que o último é caracterizado pela existência de um projeto social subjacente, expressão de vontade política.

Já Nusdeo (2013, p. 372), por sua vez, ao diferenciar os dois conceitos, entende que o crescimento econômico se resume ao crescimento da renda e do produto interno bruto (PIB), sem que esteja atrelada a mudanças de estrutura produtiva e social. Diante desse quadro, estamos frente a uma de duas hipóteses: ou já houve transformação estrutural – e, portanto, também já houve crescimento – ou

trata-se, somente, de um surto de crescimento que não se autossustentará, pois foi incapaz de alterar a estrutura.

Ignacy Sachs (2008a, p. 30) ressalta que o crescimento econômico deve ser sempre analisado dentro de seu contexto, porque crescimentos rápidos e impulsionados por grandes empresas não são capazes de reduzir, sozinhos, as diferenças sociais, uma vez que tendem a concentrar a riqueza nas mãos de poucos.

3 Desenvolvimento ambientalmente sustentável

Os atuais avanços científicos já demonstraram cabalmente a finitude dos recursos terrestres e irreversibilidade da maioria dos impactos, de modo que não é mais possível ignorar o conflito, e aparente *trade-off*, entre meio-ambiente e desenvolvimento. Apesar de haver grande complexidade – tais quais todas as questões envolvendo direitos difusos, tendo em vista a indeterminação absoluta de seus titulares e potenciais ofensores – pode-se começar a esboçar alternativas e soluções.

Desde o Encontro de Founex (1971) e a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (1972), em Estocolmo, a comunidade internacional se volta para esse tema. Foi nesse momento que, pela primeira vez até então, foram afastadas as posições extremistas defensoras da abundância – e assim, da priorização do crescimento econômico em detrimento do meio ambiente – e as catastrofistas – que, tal qual Malthus, por um fundamentalismo ecológico, prenunciavam o inevitável colapso.

Para Sachs (2008b, p. 52), foi neste contexto que se aflorou uma alternativa intermediária, capaz de reconhecer a necessidade do crescimento econômico, enquanto o impõe a necessidade de ser socialmente receptivo e efetivado através de estratégias favoráveis ao meio ambiente, ao invés de favorecer o consumo predatório de recursos naturais. Essa perspectiva é fundada, basicamente, na harmonização entre objetivos sociais, econômicos e ambientais, pois rejeita, ao mesmo tempo, o crescimento zero e o perverso (2008a, p. 36).

É visando essa compatibilização que surge a ideia de desenvolvimento sustentável. Em 1987, o Relatório Brundtland, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, apresentou a sua mais famosa definição: desenvolvimento sustentável é aquele que responde às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades.

Não poderia ser outra a solução. Identificando os impactos ambientais como efeitos externos negativos¹³⁴, valendo-se de conceitos econômicos, Fábio Nusdeo (1975, p. 47-48) esclarece que externalidades positivas e negativas são análogas – correspondendo uma o inverso da outra. Porém, quando pensamos dentro do campo da política econômica, a fim de identificar medidas concretas voltadas a promover a internalização dos efeitos, é preciso que sejam feitas diferenciações.

Na maioria das vezes, as externalidades negativas correspondem a um subproduto de uma outra atividade, da qual decorrem produtos conjuntos – os bens cuja produção é requerida pelo mercado e os males representados pelos efeitos indesejáveis associados aos primeiros. Desse modo, a restrição de efeitos externos negativos geralmente acarreta, também, na restrição ao exercício da atividade principal e dos bens desejados que ela proporciona.

Considerando o raciocínio de Nusdeo, é simples compreender que atividades promotoras de desenvolvimento econômico sempre trazem consigo, em maior ou menor medida, subprodutos negativos, que embora possam ser minorados, dificilmente podem ser eliminados em sua totalidade, sem que também sejam eliminadas as atividades causadoras.

Admitindo que o retrocesso em termos de vivência urbana e tecnológica é incogitável e que a internalização de externalidades negativas na seara ambiental é, senão impossível, de grande dificuldade¹³⁵ – tanto pela incerteza sobre o funcionamento dos sistemas ecológicos e sobre as externalidades, de fato, existentes, quanto pela impossibilidade de mensuração exata em indicadores monetários e pela irreversibilidade de grande parte dos danos causados - resta-nos pensar em formas de

134 Externalidades são benefícios ou custos transferidos de uma unidade do sistema econômico para outra ou para toda a comunidade – razão pela qual também são chamadas de custos sociais (NUSDEO, 2015, p. 49-50).

135 Em alguns aspectos, é possível pensar em internalização dos custos da degradação ambiental pelos agentes econômicos. Romeiro (2012, p. 66-74) afirma que a atuação do Estado é necessária para corrigir a falha de mercado que o a questão ambiental representa. Essa falha decorre do fato de que alguns bens ambientais – como o ar e a água, por exemplo - são bens públicos, isto é, não são transacionados no mercado, e, portanto, a sua escassez crescente não se traduz na elevação de seu preço, o que não incentiva a introdução de inovações de maior eficiência ecológica. A correção dessa falha exige que o Estado intervenha para haja disposição a pagar por esses serviços ambientais possa se expressar à medida que sua escassez aumenta. Para o autor, isso pode ser feito por meio de privatização, com a precificação dos recursos naturais, o que conduziria a alocação intertemporal de recursos conforme critérios de eficiência. Esse raciocínio já está introjetado no Direito Ambiental brasileiro, sendo manifestações visíveis os princípios dos poluidor-pagador, do usuário pagador e, por corolário, do protetor-recebedor.

compatibilização entre desenvolvimento e preservação ambiental de tal forma que tais externalidades sejam tão menores quanto o possível.

É com esse fim que surge a ideia de desenvolvimento sustentável. Ressalta-se, porém, que seu conceito não se limita à dimensão ambiental: ele deve considerar, também, elementos sociais e econômicos. Para Sachs (2008a, p. 36), apenas soluções que levem em conta esses três aspectos – ou seja, “que promovam o crescimento econômico com impactos positivos em termos sociais e ambientais” – são dignas de serem chamadas de desenvolvimento. Entretanto, a despeito da enorme importância que possuem, o presente estudo não se dedicará às dimensões sociais e econômicas, concentrando-se somente na ambiental.

3.1 Definições e previsão normativa

O nosso ordenamento jurídico carece de apresentação de uma definição própria de desenvolvimento sustentável. Na verdade, sequer há menção à expressão “desenvolvimento sustentável” no texto constitucional. Entretanto, sua ideia pode ser inferida pela interpretação sistemática do art. 170 da Constituição Federal, que se destina a tratar dos princípios da ordem econômica. No inciso segundo, reconhece o valor da propriedade privada; no terceiro, a função social da propriedade; no sexto, por fim, a defesa do meio ambiente. O desenvolvimento sustentável é representado, justamente, pelo equilíbrio entre esses três princípios.

Em âmbito infraconstitucional, há alusão mais direta em alguns diplomas normativos, como na Lei nº 8.666/1993, que desde a alteração promovida pela Lei nº 12.349/2010 em seu art. 3º, estabelece como finalidade das licitações a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. O mesmo é observado na nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), que o eleva ao *status* de princípio das licitações.

A conceituação do instituto, contudo, ficou a cargo da doutrina, que parte daquela apresentada no Relatório Brundtland. Juarez Freitas (2012, p. 58) segue a linha de Sachs e apresenta uma visão pluridimensional, em que a sustentabilidade não é somente ambiental, como também social, econômica e dotada de aspectos éticos e jurídico-políticos. Semelhantemente, para Romeiro (2012, p. 70), o desenvolvimento sustentável é aquele alcançado por um “conjunto de políticas capazes de, simultaneamente, garantir o aumento da renda nacional, o acesso a direitos sociais básicos (...) e a redução do impacto do aumento da produção e do consumo sobre o meio ambiente”.

Restringindo o instituto apenas à sua dimensão ambiental, Irene Patrícia Nohara (2013, p. 852) o conceitua como o “desenvolvimento que se volta para o uso racional de recursos naturais, mantendo condições de vida adequadas no planeta tanto

para presentes, como para futuras gerações. " Eduardo Fortunato Bim (2015, p. 192) pondera que conquanto o instituto contemple aspectos sociais e econômicos, seu fundamento principal é a manutenção da biosfera. Entende-se, portanto, como o desenvolvimento com preservação da disponibilidade de recursos para futuras gerações.

A preocupação com o abastecimento das próximas gerações é o cerne do princípio da solidariedade intergeracional, contemplando a sincrônica – entre gerações contemporâneas - e a diacrônica – entre gerações do presente e do futuro. De acordo com os ensinamentos de Édis Milaré (2013, p. 59), esse princípio visa garantir que, com os devidos cuidados das gerações presentes, as futuras também possam usufruir, sustentavelmente, dos recursos naturais.

O caput do art. 225, ao versar que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado", e que é incumbência não só do Poder Público, como também da coletividade, "defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações", transporta para o Direito Constitucional esse princípio, que capilariza e passa a irradiar por todo ordenamento jurídico.

4 Fomento de práticas ambientalmente sustentáveis

Reiterando o que foi afirmado anteriormente, com exceção da precificação de bens ambientais intentada pelos princípios do poluidor-pagador e do usuário pagador – que podem até levar ao equivocado entendimento de que caso haja pagamento, a poluição é permitida - é difícil vislumbrar mecanismos de internalização das externalidades negativas em matéria ambiental que realmente sejam eficazes e não os transfiram de algum modo para a coletividade.

Martins (2008, p. 107) é um ferrenho defensor dessa posição, e em artigo aponta que mesmo quando as externalidades negativas são claras - e ainda que haja alternativas tecnológicas menos agressivas ao meio ambiente - estas são de difícil adoção, considerando a trajetória do desenvolvimento tecnológico dominante, o que acarreta restrições para a oferta e demanda de novas tecnologias.

Tendo em vista que os agentes econômicos, compreendidos como *homo economicus*, tendem a alocar recursos conforme seja favorecida a maximização de sua utilidade – e que, nesse caso, seria exprimida, basicamente, em termos de lucros monetários individuais – emerge a importância do Estado como indutor de comportamentos. Nesse sentido, Juarez Freitas (2012) assevera que o alcance de um

desenvolvimento sustentável exige uma intervenção estatal incisiva e coesa para que seja garantido o “direito ao futuro” para as atuais e próximas gerações.

Essa intervenção se dá pela indução de comportamentos, e pode ocorrer por diferentes estratégias. A teoria do fomento é um bom instrumento para uma melhor compreensão desse fenômeno. Luis Jordana de Pozas (1949, p. 49-50) o conceitua como a ação administrativa de proteger, estimular ou fomentar as atividades particulares através das quais são satisfeitas necessidades ou conveniências de caráter geral, e aponta que ele é marcado pela flexibilidade que permite a adaptação de seus instrumentos conforme as circunstâncias.

José Vicente dos Santos Mendonça (2010, p. 145-146) aponta que existem meios positivos e negativos de fomento. Os primeiros outorgam prestação, bens ou vantagens ao particular, enquanto os segundos, representam obstáculos que desestimulam certas atividades. O autor só admite que sejam aceitos meios negativos como tipo de fomento caso sejam somente persuasivos, o que exemplifica pela maior tributação sobre bebida alcoólica para combater o alcoolismo. Os meios coativos – tais quais a desapropriação de um imóvel que não cumpre a sua função social – não podem ser considerados fomento, tendo em vista que um de traços marcantes deste instituto é, justamente, a utilização de técnicas indutivas e persuasivas (MENDONÇA, 2010, p. 136).

Uma delas pode ser a mobilização da opinião pública, em especial de consumidores, através de campanhas de propaganda, discussões públicas e demais modos de divulgação do debate. Este é o que Mendonça classifica como meio psicológico de fomento (2010, p. 147) – embora ressalve que pouco haja de jurídico sobre ele.

Cramer e Zegvel (1991, p. 466) apontam que se a preocupação com a ecologia continuar a crescer, os consumidores preferirão consumir produtos que atendam a altos padrões de qualidade ambiental. Empresas que sejam reconhecidamente poluidoras ficariam com má reputação perante o mercado consumidor, e o receio aos prejuízos reputacionais podem ser um incentivo forte para a adoção de práticas ambientalmente sustentáveis.

Os meios jurídicos – ou indiretamente econômicos¹³⁶ - seriam aqueles que atribuem legalmente um status diferenciado, isto é, que colocam o agente fomentado

¹³⁶ É difícil pensar em um meio jurídico que não seja, em alguma medida, econômico. Por exemplo, uma menor tributação sobre determinado produto não implica em um repasse direto de verbas à empresa, porém, não significa coisa senão a desoneração de seus custos. Portanto, talvez seja mais coerente falar em meios direta ou indiretamente econômicos, conforme haja, ou não, aporte imediato

em uma posição jurídica que lhe permita auferir proveitos, sem que ocorra entrega de valores ou realização de operações financeiras (Mendonça, 2010, p. 147). Nessa categoria, podemos inserir os meios fiscais de fomento, que atuam a partir da função extrafiscal do tributo, como veremos a seguir.

5 A função extrafiscal do tributo

Como a própria morfologia da palavra indica, extrafiscalidade compreende tudo o que ultrapassa a fiscalidade. Em termos simples, Oliveira (1999, p. 37) conceitua a tributação extrafiscal como a que se orienta para fins diversos da captação de valores para o Erário. Schoueri (2005, p. 32) aponta que estes podem estar relacionados a diversos fatores, como a simplificação do sistema tributário – por exemplo, pela sistemática do lucro presumido no imposto de renda – e a distribuição equitativa de renda. A despeito das inúmeras possibilidades existentes, este estudo se concentrará na finalidade indutora da tributação.

Logo ao início, deve ficar claro que as funções fiscais e extrafiscais – apesar de antagônicas, pois uma corresponde ao oposto da outra – não são mutuamente excludentes. Mais do que isso, são aspectos inerentes a todo e qualquer tributo. Vejamos. A arrecadação de valores aos cofres públicos é um efeito que necessariamente está presente, pois representa a própria repercussão fática do ato de tributar, de modo que a função fiscal é sempre utilizada. Ao mesmo tempo, fatalmente, o tributo influencia no comportamento dos agentes, tendo em vista que aquele que o sofre, busca evitá-lo, seja deixando de realizar o fato que enseja o tributo, seja reduzindo sua frequência ou, ainda, realizando fato similar, mas de tributação inferior (MENDES, 2017, p. 352-353). O que é alterado, conforme o caso, é a predominância de uma ou outra função: o quanto determinado tributo é capaz de arrecadas ou induzir comportamentos e o quanto o legislador pondera essa potencialidade ao editar regras de tributação.

O imposto sobre circulação de mercadorias e serviços pode ser reconhecido como um dos principais exemplos de vívida coexistência de ambas funções. A importância de sua função fiscal é muito expressiva, tendo em vista que é o tributo que

de recursos. Em razão disso, Mendonça afirma que, sob uma perspectiva estritamente rigorosa, o meio fiscal não é fomento (MENDONÇA, 2010, p. 148-150).

mais arrecada¹³⁷; ao mesmo tempo, a capacidade de atuação extrafiscal inegável: é o instrumento através do qual os Estados lutam na chamada guerra fiscal¹³⁸.

Já o imposto de renda é um exemplo de predominância fiscal, mas mesmo nele é há de se reconhecer possibilidades extrafiscais, como

Por outro lado, o imposto de importação, o imposto de exportação, o imposto sobre operações financeiras e o imposto sobre produtos industrializados possuem extrafiscalidade tão acentuada que constituem exceções para importantes regras e princípios do Direito Tributário¹³⁹ para que sejam manejados mais facilmente conforme a necessidade e os objetivos do poder público. Por essa razão, são comumente chamados pela doutrina de “impostos regulatórios”.

Se é verdade que a função extrafiscal é inata à própria tributação, não é menos verdade que o legislador pode utilizá-la tendo em vista objetivos pré-determinados, conforme um caráter finalístico. Assim, no exercício da extrafiscalidade, os tributos são potencialmente capazes de contribuir para o alcance de objetivos e valores juridicamente tutelados (MENDES, 2017, p. 354).

5.1 Normas tributárias indutoras e extrafiscalidade: limites e legitimidade

As normas pelas quais o legislador gerencia a extrafiscalidade tributária são as normas de intervenção por indução, que se caracterizam por serem dispositivas, desprovidas de cogência. O agente recebe estímulos e desestímulos que atuam na formação a sua vontade. Porém, é possível que estes não sejam fortes o bastante para que ele adote o comportamento desejado pelo legislador (SCHOUERI, 2005, p. 43-44).

Essas normas estabelecem incentivos fiscais que podem assumir forma de isenção, redução de alíquota, alíquota zero etc. Desse modo, afetam a obrigação principal – a de pagar o tributo - fomentando ou inibindo a ocorrência do fato gerador através de critérios quantitativos de cunho pecuniário (MENDES, 2009, p. 224).

Como normas tributárias que são, é preciso que se sujeitem, igualmente, aos cânones e limites clássicos do Direito Tributário. Portanto, submetem-se aos

137 Disponível em

138 Trata-se da competição entre entes federados por investimentos privados através da concessão diferentes tipos de incentivos fiscais (PIMENTA, 2011, p. 329).

139 Suas alíquotas são fixadas por ato do Executivo, além de não atenderem ao princípio da anterioridade e – com exceção do IPI – ao da noventena.

princípios da legalidade, que exige edição por lei em sentido material e formal (BORGES, 2001, p. 38-42), e ao princípio da anterioridade¹⁴⁰, por exemplo.

Quanto aos fins passíveis de serem perseguidos legitimamente através da extrafiscalidade, cumpre destacar que não se permite um uso indiscriminado, ao puro arbítrio do legislador. Muito pelo contrário: é preciso que haja verificação da pertinência das finalidades buscadas em relação aos valores e princípios refletidos no texto constitucional, a fim de que sejam satisfeitas finalidades caras à coletividade. Conseqüentemente, conforme aponta Carneiro (2011, p. 108) é ilegítimo todo benefício que se destine a privilegiar pessoas ou situações determinadas - em ofensa princípio da igualdade - ou que destoe dos objetivos constitucionais que autorizam a intervenção do Estado na economia.

6 A utilização extrafiscal do IPVA para a persecução de objetivos ecológicos e de desenvolvimento ambientalmente sustentável

Antes da análise do caso específico deste ou daquele tributo para finalidades extrafiscais, é importante demonstrar a conveniência desse tipo de mecanismo para a busca de resultados ambientalmente favoráveis. Regina Helena da Costa (2005, p. 323), com muita perspicácia, aponta que a utilização dos tributos para este fim possui a vantagem de não exigir tão dispendiosas infraestrutura e fiscalização do aparelho administrativo quanto costumeiramente é exigido da atividade de polícia administrativa nessa seara.

Diferentes tributos podem ser explorados em sua função extrafiscal para o estimular práticas e escolhas ambientalmente sustentáveis, principalmente através do estabelecimento de alíquotas reduzidas. Um exemplo de ocorrência no ordenamento jurídico pátrio é o chamado *IPI ecológico* que, fundamentado pelo princípio da seletividade, estipula alíquotas menores para produtos que sejam menos agressivos ao meio ambiente, tornando-os mais atraentes aos consumidores. Nesse sentido, o Decreto nº 9.442/2018 altera a tabela de incidência do IPI do Decreto nº 8.950/2016, prevendo alíquotas mais baixas para veículos híbridos e elétricos. O foco deste estudo, porém, está na específica utilização da extrafiscalidade do Imposto sobre a Propriedade de Veículos, o IPVA.

¹⁴⁰ De acordo com o entendimento de que a redução ou revogação de benefício fiscal configura aumento indireto do tributo. Nesse sentido, posicionam-se Luís Eduardo Schoueri (2014, 683) e Paulo de Barros Carvalho. Há, também, recente decisão da 1ª Turma do STF (RE-564225). Entretanto, o tema ainda é muito polêmico, existindo precedentes em sentido contrário (STF 2ª Turma. RE 617389).

O IPVA é um tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal previsto no art. 153, III, da Constituição Federal. Trata-se de um imposto que foi previsto pela primeira vez somente na vigência da Constituição Federal de 1967, por adição realizada pela Emenda Constitucional nº 27/1985. É, portanto, posterior ao Código Tributário Nacional (1966), razão pela qual neste não constam menções ao seu respeito. Assim sendo, é dado aos Estados exercerem a competência legislativa plena¹⁴¹, nos termos do art. 24, § 3º da CF. das regulamentado por leis estaduais¹⁴².

Seu fato gerador é a propriedade de veículo automotor, sendo, dessa forma, um imposto sobre o patrimônio, tal qual o Imposto de Renda. Este fato é indicativo do predomínio da sua função fiscal. Francisco Pedro Jucá (2010, p. 309) é enfático ao dizer que “na verdade o IPVA não tem nenhuma função extrafiscal”. Com a devida vênia, a afirmação é de veras simplista e com ela não se pode concordar.

Nos tópicos anteriores, já foi demonstrado como qualquer tributo apresenta função extrafiscal de induzir comportamentos como uma consequência inerente a ato de tributar – ou, nas palavras de Mendes (2017, p. 353) “inescapável e de natureza factual”. Além de toda essa aptidão latente em qualquer tributo, observa-se que o próprio Poder Constituinte (Emenda Constitucional nº42/2003) não se olvidou da potencialidade indutora que o manejo do IPVA oferece.

No artigo 155, § 6º, I, a Carta Magna dispõe que o IPVA terá suas alíquotas mínimas fixadas pelo Senado Federal. Ora, qual seria a razão de ser dessa vedação senão o reconhecimento de que os Estados podem se valer desse imposto para atrair proprietários de veículos domiciliados nos demais? Não há como vislumbrar outra hipótese além da tentativa de evitar ou minorar os danos da guerra fiscal.

Já o inciso seguinte versa sobre a possibilidade de que se estabeleçam alíquotas diferenciadas em função do tipo do veículo e de sua utilização. Essa norma permite que o legislador realize seu juízo de conveniência e oportunidade sobre a tributação mais branda ou intensa a determinado tipo de automóvel e, conseqüentemente, sobre a opção de estímulo ou desincentivo de uma ou de outra possível conduta do contribuinte.

141 Nesse sentido: “Recurso extraordinário. 2. Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. 3. Competência legislativa plena da unidade da Federação, à falta de normas gerais editadas pela União. Art. 24, § 3º, da Constituição Federal. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido”. (STF - RE: 191703 SP, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 19/03/2001, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 12-04-2002 PP-00063 EMENT VOL-02064-04 PP-00744)

142 *V.g.*, Lei nº 13.296 do Estado de São Paulo.

No Estado de São Paulo, a regulamentação do IPVA fica a cargo da Lei nº 13.296 de 2008. No seu art. 9º, IV, estabelece, residualmente, a alíquota de 4% para todos os veículos que não recebam diferenciação. Para veículos de carga, estabelece alíquota de 1,5%; para ônibus e micro-ônibus, caminhonetes cabine simples, motocicletas, ciclomotores, motonetas, triciclos e quadriciclos, máquinas de terraplenagem, empilhadeiras, guindastes, locomotivas, tratores e similares, de 2%. Observa-se que tais veículos se diferem tanto quanto ao tipo (por exemplo, pelo número de eixos) quanto à utilização (transporte de cargas, passageiros, uso doméstico etc). Essa diferenciação está presente, em diferentes graus, em todos os Estados, e sua razão de ser foge do escopo deste estudo – ao contrário da realizada no inciso III.

O referido inciso estabelece a alíquota de 3% para veículos que utilizarem motor especificado para funcionar, exclusivamente, com os combustíveis álcool, gás natural veicular ou eletricidade, ainda que combinados entre si. E ainda, no § 3º, aplica a mesma alíquota para veículos fabricados até 31 de dezembro de 2008 que utilizarem motor especificado para funcionar exclusivamente a gasolina, quando adaptado, até a mesma data, para funcionar de maneira combinada com gás natural veicular.

A interpretação teleológica da norma leva a crer que o legislador paulista utilizou a função extrafiscal do IPVA a fim de conduzir seus contribuintes a optarem pela propriedade de veículos cujos motores funcionem a base de combustíveis menos poluentes ou fontes limpas de energia. Louvável atitude, plenamente afinada com os ditames constitucionais - seja pelo art. 225, CF, *caput*, que reconhece o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o correspondente dever de sua defesa pelo Poder Público e pela coletividade, seja pela interpretação sistemática dos incisos II, III e IV do art. 170, CF, que ao tratar dos princípios da ordem econômica, reconhece como tais a propriedade privada, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente, da qual se infere o princípio do desenvolvimento ambientalmente sustentável.

Assim, estabelece uma medida persuasiva, não coativa, com o fito de estimular uma atividade particular – a propriedade de veículo automóvel menos nocivo ao meio ambiente – que satisfaz necessidade de caráter geral – a proteção do meio ambiente e a busca pelo desenvolvimento ambientalmente sustentável, assim como indica Pozas (1949, p. 49-50) em sua teoria do fomento. Nota-se que esta medida atende ao princípio da proporcionalidade, uma vez que norma concilia defesa do meio-ambiente – ao estimular o consumo de veículos movidos por fontes (mais) limpas – com a necessidade de locomoção rápida e eficaz, sem impor restrições cogentes ou sanções.

Como bem pondera Roberto Ferraz (2005, p. 342), não se trata de penalizar, de nenhuma forma, aquele que opta por veículos que se encaixam na definição do art. 9º, III da lei paulista – afinal, a conduta desse contribuinte não é ilícita e o Direito Tributário apenas atua no campo da licitude. O que a norma se propõe a fazer é recompor o custo socioambiental da atividade a partir da arrecadação de maior receita – isto é, a internalização das externalidades negativas geradas pelo uso do veículo, ainda que não diretamente, em razão do princípio da não afetação da receita de impostos – enquanto também induz mudanças comportamentais movidas pela busca de soluções mais vantajosas economicamente.

Ademais, o IPVA é um imposto especialmente interessante para a persecução de fins ecológicos pela via tributária porque existe certa “elasticidade” que permite que, de fato, haja escolha pelo contribuinte. Não faria sentido sobretaxar carros movidos à gasolina, por exemplo, com pretextos de extrafiscalidade ambiental, se não houvesse alternativa à disposição – como os carros movidos à álcool ou GNV – pois a margem de escolha do contribuinte seria, senão inexistente, baixíssima. Nesse caso, diante da falta de alternativas, não haveria comportamento a ser induzido.

Não obstante a importância e a conveniência da adoção de alíquotas inferiores para veículos menos poluentes, dentre todos os estados das regiões Sul e Sudeste, além de São Paulo, apenas o Rio de Janeiro (Lei nº 2.877/1997143) e, mais timidamente, o Paraná (14.260/2003144) as estabelecem. Minas Gerais (Lei nº 14.937/2003) concede isenção do imposto, mas somente para veículo novo, fabricado no Estado, cujo motor de propulsão seja movido a gás natural ou energia elétrica, e veículo novo híbrido, fabricado no Estado, que possua mais de um motor de propulsão, quando pelo menos um deles for movido a gás natural ou energia elétrica.

7 Conclusão

Este estudo tem a pretensão de conduzir o leitor à conclusão de que o Estado – e o Direito, como manifestação de poder Estatal – tem a missão indeclinável de ser o sujeito condutor do desenvolvimento sustentável. Assim, entende-se que essa

143 O art. 10 da lei estabelece alíquota de 2% para automóveis que utilizem motor especificado de fábrica para funcionar, exclusivamente, com álcool, 1,5% para veículos que utilizem gás natural ou veículos híbridos que possuem mais de um motor de propulsão, usando cada um seu tipo de energia para funcionamento sendo que a fonte energética de um dos motores seja a energia elétrica e 0,5% para veículos que utilizem motor de propulsão especificado de fábrica para funcionar, exclusivamente, com energia elétrica. A alíquota residual, para veículos que não se encaixam em nenhuma hipótese de diferenciação, é de 4%.

144 O art. 4º da lei estabelece alíquota de 1% para os veículos automotores que utilizem o Gás Natural Veicular (GNV). A alíquota residual é de 3,5%.

é uma tarefa de toda a coletividade, mas que compete a Administração Pública oferecer os incentivos necessários para tanto.

Isso pode ser feito através do Direito Tributário quando o legislador reconhece a potencialidade indutora que todo tributo tem e, a partir disso, passa a guiar o contribuinte em direção a escolhas ambientalmente sustentáveis. Vários são os casos de utilização extrafiscal de impostos com vistas a esse fim, e o IPVA paulista é um ótimo exemplo. A Lei nº 13.296 do Estado de São Paulo estabelece alíquotas diferenciadas que privilegiam veículos movidos a fontes limpas de energia. Desse modo, ao mesmo tempo que promove a internalização das externalidades negativas causadas ao meio-ambiente pelos veículos poluidores, incentiva a compra de veículos menos nocivos por se apresentarem como uma opção mais vantajosa economicamente.

8 Referências

BIM, Eduardo Fortunato. **Considerações sobre a Juridicidade e os Limites da Licitação Sustentável**. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Coords.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2015. P. 183-230.

CARNEIRO, Matheus. Incentivos fiscais em tempos de crise: impactos econômicos e reflexos financeiros. **Revista da PGFN**. Brasília, vol. 1, n. 1, p. 99-121, 2011.

COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a Tributação Ambiental no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita**, 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CRAMER, J.; ZEGVELD, W.C.L. The future role of technology in environmental management. **Futures**, vol. 23, n. 5, p. 451-468, 1991.

FERRAZ, Roberto. Tributação Ambientalmente Orientada e as Espécies Tributárias no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

FURTADO, Celso. Os desafios da nova geração. **Revista de Economia Política**, vol. 24, n. 4, p. 483-46, out-dez. 2004.

JUCÁ, Francisco Pedro. Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA. In: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho (Coords.). **Tributos em Espécie: Fundamento e Elementos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade: análise semiótica**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MENDES, Guilherme Adolfo. Regime Constitucional da Extrafiscalidade. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARRARA, Thiago (Coords.). **O Direito Brasileiro em Evolução: estudos em homenagem à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto**. São Paulo: Almedina, 2017.

MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não paternalista. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, p. 115-176, 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. Compras Verdes e a Promoção da Sustentabilidade nas Licitações. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo [et al.] (Org.). **Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 849-872.

NUSDEO, Fábio. **Desenvolvimento e ecologia**. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. **Curso de economia**. Introdução ao direito econômico. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Guerra Fiscal: Problemas Decorrentes dos Efeitos das Recentes Decisões do Supremo Tribunal Federal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011.

POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento em el Derecho administrativo. **Revista de estudios políticos**. Madrid, n. 48, p. 41-54, 1949.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 26, n. 74, p. 65-92, 2012.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008a.

_____. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008b.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

VEIGA, Jose Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

MULTIPARENTALIDADE E A POSSIBILIDADE DA EXCLUSÃO DA FILIAÇÃO EM FACE DO ABANDONO SOCIO AFETIVO

ANA CRISTINA FREIRE: Bacharelanda do curso de Direito do Centro Universitário UNA Contagem.

MARCOS ANTÔNIO DE OLIVEIRA ¹⁴⁵

(coautor)

RESUMO: Diante da grande relevância que ganhou as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da multiparentalidade, ou pluriparentalidade e seus efeitos com relação aos descendentes e ascendentes, em torno do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, esse trabalho acadêmico visa aprofundar a exclusão do nome do pai ou da mãe, em face do abandono afetivo no registro civil. Observando a legislação nacional, verificamos que ainda não possui previsão para a possibilidade da exclusão da paternidade ou maternidade no registro civil, mas há entendimentos de juízes pertinentes ao tema. São diversas hipóteses, diante da complexidade das estruturas familiares ocorrentes atualmente e que merecem ser adequadas para o novo contexto das relações sociais. A exclusão do sobrenome do pai que abandona o filho e a inserção do patronímio de genitores afetivos, trata-se de uma realidade atual que deve ser resolvida levando em conta o contexto e vivência atual da família.

Palavras Chaves: Família. Afeto. Multiparentalidade. Exclusão do nome. Relações Sociais.

ABSTRACT: In view of the great achievement that he won as doctrinal and jurisprudential about multiparenting, or pluriparenting and its effects in relation to descendants and ascendants, around the constitutional principle of the best interest of children and adolescents, this academic work aims to deepen that of the name of the father or mother, in the face of emotional abandonment in the civil registry. Observing the national legislation, we find that there is still no provision for the possibility of excluding paternity or maternity in the civil registry, but there are understandings of judges relevant to the topic. There are several hypotheses, considering the complexity of family structures currently occurring and which deserve to be specified for the context of social relations. The exclusion of the surname of the father who abandons

¹⁴⁵ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário UNA Contagem.

the child and the insertion of the patronage of affective parents, is a current reality that must be resolved taking into account the current context and experience of the family.

Keywords: Family. Affection. Multiparenting. Exclusion of the name. Social relationships.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Evolução da Família no Direito Brasileiro; 3 O Abandono Afetivo; 4 A exclusão da parentalidade consanguínea por abandono afetivo; 5 A multiparentalidade e seus efeitos no direito brasileiro; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Tem por finalidade o presente artigo apresentar a questão da pluralidade das relações entre as famílias, desenvolvendo de forma específica o atrito entre essa complexidade e a rigidez da lei de registros públicos que, por muitas vezes, impede de apresentar as reais situações que ocorrem de fato, como é o caso da dupla filiação e a exclusão da filiação em face do abandono afetivo.

O direito de família tem sua configuração constituída pelo complexo de preceitos que regem as relações jurídicas familiares, orientado por interesses de caráter moral, legal e social. Esse direito apresenta um misto de normas de ordem pública com um evidente caráter privado.

Tal situação cria um atrito permanente entre a autonomia da vontade, com a faculdade das partes disporem sobre suas próprias relações jurídicas, e as determinações de ordem pública.

A partir disso, é importante que o direito de família e a dinâmica social tragam reflexos no direito registral, que por muitas vezes, por tamanhas regras, não conseguem se adaptar ao conceito atual de sociedade. Com isso, cabe ao poder judiciário se pautar em outras fontes do direito como analogia e costume, a fim de atender as necessidades sociais.

O presente trabalho apresenta a possibilidade da certidão de nascimento desconstruir o modelo atual de criação, com possibilidade de apresentar outras formações familiares, a multiparentalidade; e reconhecer a exclusão da filiação por ocorrência do abandono afetivo.

O princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade é considerado a base de amparo para as famílias, pois se prioriza a pessoa, a felicidade e o bem estar de todos, fundando-se nas relações pessoais e no afeto. Estes princípios abrangem também o instituto da multiparentalidade.

A multiparentalidade é a viabilidade da simultaneidade de vínculos parentais afetivos e biológicos, descrita como uma obrigação constitucional na qual se busca preservar os direitos fundamentais de todas as pessoas envolvidas nesse núcleo. O instituto teve sua origem em razão da possibilidade de se ter dois ou mais pais ou mães no assento de nascimento da pessoa.

No tocante ao abandono afetivo, este por sua vez, se apresenta pelos casos de descaso sofrido no seio familiar por parte de crianças que se veem diante da falta de carinho e cuidado por parte de seus genitores.

É certa a possibilidade de indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo, reconhecendo que a ausência de cuidados maternos/paternos são passíveis de punição judicial, já que pais e mães tem a responsabilidade e o dever constitucional de cuidar de seus filhos.

Como extensão deste tema, tem sido observada a discussão, referente à possibilidade de retirada do sobrenome paterno ou materno em razão do abandono afetivo ocasionado pelos pais.

Diante destes temas relevantes no direito de família será analisada a evolução da família no direito brasileiro e as opiniões jurisprudenciais e doutrinárias em relação ao reconhecimento de múltiplas realidades nas entidades familiares e a exclusão da filiação nos casos de descaso aos filhos por parte dos genitores.

2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil sempre foi um País patriarcal, desde os primórdios. No Código Civil de 1916, a família brasileira era matrimonializada, nascida do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro modelo era denominado concubinato.

Antes da Constituição de 1988, com a vigência do Código Civil de 1916, era um país conservador onde o homem era a cabeça da família e a família era hétero, ou seja, formada por homem/ mulher e filhos biológicos, o direito não dava aos filhos fora do casamento o mesmo tratamento dos filhos havidos dentro do casamento. Assim dispõe o autor Carlos Roberto Gonçalves:

Os filhos que não procediam de justas núpcias, mas de relações extramatrimoniais, eram classificados como ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei, podendo ser naturais e espúrios. Os primeiros eram os que nasciam de homem e mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial. Os espúrios eram os nascidos de pais impedidos de se casar entre si em decorrência de parentesco, afinidade ou casamento anterior e se

dividiam em adulterinos e incestuosos. Somente os filhos naturais podiam ser reconhecidos, embora apenas os legitimados pelo casamento dos pais, após sua concepção ou nascimento, fossem em tudo equiparados aos legítimos (GONÇALVES, 2018. p.20)

Tem-se a partir da Constituição de 1988 um novo marco no direito brasileiro, haja vista que a nova ordem instalada passou a abordar o tema de forma diferente até então, dando importância a Afetividade quando se trata das questões do Direito de Família, Sucessões, reconhecendo-a como princípio constitucional, ainda que não escrito, mas vislumbrava-se o princípio da Dignidade Humana, nas resoluções das demandas de família. Desta forma, pontua Gonçalves:

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derrogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”. (GONÇALVES, 2014, p 33)

Surgiram distintos modelos familiares, adequando-se a novas necessidades humanas construídas pela sociedade atual, onde a família matrimonial, patriarcal, hierarquizada cedeu lugar para uma família pluralizada com base na afetividade com caráter instrumental. Além disso, a coexistência de vínculos biológicos e afetivos é perfeitamente viável, mostrando-se não apenas como direito, e sim como obrigação, de forma a preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos.

Isso decorre da mudança da estrutura familiar e do conceito e critério de paternidade/maternidade – é possível, portanto, reconhecer um vínculo estabelecido a partir de relação afetiva, ao invés da puramente biológica.

Assim dispõe o autor Paulo Luiz Netto Lôbo: “A família [...] reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que

adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos”. (LOBO, 2004, p.152).

Nesta mesma linha de pensamento, o professor Flavio Tartuce explica: “o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo afeto não constando a expressão do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade”.

Desta forma, a motivação primordial da obrigação do Estado é aceitar a afetividade como não apenas um vínculo que abrange os membros familiares, mas sim de um importante postulado retirado da própria cultura e do sentimento humano. Assim, os tribunais brasileiros devem aceitar que o afeto não se evidencia apenas como mera figura de união da família, mas como um valor jurídico apto a fundamentar as decisões judiciais.

3 O ABANDONO AFETIVO

A família, base da sociedade, tem nos dias atuais especial proteção do Estado. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) priorizou a família dentro dos preceitos a luz da dignidade da pessoa humana, de maneira a conferir peculiarmente proteção especial a ela. Sendo assim, foi garantido aos pais, quando do exercício do poder familiar, as garantias elementares, ou seja, a criação, educação, companhia e guarda dos filhos menores, conforme consta no art. 1634, incisos I e II do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/02).

Em contrapartida, o que se presencia em muitas histórias são os pais que não agem conforme o que se espera, de seu papel social, resultando na falta de convivências por pelo menos de uma das partes maternas, falta de apoio afetivo, moral e psíquico da criança o que acarreta violação dos direitos próprios da personalidade humana. No seio da família o filho é protagonista, a convivência se faz importante, pois é na família o lugar privilegiado, onde se estabelece o desenvolvimento do caráter.

Os pais têm por obrigação o dever legal de cuidar e participar da formação dos filhos, sejam pais casados ou separados, a não participação na vida emocional dos filhos pode trazer uma série de consequências prejudiciais psicológicas interferindo no processo de desenvolvimento da personalidade do indivíduo, em suas capacidades sociais, tendo em vista que a família é o primeiro local em que o indivíduo se relaciona. Destarte, a não participação dos pais de forma afetiva, consciente e livre, configura abandono afetivo parental, podendo inclusive ensejar responsabilidade civil, ou seja, a indenização por dano moral.

A responsabilidade civil preceitua-se na obrigação ao agente causador em responder pelos atos praticados a terceiros. O abandono afetivo, por sua vez, trata-se de um inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade, entendendo que seu campo não se remete efetivamente a moral, pois lhe confere consequências jurídicas que não são desvinculadas. Sendo assim, o abandono afetivo se demonstra pela ingerência ou até mesmo omissão dos pais com a obrigação legal, tolhendo direitos fundamentais dos filhos.

O artigo art. 229 da Constituição Federal dispõe que aos pais incumbe cuidar, assistir e educar os filhos. Tal disposição deve ser analisada de acordo com os princípios constitucionais. Nesse sentido, Maria Berenice Dias nos informa que:

Neste extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. (DIAS, 2009, p.388)

Ao juízes se reserva o grande desafio de operar as ações judiciais a fim de impossibilitar a banalização do instituto do dano moral por via do abandono afetivo, a justiça não pode ser uma entidade de ganhos financeiros, não sendo um instrumento de obtenção de lucros, mas sim a justiça através de sua prestação jurisdicional, cumprir seu papel precursor, e o Estado- Juiz atuar de maneira fundamental nesse contexto, analisando cada caso com o devido bom senso processual pontuando-se pela percepção da razoabilidade, e proporcionalidade de suas decisões.

4 A EXCLUSÃO DA PARENTALIDADE CONSANGUÍNEA POR ABANDONO AFETIVO

Uma vez reconhecido a possibilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo surgem, como consequências desse abandono, inúmeras outras implicações como a possibilidade de retirada do sobrenome paterno do nome civil do filho que, abandonado afetivamente, enxerga, naquele sobrenome reflexos psicológicos e emocionais sofridos em decorrência do abandono ao qual foi submetido pela negligência e irresponsabilidade de seus genitores.

Todavia, a Lei nº 6.015 de 1973 (Lei de Registros Públicos) é taxativa ao dispor das possibilidades de alteração nos registros civis, bem como, pauta-se no princípio da

imutabilidade do nome, que por várias vezes é utilizado pelo judiciário como argumento para o indeferimento do pedido de retificação do nome.

Entretanto, já houve decisões entendendo não ser absoluta a imutabilidade do nome em casos de razões pessoais e psicológicas, onde existe uma repulsão da pessoa para com seu nome.

É verídico que tais hipóteses se equiparam as razões ensejadoras da vontade do filho abandonado afetivamente de ter extraído de seu nome o sobrenome de seu genitor. Sobrenome este que lhe causa mal-estar pessoal e, mesmo que lhe conferi identidade hereditária, não há qualquer identificação pessoal para com o genitor, uma vez que lhe faz lembrar à dor e à angústia decorrente das marcas psicológicas provocadas pelo abandono afetivo sofrido.

Assim, a doutrina e a jurisprudência têm como posicionamento a aceitação de ligações familiares não sanguíneas, tendo por exemplo, ao padrasto ou madrasta o status de pai ou de mãe em todos seus direitos e deveres. Do mesmo modo, foram determinadas penalidades e até mesmo a perda do poder familiar aos pais que não cumpriram com seus deveres, corroborando para a ocorrência do abandono afetivo.

Reconhecendo o abandono afetivo, seria desatino compelir o indivíduo que já sofreu com a ausência daqueles que mais deviam lhes dar carinho e apoio a levar consigo um patronímico que lhes recorda constantemente a relação dolorosa a que foram submetidos.

Na Apelação Cível nº 70011921293/SR, a recorrente objetiva a retirada do nome de família paterno de seu registro, tendo em vista a ocorrência do abandono afetivo. Seu pedido foi julgado improcedente em primeira instância, inconformada apelou da decisão.

Segundo a recorrente, ela "carrega o sobrenome do pai sem que este nada signifique de bom em sua vida, marcada pela total ausência e abandono paterno" e, ainda afirma que "o sobrenome do pai só lhe traz desconforto e abalo emocional". Por fim, assevera que "o registro civil deve espelhar a dinâmica da vida, e não a situação estática do momento do lançamento" e que "não se trata de mero capricho ou burla à lei, mas, sim, de eliminar a causa de forte angústia e desconforto moral".

Nestes termos é ementa da referida decisão:

REGISTRO CIVIL. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL AMPARADA NO ART. 58 DA LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS. Uma vez que o patronímico paterno representa constrangimento para a apelante, pela rememoração

da rejeição e do abandono afetivo e, considerando que a exclusão não interfere na sua identificação no meio social, onde é conhecida pelo sobrenome materno, na linha adotada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é de ser reconhecida, na hipótese dos autos, a situação excepcional prevista no art. 58 da LRP, que autoriza a alteração do sobrenome. Deram provimento. Unânime. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70011921293. Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/10/2005)

O relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos assistiu razão à apelante quanto ao mérito. Ao proferir seu voto argumentou:

O abandono e a ausência paterna nos mais importantes momentos de sua vida são razões juridicamente relevantes, a ensejar a supressão judicial do patronímico paterno e não podem ser desconsideradas pela simples aplicação do princípio da imutabilidade. A querela envolvendo o nome da pessoa, quando invocadas razões íntimas e dolorosas de rejeição e abandono afetivo pelo pai, requer cotejo mais amplo do que a mera subsunção às normas registrais. No caso dos autos, a apelante provou, já na inicial, que é conhecida e identificada no seu meio social apenas com o sobrenome materno. Não havendo risco de lesão a terceiros de boa-fé (fls. 42/48), não há razão plausível para obstar a supressão pleiteada, uma vez que o princípio da imutabilidade vem sendo relativizado, em consonância com a nova ordem jurídico-constitucional que alçou o nome a direito da personalidade, afeto à dignidade da pessoa humana. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70011921293. Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/10/2005)

Assim, o ilustre relator conheceu do recurso e deu provimento, autorizando, portanto, a supressão do patronímico paterno do nome civil da apelante.

Os Ministros da Sétima Câmara Cível, de modo unânime, acordaram em conhecer e dar provimento ao recurso, acompanhando o voto do relator.

Nesse mesmo sentido é a decisão do STJ no RESP 1304718/SP:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REGISTRO CIVIL. NOME. ALTERAÇÃO. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. ABANDONO PELO PAI NA INFÂNCIA. JUSTO MOTIVO. RETIFICAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 56 E 57 DA LEI N.º 6.015/73. PRECEDENTES. 1. O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro. 2. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família, ou, ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público. 3. Caso concreto no qual se identifica justo motivo no pleito do recorrente de supressão do patronímico paterno do seu nome, pois, abandonado pelo pai desde tenra idade, foi criado exclusivamente pela mãe e pela avó materna. 4. Precedentes específicos do STJ, inclusive da Corte Especial. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1304718/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 05/02/2015)

Em julgamento recente, o STJ julgou Recurso Especial que pedia a alteração do prenome, escolhido e registrado pelo abandonante, segue a ementa:

CIVIL.RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE SUPRESSÃO DE PRENOME. CONSTRANGIMENTO. COMPROVAÇÃO. PRENOME UTILIZADO NO MEIO SOCIAL E PROFISSIONAL DIVERSO DO CONSTANTE NO REGISTRO DE NASCIMENTO. PATRONÍMICOS. MANUTENÇÃO. PREJUÍZO A TERCEIROS. BOA-FÉ. ALTERAÇÃO DO NOME. JUSTO MOTIVO. RECURSO PROVIDO. 1. “A regra da inalterabilidade relativa do nome civil preconiza que o nome (prenome e sobrenome), estabelecido por ocasião do nascimento, reveste-se de definitividade, admitindo-se sua modificação, excepcionalmente, nas hipóteses expressamente previstas em lei ou reconhecidas como excepcionais por decisão judicial (art.57, Lei 6.015/75), exigindo-se, para tanto, justo motivo e ausência de prejuízo a terceiros” (REsp 1138103/PR, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/09//2011, DJe 29/09/2011). 2. O art.57 da Lei nº6.015/1973 prevê a possibilidade de o juiz a que estiver sujeito o registro, após audiência do Ministério Público, determinar a alteração posterior de nome, de forma excepcional e motivada. Por sua vez,

o art.1.109 do CPC/1973, ao tratar dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, dispõe que “ o juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”. 3. Assim, é possível que o magistrado, fundamentadamente e por equidade, determine a modificação de prenome ou patronímico da parte requerente. 4. No caso dos autos, há justificado motivo para alteração do prenome, seja pelo fato de a recorrente ser reconhecida em seu meio social e profissional por nome 61 diverso do constante no registro de nascimento, seja em razão da escolha do prenome pelo genitor remetê-la a história de abandono paternal, causa de grande sofrimento. 5. Ademais, a exclusão do prenome não ocasiona insegurança jurídica nas relações cíveis, sobretudo porque inalterados os patronímicos da recorrente. 6. Recurso especial provido para restabelecer o disposto na sentença. (STJ, 4ª Turma. REsp 1514382 DF 2015/0032344-2. Rel. Min. ANTÔNIO CARLOS FERREIRA. J. 01/09/2020)

Contudo, constata-se que, quando a vítima de abandono requer a alteração do registro civil, ela apenas está documentando a realidade familiar por ela vivida, não devendo, assim, ter seus direitos retirados.

5 A MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS NO DIREITO BRASILEIRO

A multiparentalidade é uma forma de reconhecer no campo jurídico o que ocorre no mundo dos fatos, ter simultaneamente, mais de um Pai e/ ou mais de uma mãe. Desta forma, está caracterizada a multiparentalidade quando em um só filho, houver três ou quatro pais, sendo: dois casais ou duas mães e um pai, ou dois pais e uma mãe, desde que reconhecidos pelo direito. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves⁴ define que “a multiparentalidade, pois, consiste no fato de o filho possuir dois pais ou mães reconhecidos pelo direito, biológico e o socioafetivo, em função da valorização da filiação socioafetiva”.

Neste caso haverá um biológico ou registral e um afetivo.

Após a concretização da multiparentalidade, todos terão direitos e obrigações quando ao filho, da mesma forma que o filho poderá pleitear de todos os pais obrigações decorrentes da filiação.

Afirma a existência do direito, a convivência familiar que a criança e o adolescente exercem por meio da paternidade biológica em conjunto com a paternidade socioafetiva.

Contudo, a legitimação da paternidade/maternidade do padrasto ou madrasta que ama, cria e cuida de seu enteado (a) como se seu filho fosse, enquanto que ao mesmo tempo o enteado (a) o ama e o (a) tem como pai/mãe, sem que para isso, se desconsidere o pai ou mãe biológicos. A proposta é a inclusão no registro de nascimento do pai ou mãe socioafetivo permanecendo o nome de ambos os pais biológicos, invocando os princípios da dignidade humana e da afetividade para ser garantida a manutenção ou os estabelecimentos de vínculos parentais.

A psicanalista Giselle Câmara Groeninga nos adverte que:

A questão dos afetos merece ainda atenção especial, pois, talvez, pela resistência que tenhamos em reconhecer as qualidades agressivas, que todos nós possuímos, tendemos, no senso comum, e mesmo pela herança filosófica, a equiparar o amor ao afeto. Muitas vezes idealizando a família como reduto só de amor. Idealização que se quebra quando nos defrontamos com a violência dos conflitos familiares. A função da família está mais além do amor – está em possibilitar as vivências afetivas de forma segura, balizando amor e agressividade, inclusive para que as utilizemos como matéria-prima da empatia, capital social por excelência. Os afetos são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos, dos desejos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas, objetos, significativos. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações e, ainda, influenciam nossa forma de interpretar o mundo. (GROENINGA, 2004,p.259-260).

Na mesma linha expõe Fachin:

A verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles em que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que

reflete aqueles sentimentos. Outro pai, nova família. (FACHIN, 1996, p.56).

A questão da multiparentalidade chegou até o Superior Tribunal de Justiça e, na maioria das vezes, a Corte não permitiu o acolhimento de teses que albergassem a constituição de mais de dois vínculos parentais, decidindo pela prevalência de uma das paternidades sobre a outra. Por fim, após o reconhecimento da repercussão geral da matéria, o Relator na Suprema Corte, Ministro Luiz Fux, julgou o Recurso Extraordinário 898.060/SC, deixando explícito que a paternidade socioafetiva existe e é válida, independentemente de registro a atestando, defendendo a possibilidade de concorrência entre mais de um vínculo paternal/maternal, aplicando os princípios constitucionais do melhor interesse da criança e adolescente, da dignidade humana e da busca pela felicidade.

Em destaque sobre o título multiparentalidade, não se pode negar a responsabilidade em questão do movimento de responsabilização do Direito Civil, com a constitucionalização da percepção sobre o tema multiparentalidade, e diante dos princípios constitucionais que referem a dignidade da pessoa humana, proteção da pessoa, tal estudo ocupa hodiernamente um local relevante no Direito Civil. Contudo, em outras palavras, pode-se constatar de imediato, que sobretudo o viés patrimonial, dentro de uma perspectiva medológica, tem se sobressaindo dentro do ordenamento jurídico.

Destarte, deve-se entender que o Direito de Família, no caso a multiparentalidade, tem a necessidade de ser analisada, dentro do prisma da constituição federal, trazendo um novo dimensionamento deste comportamento metológico, do reconhecimento das relações jurídicas e dos direitos subjetivos, no que pode manifestar-se a eficácia patrimonial, não podendo ser este o objetivo que justifique grande preocupação jurídica e a atribuição de efeitos dada as relações sociais.

Sendo assim, com a resignação do novo efeito da formação familiar, inferem-se novas percepções de ordem existencial e material. Há necessidade da constitucionalização do Direito de Família, devido o direito civil estar expresso na constituição, estreitou os temas jurídicos mais relevantes, em prol de garantir efetividade. Observa-se que diante do novo texto constitucional, a intervenção do Estado nas relações de direito privado, do consentimento de consolidação das instituições de direito civil, imprescindível ao operador do direito, desenhar novamente confeccionado Direito Civil á Luz da constituição.

Todavia, a família na contemporaneidade, passa por uma transformação social, que ocorre em todo mundo, resultando em modificações na estrutura familiar. Sendo assim, tem-se a família não como apenas um modelo, mas sim como um conjunto de rearranjos familiares encontrados na sociedade. Nota-se que o ordenamento jurídico não consegue acompanhar e abraçar a complexidade da vida social, tendo a família sentido neste contexto reflexos em meio tantas transformações, ainda mais após o advento da constituição de 1988, e dos princípios fundamentais que norteiam o direito. Sendo assim, fomentou-se o fenômeno da constitucionalização do Direito de Família, em que se rompeu vários paradigmas, oportunizando uma evolução nos conceitos jurídicos de família e filiação.

Dentro deste contexto, explicita GUSTAVO TEPEDINO:

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, instase ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo entendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada a situação jurídicas patrimoniais. (TEPEDINO, 2004,p22)

Logo as famílias passaram a ser regidas pelo afeto majoritariamente, dentro do contexto dos fundamentos da dignidade da pessoa humana com liberdade do planejamento familiar, tal princípio é considerado como um dos grandes pilares do ordenamento jurídico contemporâneo.

Nesse diapasão, segue MARIA BERENICE DIAS:

É o afeto que organiza e orienta o desenvolvimento da personalidade e assegura o pleno desenvolvimento do ser humano. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. (DIAS,1999,p 54)

Devido ao princípio da afetividade houve a possibilidade de alteração do registro civil para refletir a realidade socioafetiva familiar, podendo o assentamento do registro apresentar até duas filiações, a biológica e a afetiva. O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte proferiu decisão no sentido de registro de ambos os patronímicos, onde a apelante requereu a inclusão de sobrenome de ambos os pais socioafetivos, mantendo ainda os patronímicos dos pais biológicos. Veja-se:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. REGISTRO PÚBLICO. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO PATRONÍMICO PARA CONSTAR O SOBRENOME DOS PAIS SOCIOAFETIVOS. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO REGISTRO PÚBLICO. SUPREMACIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA AFETIVIDADE. NOME QUE DEVE REFLETIR REAL CONJUNTURA FAMILIAR DO INDIVÍDUO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. (TJRN, 1ªCC. AC nº20150140496 RN. Rel. Des. ROBERTO GUEDES. J. 07/04/2016.)

Portanto, nota-se de maneira comprovada que a luz dos princípios constitucionais, em referência a convivência e solidariedade familiar, em destaque a afetividade, estão intrinsecamente ligados em toda estrutura familiar, sendo exposto que a constituição das relações familiares e socioafetivas em consonância com a afetividade que organizam o rearranjo da família multiparental.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No campo dos Direitos da Personalidade, o afeto tem influenciado na alteração do registro civil, seja para incluir a filiação, quanto para alterar o nome retirando o patronímico do genitor nos casos de abandono afetivo. Apesar do princípio da inalterabilidade do nome, a doutrina e jurisprudência têm entendido que a relação de afeto é causa justificadora para alteração do registro civil e do nome.

Apesar da ausência de previsão legal, tribunais já tem se posicionado no sentido de possibilitar sanções como reparação civil, além de entender o abandono afetivo como justo motivo para alteração do registro civil para os abandonados.

A afetividade, portanto, é o vínculo que se espera nas interações dos conjuntos vivenciados na forma de emoções e de sentimentos, demonstrando de maneira real os valores nas relações sociais sadia.

Neste sentido, é certo que os laços afetivos advindos da criação, constituída em âmbito familiar, geram repercussões na identidade e na vida dos filhos. O caráter de responsabilidade afetiva dentro da multiparentalidade ressalta-se como uma estruturação psíquica, em que cada ente os quais são elementos importantes na construção da afetividade, tendo cada membro vindo a ocupar um lugar, uma função elementar nas vivências, não sendo necessários que tais membros estejam ligados biologicamente.

Assim, tendo em vista o interesse social por intermédio da ausência de prejuízo ao interesse de terceiros, privilegia-se o indivíduo, concedendo-lhe a possibilidade de fruir dos direitos de sua personalidade de forma completa e digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 03 Abr. 2021.

_____. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Registros Públicos**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015original.htm. Acesso em 24 de Abr. 2021.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 26 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70011921293. Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/10/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal RE 1304718/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, terceira turma, julgado em 18/12/2014, DJe 05/02/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 22.9.16.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. REsp 1514382 DF 2015/0032344-2. Rel. Min. Antônio Calos Ferreira. J. 01/09/2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Sociedade de afeto: um nome para a família**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. I, n. 1, abr./jun., 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 56.

GONÇALVES, Carlos Roberto . **Direito Civil Brasileiro** . Volume VI - Direito de Família - 11. Ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. volume 6. 15.ed. – São Paulo: Saraiva, Educação, 2018. p.20.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) Afeto, ética, família e o novo código civil. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Anais IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 152.

OLIVEIRA, Isadora Maria Tavares de. **A multiparentalidade e seus efeitos jurídicos no direito brasileiro contemporâneo**. 2018. 80 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (1ª Câmara Cível). Apelação Cível nº20150140496 RN. Relator Desembargador ROBERTO

GUEDES. Julgado em: 07/04/2016. **JusBrasil**: Jurisprudência. Disponível em: <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/334796580/apelacao-civel-ac20150140496-rn/inteiro-teor-334796591> . Acesso em 03/04/2021.

TARTUCE, Flávio. **Artigo Novos Princípios do Direito de Família**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2>. Acessado em 25 Abr. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares**. In: Temas de Direito Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZALCMAN, Vivian Gerstler; SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. A alteração do nome: **o abandono afetivo e o vínculo socioafetivo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-28/direito-civil-atual-alteracao-nome-abandono-afetivo-vinculo-socioafetivo>. Acesso em 22 de Abr. de 2021.

A RELAÇÃO ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

KARINA PAULA DE ANDRADE:
Bacharelada do curso de Direito pela
Universidade Brasil.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN
(orientador)

RESUMO: O intuito do presente artigo é abordar a situação da judicialização da política brasileira, que nos dias de hoje está presente em nossa sociedade. A conclusão do referido artigo tem por objetivo analisar se a situação da judicialização da política constitui uma defesa à Constituição Federal ou um abuso de Poder que de certa forma é uma afronta a teoria da tripartição entre poderes. É importante destacar-se como se deu o desenvolvimento do Princípio da Separação entre os Poderes, afim de se obter uma abordagem filosófica ao artigo. A abordagem da diferença e as semelhanças existentes entre o ativismo judicial e a judicialização da política, é importante pois trata-se de uma situação recorrente no Brasil. O presente artigo trará a menção da judicialização da política no Brasil desde a época dos primórdios, trazendo à atuação do Judiciário em diferentes épocas no país, para que possa ser compreendido a atual conjuntura do mesmo. Por fim, nas considerações finais será apresentado uma resposta ao título do presente trabalho. Para a realização do estudo foi utilizado o método hipotético-dedutivo, de caráter qualitativo, com uma abordagem jurídica, filosófica e sociológica, de cunho bibliográfico e documental.

Palavras chave: Separação de Poderes. Supremo Tribunal Federal. Judiciário. Judicialização.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 OS PODERES E SUA SEPARAÇÃO. 3 ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS. 4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O artigo científico apresentado visa discorrer sobre o protagonismo do Poder Judiciário, que nos últimos anos vem desempenhando um papel cada vez mais importante na vida institucional brasileira, papel de destaque este conhecido como judicialização da política. Constitucionalistas chegam a afirmar que o Brasil está vivendo um sistema de governo não democrático, baseado em decisões de juízes, magistrados, desembargadores como tantos outros integrantes do judiciário, ou seja, um sistema de governo em que o poder de decisão fica pertencente ao Poder

Judiciário, ferindo assim, a separação entre os três poderes, que deveriam ter a essência de serem independentes e harmônicos.

Com o objetivo de possibilitar uma conclusão se a prática da judicialização da política no Brasil é considerada uma defesa aos princípios constitucionais ou um abuso de poder, será destacado no decorrer do artigo pontos positivos e negativos da utilização de tal artifício pelo Judiciário nacional na figura do Supremo Tribunal Federal.

Para uma melhor análise do tema, é importante entender a conceitualização da Separação dos Poderes, desde o início conforme introduzido por Montesquieu, utilizando de base científica os conhecimentos trazidos em suas obras, mais precisamente o livro "O Espírito das Leis" no qual pretende distribuir as competências do poder uno e indivisível, pertencente ao Estado, conforme trás o parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Federal, para organizar de acordo com as funções de governar, legislar e julgar. Buscar entender e trazer a evolução histórica do Poder Judiciário, desde o período colonial quando os juízes eram subordinados às decisões da Corte portuguesa, até a promulgação da Constituição de 1.988, que trouxe o fortalecimento do Tribunal Federal e marcou a redemocratização brasileira, a identificação de pontos cruciais de cada período se faz necessário para obter a compreensão e a atuação do referido poder em cada época e, também alguns dos conceitos acerca da tripartição trazidos pelos federalistas americanos, no que tange às funções típicas e atípicas dos poderes.

O artigo abordará as principais diferenças entre os dois processos jurídicos que tem seus conceitos constantemente confundidos, porém são praticados e utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, sendo eles ativismo judicial e a judicialização, será exposto as distinções de ambos os conceitos com o objetivo de possibilitar a criação de um conhecimento específico sobre a judicialização.

Feito a organização dos conceitos e acontecimentos, será feito uma abordagem, às principais causas da judicialização da política brasileira, trazendo como parâmetro a obra do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Senhor Luís Roberto Barroso, para que assim possa ser identificado tais causas da judicialização, e ser possível elencar as consequências positivas e negativas desse fenômeno.

As conclusões presentes do estudo, revelarão se a prática da judicialização visa a defesa dos princípios constitucionais ou se ela se configura realmente em abuso de poder que destrutura completamente a harmonia entre os poderes, trazendo alguns questionamentos acerca de um possível desenvolvimento positivo da judicialização no Brasil.

Para a realização do trabalho a ser apresentado, será utilizada como base comentários e obras de profissionais da área jurídica, profissionais da área política como forma de facilitar a compreensão do tema, tecendo para uma abordagem mais filosófica, sociológica de cunho bibliográfico e documental, utilizando-se de um método qualitativo, hipotético-dedutivo, o tema, conceitos e considerações propostas no artigo é de extrema relevância e o entendimento do mesmo precisa ser tratado como urgente, haja vista a nítida crise e tensão entre os poderes constituídos.

2 OS PODERES E SUA SEPARAÇÃO

Antes de adentrar aos conceitos destaca-se o trecho da obra "O Espírito das Leis" de Montesquieu (1999, p.118):

A experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a dele abusar, vai até onde encontra limites. Até a virtude, quem diria, necessita de limites! Para que não possa abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga a não fazer as que a lei permite.

No decorrer da história da filosofia e da ciência política a Separação dos Poderes é considerada um dos temas de maior relevância abordados por nomes ilustres de estudiosos como: Aristóteles, John Locke, Montesquieu, que sempre buscaram na importância do princípio da separação dos poderes a construção de um Estado harmônico e que possuísse uma organizada distribuição de competências.

O filósofo grego Aristóteles, em sua obra "A Política", explanou sobre que a existência de três órgãos separados a fim de organizar o poder do Estado, veio desde a Antiguidade Clássica, que seriam: Poder Deliberativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Para ele o Poder Deliberativo, era soberano, pois o mesmo decidia as questões do Estado, o Poder Executivo, tinha a responsabilidade de aplicar as decisões provenientes do Poder Deliberativo e a função jurisdicional era dada ao Poder Judiciário.

É importante frisar que Aristóteles não finalizou uma formulação completa em relação a separação dos poderes do Estado, porém a sua considerável contribuição representa um entendimento mais amplo do tema, no sentido de demonstrar as diferentes competências do governo, além de enfatizar a importância de atribuir apenas à uma pessoa o exercício pleno do poder.

Em seu artigo científico apresentado para a Escola Superior do Ministério Público do Ceará e Universidade Estadual do Ceará, Maria Costa Barbosa, traz as considerações de Dallari (2000, p.216-217), onde o mesmo faz referência a Aristóteles, afirmando que:

O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só individuo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem prevesse tudo o que nem a lei pode especificar.

Já na importante obra de Maquiavel, "O Príncipe" (2007), no século XVI, também optou por um modelo de separação de poderes, no qual revelou uma França, com três poderes distintos: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. O Poder Legislativo, representado pelo Parlamento, aquele responsável por criar leis, o Poder Executivo, materializado na figura do Rei, com a função de governar e administrar os interesses públicos, por fim, um Judiciário autônomo que tinha atribuída a função jurisdicional.

A partir das delimitações dessas funções seria então realizada a distribuições de competências de modo que cada um dos poderes fosse exercido por agentes específicos sendo os mesmos responsáveis por realizar os ofícios destinados à aquela função. A pretensão de Maquiavel em relação a Separação dos Poderes, era beneficiar o Rei, acreditando que sem ter que decidir conflitos, editar leis ele estaria se poupando de uma deterioração de imagem.

Em suas considerações Locke, defende a separação dos três poderes em: Poder Executivo, Legislativo e Poder Federativo, com a abordagem que o Legislativo seria responsável pela elaboração das leis, onde deveria ser superior aos demais, pois todos precisariam ser submetidos a essas leis e às mesmas ter a finalidade de trazer o bem ao povo, já o Poder Executivo em sua concepção era incumbido de executar, aplicar essas leis, já a função de regular as relações internacionais do governo era atribuído ao Poder Federativo, poder este que deveria estar vinculado com o Poder Executivo.

Não distante dos raciocínios anteriores expostos Montesquieu, também defendia que todo Estado deveria ter suas funções estatais básicas de legislar, governar e julgar bem definidas, com distribuição de poder, função, e competência à agentes responsáveis para as funções específicas, assim surge os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sobre isso, o autor ratifica: "Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse esses

três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar crimes ou as divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU, 1960, p.149).

Os três poderes para Montesquieu, tinham forças iguais, sendo eles os responsáveis finais por manter a ordem, a harmonia e, estabelecer o controle das suas respectivas ações, com o propósito de que nenhum poder iria interferir a decisão e atitudes do outro. Para manter a ordem e o equilíbrio da tripartição dos poderes, Montesquieu criou os sistemas de freios, as chamadas faculdades de estatuir e impedir que possibilitava a interação e o controle recíproco entre os Poderes.

No estudo de filosofia da obra de Montesquieu e O Espírito das Leis (1998, p.174), o site Proenem.com.br, faz menção ao conceito das faculdades de estatuir e impedir da seguinte forma:

Chamo faculdade de estatuir ao direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo faculdade de impedir ao direito de anular uma resolução tomada por outrem; o que era o poder dos tribunos de Roma. E ainda que aquele que possua a faculdade de impedir também possa ter o direito de aprovar, no entanto, esta aprovação não é mais do que uma declaração de que ele não faz uso da faculdade de impedir e deriva desta faculdade.

Quando o poder é titular final de uma determinada função, dando-se a ele a última palavra acerca dos atos a ele competentes chama-se a faculdade de estatuir. Já na faculdade impedir a mesma estaria relacionada com a capacidade de um poder em intervir no outro conforme o exercício de sua função, são os denominados freios e contrapesos trazidos pela doutrina, como um exemplo deste mecanismo, como por exemplo no âmbito estatal seria o veto presidencial a alguma proposta legislativa.

Para conceitualizar a questão dos freios e contrapesos, a brilhante explicação de Dallari (1991, apud, LENZA, 2011, p.424), faz com que fique simplificado a presente “teoria”:

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no

momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.

É em decorrência disso que surgirão fundamento posteriormente a Montesquieu pelos federalistas americanos na conhecida obra "O Federalista", com conceitos das funções típicas e atípicas dos poderes. Onde a função típica é aquela relacionada com aquele determinado poder, podendo trazer como exemplo as funções de legislar do Poder Legislativo, diante do oposto da função atípica, tendo como exemplo a capacidade de iniciativa prática legislativa pelo Poder Executivo.

Dessa possibilidade de um poder invadir a esfera do outro poder, em decorrência do exercício da função atípica, apesar do mecanismo que auxilia na fiscalização recíproca dos poderes, houve uma provocação negativa, ao longo da história dos Estados Constitucionais, este processo que era temido por Montesquieu, pois o mesmo era contra a quebra do equilíbrio, devido a um relativo domínio entre um poder junto a outro.

O excesso de poder faz com que o indivíduo tenha tendência de abusar deste poder, onde para evitar este "abuso" se tem a noção da distribuição do poder, mas mesmo o princípio da separação dos poderes ter se tornado elemento constitucional, não se pôde evitar o processo de prevalência de um poder sobre os outros, mesmo que de forma sutil, ao longo da história.

Na Idade Moderna consegue se obter uma melhor ideia do processo na formação dos Estados, pois se tem um Estado Liberal, onde se preponderava o poder da função Legislativa, após isso se tem o Estado Social, onde era predominante a pratica do Executivo, trazendo assim no Estado pós Segunda Guerra, onde se tem o Poder Judiciário prevalecendo em relação aos demais poderes, fazendo assim surgir o Estado Democrático de Direito, sendo essa a última conformação estatal.

Desde o século XIX que o princípio da separação dos poderes se tornou um dogma constitucional, mesmo havendo a existência de novas formas de poder a tão respeitada tripartição de poderes de Montesquieu ainda é protegida e priorizada em boa parte dos Estados Constitucionais espalhados pelo mundo.

É notório o predomínio do Judiciário dentro da tripartição dos Poderes acabando assim por gerar processos de judicialização da política, que são caracterizados pela intervenção maior do judiciário em praticas sociais, provocando um desequilíbrio no exercício das funções estatais. Porém, antes de adentrar ao fenômeno da judicialização da política, é importante destacar as diferenças entre ativismo judicial e a judicialização que são frequentemente confundidos, entretanto extremamente diferentes.

3 ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS

Duas práticas realizadas pelo Poder Judiciário frequentemente, que irão ser responsáveis por aumentar a influência do mesmo dentro do âmbito estatal são conhecidas como ativismo judicial e a judicialização. Para que se possa observar as diferenças entre tais práticas, serão brevemente mencionados os conceitos de ambas, para que possa assim posteriormente, determinar de maneira objetiva a diferença entre elas.

“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas” (BARROSO, 2012, p.25). Conforme já sanado pelo Advogado Constitucionalista e atual Ministro Doutor Luís Roberto Barroso, apesar de parecidos, o ativismo judicial e a judicialização não são a mesma coisa.

Ainda segundo o ilustríssimo professor Barroso, o ativismo judicial surgiu em uma época de revoluções nos Estados Unidos quanto a produção de uma jurisprudência progressista no que concerne aos direitos fundamentais:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...)Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até

porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

O fenômeno jurídico ativismo judicial, tem sua origem relacionada aos Tribunais e Supremas Cortes norte-americanas, onde houveram vários debates em relação aos Poderes Legislativos e Executivos que foram decididos pela determinação do Poder Judiciário. Um dos conceitos de ativismo judicial trás que o mesmo está atrelado a uma atitude de um Tribunal ou de um Jurista, acerca das suas interpretações de Leis e da Constituição, sendo que tal interpretação pode ampliar o alcance de normas dentro do ordenamento jurídico, fazendo assim com que o mesmo atue fora da legislação, não possuindo assim o devido respaldo legal.

Para Elival, deve-se entender de ativismo judicial o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferarção (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com inclusão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Barroso explica que tal fenômeno se manifesta por meio de diferentes maneiras que incluem, (i) *a aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;* (ii) *a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição;* (iii) *a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.*

Pode-se dizer que o ativismo, é caracterizado pela atitude do judiciário em adotar uma interpretação específica em relação as Leis, mesmo que estas interpretações não sejam garantidas pela legislação, fazendo assim com que o Judiciário passe a criar uma ideia própria diante do ordenamento jurídico, sendo considerada uma interpretação ampla e legal, mas que na maioria dos casos, não compõe a lei.

A prática ativista vem se estabelecendo dentro do contexto nacional, por parte do Judiciário, na medida em que se tem cada vez mais a presença de ações do Supremo Tribunal Federal adotando medidas de interpretações próprias acerca das legislações e processos legislativos, ampliando assim tais normas e direcionando a elas novas noções sem o consentimento do titular final dessa função, o Poder Legislativo.

Dentro do ordenamento jurídico nacional, um exemplo de prática ativista é a de declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, previsto no artigo 2º, da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº8.072/1990). No entendimento do Supremo Tribunal Federal, o dispositivo infringe o princípio do direito à individualização da pena, que é trazido no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, da Constituição Federal.

Em outra vertente, a judicialização se caracteriza pela grande influência e ação do Poder Judiciário nas questões político-sociais, tendo esse destaque pela resolução de tais questões de maneira judicial.

Maciel e Joerner, definem a judicialização tanto pela propagação da ação e da influência do Poder Judiciário na função dos demais poderes, como também o aumento de processos judiciais realizados (2002, p.115)

Na judicialização o Judiciário é visto como o grande responsável por solucionar todos os questionamentos das questões político-sociais da sociedade, interferindo em funções e atividade que são exercidas pelos outros poderes.

Diante o exposto, tem-se uma politização da justiça sempre que o Judiciário passa a atuar como uma espécie de "órgão político", ficando responsável por analisar as práticas dos Poderes Legislativo e Executivo, buscando confrontá-las segundo as normas da Constituição, em consequência disso a "difusão do Judiciário no processo de decisão das democracias atuais" (DE ARAGÃO, 2013, p.66).

Pode-se notar que o ativismo e a judicialização são constantemente praticadas pelo Judiciário, e nota-se que as mesmas são práticas distintas, sendo uma caracterizada pela atuação do Judiciário além da legislação, sem respaldo legal e promovendo uma ampliação das normas jurídicas e de suas interpretações, enquanto que esta enaltece a ação do Judiciário além de suas competências, interferindo em decisões políticas dos demais poderes, fazendo assim que questões políticas que poderiam ser analisadas pelo Congresso Nacional ou pelo Poder Executivo, passem a ser decididas pelo Poder Judiciário. É importante frisar que ambos os fenômenos são praticados em diversos ordenamentos jurídicos e contribuem para o crescimento do Poder Judiciário dentro do Estado.

Lênio Streck, aponta a diferença entre a judicialização e ativismo judicial afirmando que, *um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrado); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional[...].*

Com a abordagem estudada das distinções dos fenômenos jurídicos, no próximo tópico será abordado o desenvolvimento da judicialização da política no Brasil na figura do Supremo Tribunal Federal, buscando apresentar os aspectos positivos e negativos dessa influência do Poder Judiciário dentro dos processos políticos nacionais.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 60, §4º, inciso III, ensina que não é possível a anulação da Separação dos Poderes. É visível a falta de harmonia entre os Três Poderes no Brasil, e sabe-se que nenhuma Emenda foi criada para este propósito. Os atritos se dão, principalmente, pela ação do Judiciário diante dos outros poderes, onde nota-se encaminhamentos de questões Executivas e Legislativas para este poder. Uma análise dos antecedentes históricos do Poder Judiciário no Brasil, pode clarear a visão do porque este prevalecimento acontece nos dias atuais.

Antônio Carlos Wolkmer, menciona que nos anos de 1500 até 1815, conhecido como período colonial, o Poder Judiciário Brasileiro era totalmente submisso às decisões dos portugueses que aqui viviam, já que o direito do Brasil era baseado nas Ordenações Portuguesas, é importante salientar que inclusive, as Ordenações Filipinas também foram vigentes no Brasil até 1916, com a incrível criação do Código Civil Brasileiro (2007, p.300).

Em 1822, após a Independência do Brasil, foi apresentada a primeira Constituição, marcando a criação de um Estado Monárquico e Unitário comandado pelo Imperador Dom Pedro I. A Constituição de 1824 determinou a divisão entre quatro poderes, sendo eles: Executivo, Judiciário, Legislativo e Moderador, porém, na prática a atuação era apenas dos poderes Executivos e Moderador que era vinculados na figura do Imperador. O Poder Judiciário só atuava de forma nacional, devido à forma de Estado (Unitário), onde concentrava o exercício deste poder e excluía a possibilidade de uma pluralidade normativa.

Muito semelhante ao pensamento da Escola Exegese, o enfraquecimento Judiciário neste período se dava onde apenas os juízes aplicava as leis e mais nada.

O Estado Unitário Brasileiro deixou de existir após a proclamação da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1889, para o nascimento de uma Federação. A

transformação das Províncias em Estados Federados, permitiu uma organização dualista em âmbito Federal e Estadual do Poder Judiciário.

A criação da Justiça Federal, foi em 1890, sendo o Supremo Tribunal Federal um dos seus componentes. A partir daí houve o fortalecimento do Poder Judiciário Brasileiro, tendo como protagonista o órgão máximo desse poder, o Supremo Tribunal Federal, era composto por quinze Ministros, indicados pelo Presidente, com a Constituição de 1891, os indicados eram dotados de mandatos vitalícios e de irredutibilidade de vencimentos.

Com a desvalorização do trabalhador e as péssimas condições de trabalho, que vieram como consequências do Estado Liberal de Direito e da Revolução Industrial, os movimentos proletários com objetivo o empoderamento da classe trabalhadora surgiu nas primeiras décadas do Século XX. Em resposta a esses movimentos as chamadas "constituições sociais", apresentadas pelo capitalismo visavam garantir ao trabalhador alguns direitos sociais como saúde e educação. Para exemplificar a República de Weimar, em 1919 na Alemanha desenhava de forma objetiva esse Estado Social de Direito. Já no Brasil este momento foi retratado pela promoção de Getúlio Vargas ao poder. É necessário explicar que o Poder Executivo no Brasil, teve seu fortalecimento das primeiras constituições sociais.

O período denominado de "Estado-novo", teve início no Brasil no ano de 1937, marcando o regime ditatorial de Getúlio Vargas. Devido às semelhanças e às inspirações no modelo fascista polonês, nesta época foi criada a famosa "Constituição Polaca". Segundo Aluíso Mendes, nesta Constituição, não haviam referências à separação e harmonia entre os três poderes, elevando assim a força da Presidência da República, violando o Poder e autonomia do Legislativo e de certa forma inibindo a capacidade do Poder Judiciário de julgar (2005, p.8).

Em 1946, com o término da II Guerra Mundial, uma nova onda de constitucionalismo podia se observar nos países ocidentais, incluindo o Brasil. A promoção do bem-estar humano, da dignidade, era pregado por tal constitucionalismo, de modo a garantir todos os direitos fundamentais dos indivíduos. Um ponto importante deste novo constitucionalismo que culminou o presente artigo é a competência ao Poder Judiciário de proteção da Constituição, através de Tribunais Constitucionais, com a importante função de evitar que o Poder Executivo e o Poder Legislativo não apliquem ou até mesmo burlem a Constituição.

A passagem para este novo Constitucionalismo Social no Brasil, não foi imediatamente após o fim da II Guerra, pois a Constituição Brasileira de 1946, não teve impulso para impedir que o país adentrasse novamente em um regime autoritário que

iniciaria no ano de 1964 e só terminaria em 1985. Foi vivenciado pelo Brasil no intervalo temporal de 1946 e 1985, um regime militar que não reconhecia constitucionalmente alguns direitos fundamentais conquistados anteriormente, como a privacidade e a liberdade.

Ao final da década de 1980, com o estudo e chegada da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que o país realmente alcançou o Estado Constitucional Democrático Social de Direito. O atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, explanava que a Constituição de 88 representa uma vitória do modelo democrático sob o autoritarismo imposto pela Ditadura (2008, p.16).

Ao criar um novo Estado Social de Direito, a Constituição de 1988 fortaleceu o Poder Judiciário, pois como as demais constituições sociais do mundo, ela também trazia a existência de um Tribunal Constitucional, no caso, o Supremo Tribunal Federal, que tinha a função de ser o guardião da própria Constituição.

O período de redemocratização dá início a judicialização da política brasileira, pois como já explanado em capítulos anteriores, a judicialização é caracterizada pelo aumento da influência do Poder Judiciário em funções típicas de outros poderes e, no Brasil, segundo o Ministro Barroso, existem três grandes causas da judicialização: a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade (2008, p.2).

A população passou a ser conhecedora dos seus direitos, e busca-los perante juízes e tribunais, a redemocratização deu uma nova via à cidadania, onde no mesmo período, houve uma maior relevância do Ministério Público com a expansão da atuação em áreas que não estejam apenas vinculadas ao Direito Penal, então com o aumento de procura da justiça, causada pela redemocratização fez com que o Poder Judiciário Brasileiro fosse fortalecido.

Na Constitucionalização abrangente, a judicialização é vista na transferência de inúmeras matérias que antes eram deixadas para outros poderes, para a Constituição e na mesma medida em que uma matéria é transformada em uma norma constitucional ela também se transforma potencialmente, numa pretensão jurídica. Conforme estaca Barroso:

Se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

O advogado Pinto Ferreira, destaca sobre o sistema de constitucionalidade brasileiro, onde o mesmo é analisado como um dos mais abrangentes do mundo devido à sua adesão tanto ao sistema difuso quanto ao sistema concentrado, resultando no sistema misto de controle de constitucionalidade (2011, p.9). Diante desse sistema, qualquer questão política pode ser levada ao Supremo Tribunal Federal.

Com as causas já expostas, o fenômeno da judicialização da política fica notório e, como consequência do mesmo, cada vez mais órgãos da esfera jurídica e o próprio Supremo Tribunal Federal, têm dado as últimas palavras em temas que são de competência de outros poderes, como as políticas públicas, demarcação de terras e até mesmo questões do dia-a-dia, fazendo com que o Poder Judiciário seja o protagonista entre os demais.

Eis o questionamento e uma problemática: O prevalecimento de um poder onde seus representantes não são escolhidos de forma representativa, já que o ingresso na magistratura requer concursos públicos, não eleições. Além do mais, o povo não participa da escolha de nenhum Ministro do Supremo Tribunal Federal, pois os mesmos são nomes indicados pelo Presidente da República. Há quem argumente que a indicação do Presidente seguida de uma sabatina do Senado constitua um cumprimento do sistema "Checks and Balances" (sistema de freios e contrapesos), essencial para a harmonia dos três poderes, no entanto, não se pode negar que não há nenhum tipo de representatividade do novo nesta escolha.

Um ponto positivo também pode ser analisado com a judicialização, pois a mesma confere uma maior liberdade ao Poder Judiciário para que o mesmo proteja e defenda a Constituição de modo a garantir o seu cumprimento e corrigir excessos feitos por outros poderes. No entanto, essa liberdade de atuação deve ser feita moderadamente e deve ter como objetivo a proteção da Carta Magna. Para isso os juízes não podem atuar de acordo com vontade política própria, eles devem observar atentamente apenas à Constituição.

Com a disfunção cada vez mais elevada dos Poderes Executivos e Legislativos, a tendência é que o Poder Judiciário continue a se fortalecer. Dessa forma, a única coisa que resta a nação brasileira é torcer para que os protagonistas do Poder Judiciário atuem de forma, consciente, limpa e estritamente disciplinada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos maiores pressupostos de uma República Constitucionalista, foi a estudada separação entre os três poderes, em decorrência da garantia de harmonia que o sistema dá ao exercício de cada poder, a partir do momento que as funções

estatais são definidas e distintas colaborando para que as mesmas tenham uma igual força, que são responsáveis por suas respectivas ações e têm autonomia de se regularem reciprocamente.

Mesmo com o conceito de “equilíbrio” entre os poderes e suas funções, o Estado fica exposto ao predomínio de um Poder sobre os demais. De acordo com a característica de cada período histórico, ocorre essa predominância de um poder sobre o outro, onde uma hora o Legislativo foi predominante, logo após o Executivo passou a ter o papel principal nas decisões e, analisando os dias de hoje a judicialização passou a ser mais visível, não somente na política em si mas também na vida. Em decorrência disso, a ação do Poder Judiciário torna-se cada vez mais comum, o que automaticamente gera uma maior influência e força dentro do Estado.

É válido ressaltar que devido a isso, a judicialização pode ser analisada como uma função positiva, tanto quanto negativa dentro no Ordenamento Jurídico, ficando dependente da intenção do Judiciário ao optar por utilizá-lo.

O fenômeno da judicialização é considerada uma ferramenta utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, com o intuito de fazer com que os demais poderes estatais (Executivo e Legislativo), se moldem e adequem aos Princípios Constitucionais, de modo que suas ações não ultrapassem ou extrapolem aquilo que foi estabelecido na Constituição Federal. Trazendo assim o ponto de vista positivo da judicialização, onde é possível que o Poder Judiciário intervenha nas funções dos demais poderes e nas questões públicas com o objetivo de garantir a supremacia constitucional, o bem social e jurídico, impedindo possíveis abusos dos poderes Executivo e Legislativo.

O Poder Judiciário sendo olhado como superior, desprestigiando e inferiorizando os demais poderes, é uma das características negativas da judicialização. A partir do momento que há uma conformação estatal de que tudo deve-se passar pela aprovação do Poder Judiciário para ser considerado necessário ao Estado, onde na maioria das vezes os critérios analisados por juízes não representam necessariamente, a melhor solução técnica e jurídica a ser adotada sem contar a manipulação e a pressão que estão sujeitos.

Muitos pesquisadores ao estudarem os aspectos positivos e negativos da judicialização, trazem o surgimento de uma espécie de “Estado de Juízes”, onde encontram-se pessoas que não foram escolhidas pelo povo e que passam a decidir sobre questões de maior relevância nacional.

É importante destacar que a judicialização é fruto da vontade do constituinte e não da vontade do Judiciário, já que é na Constituição de 1988 que confere tanto poder aos juízes e ministros do Supremo Tribunal Federal.

Quando o intuito é proteger os direitos fundamentais garantidos ao povo pela Constituição, a ocorrência da judicialização da política é benéfica, pois pode ser utilizada como ferramenta de correção de falhas dos outros poderes. No entanto, precisa contar com a boa intenção dos atores do Poder Judiciário para que a judicialização não se transforme apenas em uma predominância de um poder sobre os demais.

Boaventura de Sousa Santos, diz que, mesmo em tempos de crise a força do sistema judicial é demonstrada, quando ele “consegue agir segundo os melhores critérios técnicos e as melhores práticas de prudência e consegue neutralizar quaisquer tentativas de pressão ou manipulação” (2003, p.1)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **A política**. Trazido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<https://www.proenem.com.br/enem/filosofia/montesquieu-e-o-espírito-das-leis/> acesso em 04 out. 2020.

BARROSO, Luís. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Retrospectiva 2008. 2008. Disponível em : < <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao-ativismo-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 05 out. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em 20 out. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Judicialização da Política**. 2003. Disponível em: <www.publico.pt/2003/05/27/jornal/a-judicializacao-da-politica-201706>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada Em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2020.

COSTA BARBOSA, Marília. **Revisão da Teoria da Separação dos Poderes do Estado**. Escola Superior do Ministério Público do Ceará e Universidade Estadual do Ceará. Disponível em: <<http://www.amandaalmozara.com.br/wp->

<content/uploads/2016/03/Revis%C3%A3o-da-Teoria-da-Separa%C3%A7%C3%A3o-dos-Poderes-do-Estado.pdf>>. Acesso em 04 out. 2020.

DE ARAGÃO, João Carlos Mederios; LATTES, Currículo. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Centro de Documentação e Informação, Edições Câmara, 2013, cap.1. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/21591_arquivo.pdf>. Acesso em 18 nov. 2020.

FERREIRA, Pinto. Princípio da supremacia da Constituição e controle da constitucionalidade das leis. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 5. 2011.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe** (Trad. Antonio Caruccio-Caporale). São Paulo: L&PM Editores: Porto Alegre, 2011.

MENDES, Aluísio. **O poder judiciário no Brasil**. 2005.

MONTESQUIEU, **O Espírito das Leis**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S-A, 1999. <https://www.proenem.com.br/enem/filosofia/montesquieu-e-o-espírito-das-leis/>

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetro dogmáticos**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: contribuição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS À LUZ DA LEI Nº 14.064/2020

SARA GABRIELLA ALVES BEZERRA COELHO:

Graduanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo. Ex- Estagiária do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

LÍVIA HELENA TONELLA:

Orientadora

RESUMO: No que tange a prática de crimes contra animais, considerando-se todos os tipos de semoventes, é de elevada importância a existência de mecanismos que levem à conscientização de que tal prática acarreta sérios problemas ecológicos, além de ferir valores éticos de respeito e amor pelos animais. O que acontece nos dias atuais é um grande descaso da população em relação ao tema. O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a Lei nº 9.605/98, que conceitua a aplicação de sanções, tanto penais, como administrativas, dos crimes ambientais, bem como, diz respeito a maus-tratos a animais. O artigo 32 da citada lei será o foco principal deste artigo. Os objetivos específicos deste estudo são demonstrar como a Lei 9.605/98 não tem uma eficácia expressiva em nosso ordenamento jurídico, e a fazer a comparação com a entrada da Lei 1095/2019, que conceitua o aumento de pena ao crime de maus-tratos aos animais, quando se tratar de animais domésticos, no caso, cães ou gatos. Em adição, o artigo tem como escopo apresentar os principais procedimentos para realizar as denúncias, bem como, irá abordar a respeito do ordenamento jurídico internacional e o ordenamento jurídico brasileiro, e sua importância na vida dos animais que sofrem maus-tratos. A metodologia usada é a de análise de artigos científicos e da legislação específica. O artigo proposto pretende contribuir para uma maior conscientização da sociedade no que diz respeito ao bem-estar animal, bem como esclarecer a respeito das punições previstas.

Palavras-chave: animais; crime ambiental; conscientização

ABSTRACT: With regard to the practice of crimes against animals, considering all types of semoventes, it is of high importance the existence of mechanisms that lead to the awareness that such practice causes serious ecological problems besides hurting ethical values of respect and love for animals. What happens today is a great dismay of the population in relation to the theme. The present work has as general objective to analyze Law nº 9.605/98, which conceptualizes the application of sanctions, both criminal and administrative, of environmental crimes, as well as, concerning mistreatment of animals. Article 32 of this law will be the main focus of this article. The

specific objectives of this study are to demonstrate how law 9.605/98 does not have an expressive efficacy in our legal system, and to make the comparison with the entry of Law 1095/2019, which conceptualizes the increase in the penalty to the crime of mistreatment of animals, when it comes to domestic animals, in this case, dogs or cats. In addition, the article aims to present the main procedures for making complaints, as well as will address the international legal system and the Brazilian legal system, and its importance in the lives of animals suffering ill-treatment.

The methodology used is the analysis of scientific articles and specific legislation. The proposed article aims to contribute to a greater awareness of society with regard to animal welfare, as well as to clarify about the punishments provided for in.

Keywords: animals; environmental crime; awareness

INTRODUÇÃO

Os atos de maus-tratos contra animais constituem preocupação que ultrapassa fronteiras de éticas, valores civilizatórios e de compaixão. No entanto, essa preocupação para com os animais apenas foi positivada em 1978 com a Declaração da Organização das Nações Unidas-UNESCO, de proteção aos animais. O Brasil, que é signatário dessa Declaração, prescreve em seu art. 225, §1º, VII, da CF/88, a proteção de crueldade contra animais, tratando o ser vivente em uma perspectiva mais moral. A partir de então, surge o dever jurídico de proteção aos animais, figurando os animais não apenas como bens patrimoniais, mas também como vítimas de maus-tratos. Tanto é que, no ano de 1988 foi editada a Lei n. 9605, na qual regula os crimes contra animais, sendo defeso atos que submetam animais ao sofrimento, por serem considerados serem sencientes, com capacidade de sentir.

O presente artigo trará o que existe no ordenamento jurídico brasileiro e no ordenamento jurídico internacional referente ao crime de maus-tratos, bem como, no Código Penal Brasileiro. Será apresentado os legitimados para a apuração de maus-tratos e como proceder nas denúncias. O objetivo geral é analisar a Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/08 e os objetivos específicos a serem debatidos e a demonstração da ineficácia da Lei 9.605/08 e a comparação com a entrada da Lei 1095/2019. Quanto a metodologia utilizada, trata-se de pesquisa bibliográfica em artigos e livros, bem como análise da legislação e de documentos.

1. ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

É notório que a Constituição Federal Brasileira incorporou normas internacionais. Como uma forma de garantir a segurança constitucional ao meio ambiente, o ordenamento jurídico internacional e o ordenamento jurídico brasileiro se

unem para propor uma eficácia expressiva no que tange a proteção ao Direito Ambiental, é o que pensa Frederico Amado, vejamos:

Há uma crescente tendência mundial na positivação constitucional das normas protetivas do meio ambiente, notadamente após a realização da CNUMA – Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Estocolmo, 1972) pela ONU. Esse recente fenômeno político decorre do caráter cada vez mais analítico da maioria das constituições sociais, assim como da importância da elevação das regras e princípios do meio ambiente ao ápice dos ordenamentos, a fim de conferir maior segurança jurídico-ambiental. (AMADO, 2017, p. 25)

A Constituição Federal Brasileira foi inspirada nas Constituições “verdes” que são as Constituições Federais Internacionais que tinham como objetivo a proteção ao Meio Ambiente. No Brasil ainda não existia uma Constituição que trouxesse um respaldo a proteção ao meio ambiente, e essas Constituições Verdes tiveram como objetivo a criação da Constituição Federal Brasileira.

Logo, começaram a nascer as constituições “verdes” (Estado Democrático Social de Direito Ambiental) a exemplo da portuguesa (1976) e da espanhola (1978) que tiveram influência direta na elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente na redação do artigo 225, principal fonte legal do patrimônio ambiental natural do nosso país (AMADO, 2017, p. 25)

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais (1978) tem como eficácia mundial no que se trata a ética, respeito e amor pelos animais, como uma forma de assegurar a proteção aos animais. Essa Declaração garante que todo animal merece igualdade e proteção, ao passo que os animais são reconhecidos como sujeitos de direito. Diante da grande incidência de maus-tratos no âmbito internacional e o no âmbito nacional, foi necessária a criação dessa declaração, pois além de conscientizar, a mesma também criminaliza os maus-tratos. É o que nos retrata a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, vejamos:

ARTIGO 1:

Todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência.

ARTIGO 2:

- a) Cada animal tem direito ao respeito.
- b) O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais.
- c) Cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem.

ARTIGO 3:

- a) Nenhum animal será submetido a maus-tratos e a atos cruéis.
- b) Se a morte de um animal é necessária, deve ser instantânea, sem dor ou angústia.

Resta claro que, nesse período, o especismo crença segundo a qual o ser humano é superior às demais espécies, como é o caso do Art. 2, inciso b, ainda se faz muito presente nos discursos. Assim como outros tipos de preconceitos, o especismo é o preconceito é o sentimento de uma espécie se achar dominante em desfavor de outra espécie. Como no sexismo, onde muitos homens se acham superiores que as mulheres, no especismo os seres humanos tem o sentimento de espécie dominante sobre todos os outros animais, gerando uma falsa liberdade que tudo pode fazer contra as outras espécies, por ser a espécie no topo de tudo. Infelizmente é uma discriminação que está presente na vida da maioria dos seres humanos, o que gera agressões, maus-tratos e eventos que prejudicam a vida animal, como rodeios clandestinos e vaquejadas.

A Carta da Terra (1997) é uma outra Declaração que tem como o intuito de garantir a proteção aos animais. Essa Declaração é recheada de princípios acerca do meio ambiente, com a proteção da fauna e da flora e também da sustentabilidade ambiental, principalmente em seu artigo 15. Vejamos:

Art. 15 Tratar todos os seres vivos com respeito e consideração.

- a. Impedir crueldades aos animais mantidos em sociedades humanas e protegê-los de sofrimento.
- b. Proteger animais selvagens de métodos de caça, armadilhas e pesca que causem sofrimento extremo, prolongado ou evitável.

c. Evitar ou eliminar ao máximo possível a captura ou destruição de espécies não visadas. (Carta da Terra)

A Carta da Terra, por sua vez, é um documento que valoriza diretamente o tema da proteção animal, pois reconhece que os animais merecem tratamento igualitário e humanitário. Nela, é abordada a questão de se tratar todos os seres vivos com respeito, na qual fica subentendido animais domésticos, silvestres e a fauna.

A Declaração do Rio de 1992 traz uma questão interessante que é a possibilidade de a sociedade participar dos debates que se relacionam com as questões ambientais, conforme frisado em seu princípio 10. No caso, as pessoas podem explicar suas opiniões, bem como, trazer sugestões e soluções para que seja impedido qualquer dano ambiental a ser realizado, especialmente no que diz respeito ao crime de maus-tratos de animais, podendo ser sugerida pela sociedade a realização de denúncias, além da população ganhar voz. É o que pensa Frederico Amado:

Pontifica que as pessoas têm o direito de participar ativamente das decisões políticas ambientais, em decorrência do sistema democrático, uma vez que os danos ambientais são transindividuais estando implicitamente consagrado no artigo 225, da Constituição Federal de 1988 (AMADO, 2017, p. 70)

A declaração do Rio de 1992 seguiu essa tendência ao cristalizá-lo no Princípio 10: A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos. (AMADO, 2017, p. 70 e 71)

2. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Crime de Maus-Tratos a luz da Constituição Federal

Diante da nossa Constituição Federal Brasileira, temos assegurado todos os direitos aos seres vivos, principalmente o direito à vida. No que tange ao Direito Ambiental, também não é diferente. A Constituição Federal Brasileira assegura a proteção ao meio ambiente, a fauna e a flora, principalmente em seu artigo 225.

Na Constituição Federal Brasileira, no capítulo VI que trata a respeito do Meio Ambiente, em seu artigo 225, inciso VII, detalha sobre os maus-tratos aos animais e a proteção da fauna e da flora, esse inciso repudia toda crueldade que venha ser empregada a qualquer animal. Vejamos: "VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade" (Artigo 225, inciso VII, da Constituição Federal).

O meio ambiente é composto de regras e princípios tendo como objetivo a eficácia da ética, proteção e principalmente que essas normas reproduzam o que há de mais favorável ao meio ambiente, ou seja, essas normas devem corresponder a coletividade, atingindo toda a sociedade, como presa a Constituição Federal em todo o seu texto, e mais especificamente no Artigo 5º, onde trata dos direitos e garantias fundamentais. Essa proteção da coletividade em virtude do favorecimento do meio ambiente é definida como *in dubio pro ambiente*, é o que pensa Frederico Amado, vejamos:

A interpretação das regras e princípios ambientais é tão peculiar que justifica o desenvolvimento de uma hermenêutica especial, a exemplo da adoção da máxima *in dubio pro ambiente*, sendo defensável que o intérprete, sempre que possível, privilegie o significado do enunciado normativo que seja mais favorável ao meio ambiente. (AMADO, 2017, p. 26)

A responsabilidade civil pelos danos ambientais está ancorada pela Constituição Federal do Brasil, transmitindo essa responsabilidade pelas condutas ilícitas ambientais não somente para as pessoas físicas, como também para as pessoas jurídicas, é o que entende Frederico Amado:

De efeito, tem berço constitucional a previsão de reparação civil ambiental, pois "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas independentemente da obrigação de reparar os danos causados" na forma do artigo 225, parágrafo 3º da Constituição Federal. (AMADO, 2017, p. 281)

Já a pessoa jurídica será responsabilizada pelo dano ambiental mediante duas condições, se o dano surgir de seu representante legal, bem como, se o ato de dano ambiental for com o propósito de beneficiar o órgão à que pertence esse representante, ou seja, o representante de um determinado órgão que fizer maltratar alguma animal, será de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, do órgão a que esse representante pertence.

2.2 Da Lei nº 9.605/98

Para aumentar ainda mais a proteção ao meio ambiente, em todos os seus aspectos, em 1998 foi sancionada a Lei dos Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/98, que tem como objetivo tipificar as sanções penais e administrativas em casos de crimes cometidos contra o meio ambiente.

Pela primeira vez tivemos no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação que tratasse em sua essência da tipificação de crimes contra o meio ambiente e tudo o que nele há. Tipificar crimes contra o meio ambiente é mostrar a preocupação não só com o que envolve a sociedade atual, mas o que há de vir nas sociedades futuras, sendo que esta lei ter sido sancionada demonstrou uma importante evolução no direito brasileiro.

Além disso, antes da existência da Lei dos Crimes Ambientais, as leis que tratavam de crimes, contravenções penais e sanções administrativas nos crimes cometidos contra o meio ambiente estavam em legislações esparsas, e que algumas vezes se contradiziam, e a Lei 9.605/98 veio para centralizar todas estas tipificações em um lugar só, tornando a legislação ambiental mais organizada.

Os tipos de crimes ambientais descritos na Lei 9.605/98 são classificados da seguinte maneira: Crimes contra a fauna; Crimes contra a flora; Poluição e outros crimes ambientais; Crimes contra a Administração Ambiental; Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural; e Infrações Administrativas.

Interessante ressaltar que essa lei trouxe a possibilidade da penalização das pessoas jurídicas. A pessoa jurídica será responsabilizada pelo dano ambiental mediante duas condições, se o dano surgir de seu representante legal, bem como, se o ato de dano ambiental for com o propósito de beneficiar o órgão à que pertence esse representante, ou seja, o representante de um determinado órgão que fizer maltratar alguma animal, será de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, do órgão a que esse representante pertence.

Importante ressaltar que a defesa do meio ambiente é um dever de todos os cidadãos, e a Lei de Crimes Ambientais veio como um alento para que os infratores de crimes ambientais fossem devidamente punidos. Além do caráter punitivo da Lei, temos que mencionar o caráter preventivo desta legislação, pois o cidadão pensará duas vezes antes de cometer um crime ambiental, sabendo da sanção que poderá sofrer. Assim, essa lei se tornou um importante marco de evolução jurídica brasileira.

2.3 Inclusão do Projeto de Lei nº 1095/2019 na Lei de Crimes Ambientais

Com o advento da Lei n.º 9.605/98, que trata sobre os Crimes Ambientais, trouxe à baila a penalização para o maus-tratos aos animais. Vejamos como está disposto no artigo 32 da referida Lei: “Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa” (Artigo 32, caput, da Lei nº 9.605/98).

Conforme o dispositivo acima citado, vemos que existe a pena cominada é de 03 (três) meses a 01 (um) ano e multa, a ser cumprida a todo aquele que praticar qualquer ato cruel contra algum animal. Infelizmente essa Lei não apresentou uma eficácia expressiva em nosso ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que esse crime era visto como de menor potencial ofensivo e também diante da pena que é muito branda para quem comete um crime tão grave como este.

Tendo em vista a ineficácia da referida Lei, foi apresentado o Projeto de Lei nº 1095/19, em 29/09/2020, de autoria do Deputado Fred Costa, que ficou conhecida em território nacional como Lei Sansão, tal nome que foi dado em homenagem ao cachorro pitbull que foi brutalmente lesionado até a morte, que propôs uma mudança expressiva quanto a pena para quem comente crime de maus-tratos à animais. Esse projeto de lei veio como uma esperança, uma voz levantada em defesa dos animais. A proposição original do projeto era alterar o preceito secundário do Artigo 32 para uma pena cominada de reclusão de um ano a quatro anos, mais multa. Propôs uma mudança expressiva quanto a pena para quem comente crime de maus-tratos à animais.

Após todos os trâmites nas Casas Legislativas, o projeto de Lei foi sancionado, transformando na Lei nº 14.064/2020. Esta alteração acrescentou na Lei nº 9.605/98 um novo parágrafo (§1º-A), que trouxe uma qualificadora do tipo penal, punindo o infrator de forma mais grave e tirando o processo do âmbito do juizado especial quando o crime for cometido apenas contra cachorros e gatos. A nova pena cominada para casos de crime de maus-tratos contra os citados animais agora é de reclusão de 02 (dois) a 05 (cinco) anos, multa e ainda a proibição de guarda.

Posteriormente com a sanção da Lei nº 14.064/2020, foi observada uma grande mudança em nosso ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que houve uma atenção muito grande aos casos de maus-tratos contra animais domésticos, especificamente cães e gatos. A alteração na lei poderia ter sido ainda mais expressiva, se não abrangesse apenas duas categorias de animais, mas abrangesse a categoria animais como um todo. Esse projeto de Lei veio para reforçar o quanto os animais necessitam de uma proteção jurídica e o quanto é grave esse crime.

Os animais são seres sencientes por isso necessitam de uma interferência jurídica para que os agressores sejam punidos da maneira mais severa possível, e nada mais justo do que essa pena ser aumentada, bem como, o autor do crime não ser tutor de animais.

Mesmo não sendo tão abrangente, essa alteração legislativa também traz um ponto interessante, pois, quem maltratar animais, estará registrado na ficha de antecedente criminal do sujeito, bem como, se houver algum flagrante, o autor do delito será preso imediatamente.

Diante dessa mudança, pois agora é tratado com uma pena de relevância expressiva, sendo que antes da sanção da Lei nº 14.064/2020 essa conduta criminosa era sem significância e tratada como de menor potencial ofensivo. Esta lei dá um passo grande e próximo de tornar o agressor de qualquer tipo de animal um condenado a pena mais grave.

3. LEGITIMADOS PARA A APURAÇÃO DE MAUS-TRATOS

3.1 A legitimidade do Ministério Público para a proteção dos animais

A legitimidade para a proposição da ação principal e da ação cautelar no que se refere ao crime de maus-tratos será de competência do Ministério Público, é o que nos apresenta a Lei nº 7.347/85, em seu artigo 5º, inciso I. Além disso, o Decreto 24.645/34, em seu art. 2º, parágrafo 3º, subscreve que a competência para a representação dos crimes praticados contra animais será do Ministério Público, no que tange a proteção contra os maus-tratos.

Ademais, o artigo 26 da Lei 9065/98 determina que ação penal pública é incondicionada, ou seja, será de responsabilidade do membro do Ministério Público tomar as iniciativas de ação para realizar a denúncia. Os animais não possuem capacidade para se defender, logo, precisam de alguém que os defenda, sendo assim, é dever do Ministério Público defender por meios legais os animais que sofrem de maus-tratos.

Presume-se que será de competência do Ministério Público a apuração dos fatos, bem como o oferecimento da denúncia e a propositura da ação penal. Essas ações não podem partir de terceiros, sendo de responsabilidade exclusiva do Poder Público.

3.2 Delegacias Especializadas para realizar denúncias contra o crime de maus-tratos

Dados recentes apontam o aumento de denúncias a agressão a animais. No estado de São Paulo entre janeiro e novembro de 2020, o índice cresceu em 26,5%. A apuração da denúncia é encaminhada as polícias distritais, ou seja, todas as delegacias, por mais que não sejam especializadas em crimes ambientais, são uma forma de recorrer para o combate do crime de maus-tratos aos animais (R7, 2020).

Por conta da COVID-19, houve uma grande quantidade de animais sendo abandonados, muito por conta das mazelas financeiras de seus protetores, a falta de emprego e escassez de saúde e morte, que a pandemia trouxe a muitas famílias, ocorrendo assim um exorbitante aumento no abandono de animais domésticos. Vale ressaltar também que, em alguns casos, os abandonos ocorreram em virtude de pessoas receberem notícias que os animais eram transmissores da Covid-19 e ficarem receosas de manter os animais em suas residências. Segundo a ONG Cão sem Dono, houve um aumento de 40% a procura de pessoas que queriam colocar seus animais para doação.

Durante o ano de 2020, a Delegacia Eletrônica de Proteção Animal do estado de São Paulo recebeu 15.478 denúncias de maus-tratos contra animais, o que representa a média 42 registros por dia. Já em relação a 2019, foram registradas 12.075 denúncias, havendo um aumento exponencial de 28%, segundo dados da Secretaria de Segurança Pública-São Paulo.

“Infelizmente, no começo da pandemia, surgiram algumas notícias sensacionalistas de que cães e gatos poderiam transmitir a Covid-19 aos seres humanos. A gente viu casos de abandono, de pessoas maltratarem e colocarem o bicho para fora. Em outros países, houve casos bem mais graves, de pessoas que jogaram animais de sacadas e de janelas”, afirma Rosângela Gebara, médica-veterinária e membro da Comissão Técnica de Bem-Estar Animal, do Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo (CRMV-SP, 2020).

“Crimes contra os animais podem ser denunciados no site da Delegacia Interativa (www.delegaciainterativa.am.gov.br), ou,

ainda, de forma anônima por meio do 181, o disque-denúncia da SSP-AM.

No Estado do Ceará, no primeiro semestre do ano de 2020, houve um aumento de 195% no número de denúncias, segundo dados apresentados pela Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social-Ceará. Na Região Metropolitana de Fortaleza, o número de procedimentos registrados sofreu um aumento exponencial de 200%, passando de 24 procedimentos registrados durante os seis primeiros meses do ano, para 72 no mesmo período de 2020. O sistema de fiscalização no Estado do Ceará é realizado através da Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente. As denúncias no Ceará são recebidas através de Boletim de Ocorrência, disque denúncia, de forma anônima, telefone ou por e-mail, e serão devidamente apuradas (CAMPO, 2020).

Já no estado do Rio Grande do Sul, no período entre 2016 e 2020, foram realizadas muitas denúncias e indiciamentos de maus-tratos contra animais. Segundo dados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a Polícia Civil realizou 507 indiciamentos por maus-tratos a animais e o Ministério Público realizou 225 denúncias. O ano de 2016 foi o pior neste período, onde ocorreu 129 indiciamentos e 62 denúncias realizadas pelo Ministério Público. Mostra-se com esses números uma expressiva quantidade de crimes que foram levados ao conhecimento das autoridades, todavia, ainda há muitos casos que não são levados ao conhecimento da Polícia Civil e do Ministério Público (VIESSERI, 2020).

A cada dia tem aumentado o número de pessoas que notificam as autoridades competentes para tratar do crime de maus-tratos. Além das pessoas terem se tornado mais sensíveis a causa animal, observamos uma facilidade para denunciar, tendo em vista que as pessoas conseguem realizar essa denúncia de forma virtual, sem precisar se deslocar de sua casa a uma delegacia, e também através dos telefones. É notório que o trabalho da polícia tem demonstrado cada vez mais eficácia diante de um cenário tão caótico quanto o de maus-tratos.

4. A atuação do Poder Executivo na garantia dos Direitos dos Animais

No que tange ao poder de polícia, referente os crimes de maus-tratos aos animais podemos trazer, no nível Federal, o Ministério do Meio Ambiente, criado em novembro de 1992, tem como objetivo a fiscalização e o controle do meio ambiente, atentando-se a combater toda e qualquer atitude prejudicial que o meio ambiente venha sofrer, incluindo-se o crime de maus-tratos.

Já no nível estadual, a Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos no Estado do Tocantins teve como iniciativa a criação do Pró – Animais – Comitê Estadual

de Proteção e Defesa dos Animais, no qual possui regimentos, portarias e reuniões plenárias com o objetivo de debater o crime de maus-tratos, conta ainda com a inclusão de grupos técnicos em estudos de legislação e normas, atendimento das denúncias de maus-tratos. Trata-se de mais uma forma de solucionar o problema do crime de maus-tratos, de forma que o cidadão poderá ser incluso nesse comitê (GOVERNO DE TOCANTINS, 2021).

Embora exista esse comitê como uma fonte de apoio aos direitos dos animais, o Estado do Tocantins, bem como, diversas Prefeituras do Estado têm sido omissas com relação a criação de Secretarias Municipais especializadas para os animais, pois não possui nenhuma no Estado e também não há nenhum planejamento voltado para essa questão, tendo em vista que o Estado do Tocantins deveria ter uma visão mais sensível em relação ao direito dos animais.

É importante ressaltar que na maioria dos municípios brasileiros não existem Secretarias Municipais específicas para tratar sobre meio ambiente ou órgãos municipais de defesa dos animais, muito por conta da maioria dos municípios brasileiros serem pequenos e não ter entrada financeira suficiente para subsidiar um projeto de proteção aos animais, o que piora os casos de maus-tratos a animais nos interiores do nosso país.

“Os órgãos locais terão natureza municipal, não sendo comum à sua criação na maioria dos municípios brasileiros, mormente os mais pobres e menos populosos, ante a precária estrutura administrativa que assola grande parte dos entes locais neste país.” (AMADO, 2017, p. 103).

Vale registrar as experiências municipais que incorporaram em suas estruturas de governo secretarias de bem estar animal. Em Jaboatão dos Guararapes, no estado de Pernambuco, existe a Secretaria Executiva de Meio Ambiente e Gestão Urbana. Essa secretaria tem como objetivo trazer o bem estar animal, pois procura amparar os animais em situações de abandono ou maus-tratos. No ano de 2018, especialmente no dia nacional dos animais, essa Secretaria apresentou o I Ciclo de Palestras do Programa Bem Estar Animal, que contou com a participação de profissionais da área da saúde pública e meio ambiente, no qual houve debates acerca dos cuidados com os animais, e com o meio ambiente (PREFEITURA DE JABOATÃO DOS GUARARAPES, 2018)

No município de Recife, no Estado de Pernambuco, no ano de 2013, foi criada a Secretaria Executiva dos Direitos dos Animais, que contém serviços essenciais para

os animais como dicas de veterinários, agendamentos on-line para a realização de castração, denúncias que podem ser realizadas na sede da secretaria contra o crime de maus-tratos e campanhas educativas realizadas nas escolas contra o crime de maus-tratos. Essa Secretaria oferece aos animais o Hospital Veterinário do Recife Robson José Gomes de Melo, para agendar consultas e cuidados especiais aos animais (PREFEITURA DO RECIFE, 2021).

No município de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul, no ano de 2020, foi criada a Secretaria do Bem-estar Animal, que foi assumida pela médica Ana Cristina Camargo de Castro. Essa Secretaria tem como propósito que o animal seja entendido como o ser senciente, uma vez que a criação dessa secretaria foi um pedido dos moradores locais que se empenham na causa animal, e nas ONGs de proteção animal.

Desta feita, é notório a importância das secretarias de bem estar animal, pois elas têm como propósito a proteção dos animais contra o crime de maus-tratos, bem como, serve de apoio aos moradores do município em que está localizada, como uma fonte de recorrer a denúncias contra o crime de maus-tratos. (DIÁRIO DIGITAL, 2020).

4.1 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de maus-tratos não poderá mais ser tratado como um crime de menor potencial ofensivo, tendo em vista as mudanças expressivas que ocorreram na Lei de Crimes Ambientais, juntamente com a entrada da Lei 1095/2019. Entende-se que o tratamento cruel e degradante está descartado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais ligadas ao tema.

Desta feita, surge a necessidade para a punição desse crime, sendo realizada através da denúncia contra o agressor que pode ser feita de diversas formas, através de delegacias e secretarias especializadas no crime de maus-tratos.

Claramente, há muito o que se falar sobre consciência e aprendizado, nesse sentido, é imprescindível que se tenha respeito pelos animais, pois são seres indefesos e que merecem tratamento humano. É necessário que o ser humano busque uma constante evolução e empatia com relação aos animais, pois o apelo em comento, é pela busca incessante ao respeito. Ademais, entende-se que apesar dos aumentos de denúncias realizadas, principalmente no ano de 2020, data do início da pandemia da COVID-19, as pessoas não estão se calando quando se trata de maus-tratos contra animais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MARCÃO, Renato. **Crimes Ambientais**: Anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.605, de 12-2-1998. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 25 mar. 2021.

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. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 dez. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BÉLGICA. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais – Unesco – ONU**, de 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta nas Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Declaração do Rio Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Junho de 1992. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf> . Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 23 abr. 2021.

GOVERNO DE TOCANTINS. **Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos**, 2021. Disponível em: <<https://semarh.to.gov.br/conselhos-e-comites/-pro-animais---comite-estadual-de-protecao-e-defesa-dos-animais-/>>. Acesso em: 23 abr. 2021

MAUS-TRATOS aos animais crescem 26,5% no estado de SP em 2020. **R7**, 2020. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/sao-paulo/maus-tratos-aos-animais-crescem-265-no-estado-de-sp-em-2020-28122020>>. Acesso em: 10 abr.2021

VEIGA, Edison. A 'epidemia de abandono' dos animais de estimação na crise do coronavírus. **BBC News Brasil**, Bled (Eslovênia), 30 de jul. de 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53594179>>. Acesso em: 10 abr. 2021

CAMPO, Isabella. Número de denúncias de maus-tratos a animais tem aumento de 195% no primeiro semestre de 2020 no Ceará. **G1**, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2020/08/28/numero-de-denuncias-de-maus-tratos-a-animais-tem-aumento-de-195percent-no-primeiro-semester-de-2020-no-ceara.ghtml>>. Acesso em: 23 abr.2021

VIESSERI, Bruna. Mais de 66% dos processos por maus-tratos a animais no RS não resultaram em condenações. **GZH**, 2020. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2020/10/mais-de-66-dos-processos-por-maus-tratos-a-animais-no-rs-nao-resultaram-em-condenacoes-ckfzx4lod001h012to6ht1xcs.html>>. Acesso em: 06 mai.2021

Jaboatão realiza I Ciclo de Palestras do Programa Bem Estar Animal. **Prefeitura de Jaboaão dos Guararapes**, 2018. Disponível em: <<https://jaboatao.pe.gov.br/jaboatao-realiza-i-ciclo-de-palestras-do-programa-bem-estar-animal/>>. Acesso em: 06 mai.2021

PREFEITURA DO RECIFE. **Secretaria Executiva dos Direitos dos Animais**, 2021. Disponível em: <<https://seda.recife.pe.gov.br/>>. Acesso em: 06 mai. 2021

MÉDICA assume secretaria do bem-estar animal em Campo Grande. **Diário Digital**, 2020. Disponível em: <<https://www.diariodigital.com.br/geral/medica-assume-secretaria-do-bem-estar-animal-em-campo-grande/>>. Acesso em: 06 mai.2021

CARTA DA TERRA, 1992, Disponível em: <<http://www.cartadaterrabrasil.com.br/prt/index.html>> . Acesso em: 22 mar. 2021

BRASIL. Lei nº 14.064 de 29 de Setembro de 2020. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 set. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021

Decreto Lei nº 26.645 de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais Disponível em: <<http://www.ceuaics.ufba.br/sites/ceuaics.ufba.br/files/Decreto%20n%C2%BA%2024.645%20-%2010.07.1934.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2021

COSTA, Fred. Projeto de Lei nº 1.095-A de 16 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AF41F6F1E2E0E1A68F994F443E0CA843.proposicoesWebExterno2?codteor=1848716&filena me=Avulso+-PL+1095/2019>. Acesso em: 20 mar. 2021

ESTELIONATO SENTIMENTAL E O CABIMENTO DA REPARAÇÃO DE DANOS

BÁRBARA CRISTINA RODRIGUES DA SILVA CAVALCANTE:

Bacharelada do curso de Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins – Unicatólica

AIRTON SCHUTZ.

(orientador)

RESUMO: Com a evolução tecnológica dos meios de comunicação, os relacionamentos amorosos se tornaram cada vez mais complexos. A facilidade de desenvolver ciclos de amizades sem nem mesmo sair de casa resultou na recorrência de um tipo de dano indenizável no qual o objetivo é obter vantagem ilícita e/ou financeira se valendo do sentimento de afeto criado pela relação. Sendo assim, o presente projeto de pesquisa visa colocar em questão o estudo da possibilidade de reparação de danos morais e materiais às partes constituintes de relacionamentos não protegidos juridicamente. Para isso, é necessário fazer uma análise completa acerca dos pressupostos de admissibilidade da responsabilidade civil subjetiva, assim como dos princípios constitucionais infringidos por essa modalidade de dano reparável, o Estelionato Sentimental. Isto posto, este artigo foi redigido de acordo com o método hipotético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica como procedimento técnico.

PALAVRAS-CHAVE: Estelionato Sentimental; Responsabilidade Civil Subjetiva; Reparação de Danos Materiais.

ABSTRACT: With the technological evolution of the media, loving methods have become increasingly complex. The ease of developing cycles of friendships without even leaving home resulted in the recurrence of a type of indemnifiable damage in which the objective is to obtain an illicit and / or financial advantage using the feeling of affection created by the relationship. Thus, the present research project aims to question the study of the possibility of repairing moral and material damages to the constituent parts of relationships that are not legally protected. For that, it is necessary to make a complete analysis of the assumptions of admissibility of civil liability, as well as of the constitutional principles that violate this type of reparable damage, the Sentimental Estelionato. That said, this article was written according to the hypothetical-deductive method and bibliographic research as a technical procedure.

KEY WORDS: Sentimental Steal; Subjective Civil Liability; Repair of Property Damage.

1. INTRODUÇÃO

É cediço que a tecnologia como ciência engloba uma interdisciplinaridade que chega até mesmo a ser assustadora no âmbito jurídico. Sendo assim, o presente estudo problemático desses avanços transformou também o instituto da família, bem como das relações sociais e interpessoais.

A exemplo disso, tem-se agora a existência de uma nova modalidade de dano indenizável caracterizado pelo princípio da afetividade que move os relacionamentos não protegidos juridicamente. Sendo assim, os institutos a serem estudados estão presentes no código civil, tal como a responsabilidade civil (abuso de direito, ato ilícito) e enriquecimento sem causa, bem como no direito constitucional a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e boa-fé objetiva.

O tema foi bastante exposto, chamando a atenção no mundo jurídico, pois apesar de situações como essa do julgado ser frequentemente discutida nas relações processuais, tal denominação (estelionato sentimental) serviu para chamar atenção para a questão de responsabilidade civil nas relações afetivas “não protegidas” no âmbito civil.

Isto posto, é imperioso afirmar que esta temática, por ter adotado um caráter recorrente nos dias atuais, merece também que seja abordado com certa minúcia, visto que se trata de um dano indenizável não previsto expressamente pelo ordenamento jurídico.

Este projeto de pesquisa visa então, relacionar os requisitos legais da responsabilidade civil como forma de proteger esses relacionamentos afetivos. Para isso, foi abordado primeiramente os pressupostos jurídicos da responsabilidade civil e o dever de reparação, passando para a análise dos princípios constitucionais frente à reparação dos danos materiais e morais e, tem-se ainda, a abordagem do estelionato sentimental e a possibilidade de reparação dos danos diante dos relacionamentos não previstos juridicamente.

2. ASPECTOS JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A evolução da responsabilidade civil conta com marcos históricos de extrema importância, tal qual a Lei de Talião, encontrada no Código Babilônico de Hamurabi (1.770 a.C.). Caracterizada pela constante relação de vingança entre a comunidade; esta lei era e ainda é hoje em dia muito conhecida pelo emprego do princípio “olho por olho, dente por dente”.

Mais tarde, decorridos alguns anos, o código jurídico da época inovou ao inserir a Lex Aquilia de Damno, estabelecida no século III a.C., na República Romana, que é caracterizada pela reparação de patrimonial frente ao dano causado, já que a título vingativo o status inicial da vítima não era reparado, e o autor do delito não tinha essa prerrogativa.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro divide a responsabilidade civil em duas espécies básicas: a objetiva e a subjetiva. A primeira delas independe de culpa, sendo assim o agente é obrigado a, nos termos do art. 927 do Código Civil, reparar o dano, independentemente de culpa nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pela parte autora gera risco de lesão aos direitos de outrem.

O conceito de responsabilidade civil está relacionado ao conceito de não prejudicar terceiros. A responsabilidade pode ser definida como a tomada de medidas para forçar alguém a compensar os danos causados a terceiros por suas ações ou omissões. Conforme Leciona Rui Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim **respondere**, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana (STOCO, 2007, p.114).

A responsabilidade civil subjetiva, causada tanto pela violação de direitos quanto pelo comportamento criminoso pode ser classificada em *lato sensu* (sentido amplo), que ocorre quando o responsável por um ato ilícito agiu com culpa, ou tem culpa, independentemente de seu ato ter sido doloso ou culposo, e em *stricto sensu* (sentido estrito) que ocorre quando o agente causador do dano é negligente ou imprudente.

Outra classificação da responsabilidade civil se baseia no caráter contratual ou extracontratual, ou seja, de acordo com a natureza do dever jurídico violado pelo agente do dano. Na responsabilidade contratual, o dano é protegido pela celebração de um contrato entre as partes, assim o direito e os deveres designados às partes são originários de um negócio jurídico bilateral.

Em contrapartida, Cesar Fiuza defende que:

A responsabilidade por atos unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa é também contratual, por assemelhação, uma vez que os atos unilaterais só geram efeitos e, portanto, responsabilidade, após se bilateralizarem, Se um indivíduo promete pagar uma recompensa a que lhe restitui os documentos perdidos, só será efetivamente responsável, se e quando alguém encontrar e restituir os documentos, ou seja, depois da bilateralização da promessa.” (FIUZA, 2011, p.331).

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, origina-se da lei ou do ordenamento jurídico como um todo, sendo assim, o dever jurídico violado não está previsto em contrato e não existe a relação de um negócio jurídico entre o agente causador do dano e a vítima. Nesse caso, um exemplo prático desse tipo de responsabilidade é a reparação de danos oriundos de acidentes em veículos.

Na prática, tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual dão ensejo à mesma consequência jurídica: a obrigação de reparar o dano. Desta forma, nos termos do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

2.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil e o dever de reparação

Quanto aos pressupostos da responsabilidade civil, tem-se em destaque três elementos basilares, são eles: a ação, o dano patrimonial ou moral, e o nexo de causalidade entre estes.

O ato ilícito se configura, conforme anteriormente exposto, na ação ou omissão voluntária que acaba por contrariar o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, lesionar o direito subjetivo de outro indivíduo. Assim, nasce a obrigação de reparar o dano regulado pelo código a que se submete.

Nessa perspectiva, a definição de ato ilícito, prevista no art. 186 do Código Civil Brasileiro, fundamenta a responsabilidade civil uma vez que é possível identificar a presença dos seus elementos anteriormente mencionados e, ainda, consagra o princípio de que nenhum ser humano possui o direito de causar prejuízo a um terceiro, salvo em legítima defesa. Nesta senda, na visão de Fernando de Noronha, evidencia-se tais conceitos:

1. que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;
2. que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;
3. que tenham sido produzidos danos;
4. que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta (NORONHA, 2010, p. 468/469).

A conduta humana, comportamento que se torna visível a partir de uma ação ou omissão que passa a produzir consequências jurídicas, é o elemento primário de todo ato ilícito. Isto posto, a voluntariedade significa o discernimento, a consciência da ação. Já a consciência de causar um ato danoso constitui o conceito de dolo. Ressalta-se, portanto, que o elemento voluntariedade deve estar presente apenas na modalidade da responsabilidade civil objetiva.

Outro elemento essencial à configuração da responsabilidade civil é a aferição do dano, já que não há que se falar em ressarcimento se não existir a presença de violação de direitos de terceiros. Nesse sentido, expressa Rui Stoco:

“O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.” (STOCO, 2007, p. 128).

O Código Civil Brasileiro também estabelece em seu art. 402 que: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Nada obstante, mister destacar que existem ainda alguns requisitos intrínsecos ao caráter indenizável do dano. O primeiro deles se resume à necessidade de que haja a violação de algum interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de pessoa física ou jurídica.

Assim sendo, o dano patrimonial, material, nada mais é do que a aniquilação ou restrição de qualquer bem de valor econômico. Enquanto isso, o dano extrapatrimonial, ou moral, se baseia no caráter de afeto a um bem que possui valor econômico imensurável, que não pode ser restituído.

Vale mencionar que o dano patrimonial possui ainda duas outras subdivisões, os danos emergentes e os lucros cessantes.

Enquanto o dano emergente consiste no prejuízo real causado à vítima, ou seja, houve um desfalque concreto do patrimônio da pessoa lesada sendo que o patrimônio, na maior parte, é de fácil mensuração; o lucro cessante corresponde ao que a vítima não obteve em consequência do dano sofrido, uma frustração do que era esperado usufruir no futuro.

Prosseguindo com os pressupostos da responsabilidade civil, temos ainda o nexos de causalidade, que é a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. Em outras palavras, é imperioso que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente e que exista a relação de causa e efeito entre esses elementos.

Este pressuposto é requisito essencial para qualquer espécie de responsabilidade, controverso ao que ocorre com a culpa, a qual não está presente na responsabilidade objetiva.

Neste ponto, o art. 944 do Código Civil de 2002 inova ao lecionar que: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

Já, no que se refere à boa-fé e os bons costumes, importante ressaltar que são requisitos inerentes a condutas pré-determinadas no meio social, que evoluíram no decorrer dos tempos, se consubstanciando em eticidade, moralidade, honradez, veracidade, entre outras circunstâncias que caracterizam uma relação jurídica eivada de validade.

Em relação à boa-fé e aos bons costumes, observa-se que esses são os requisitos inerentes aos comportamentos predeterminados no ambiente social, que continuam a se desenvolver ao longo do tempo, e se espelham na, ética, moral, honestidade e verdade, entre outras situações que configuram as relações jurídicas pautadas na validade

De acordo com os ensinamentos de Boulos (2006), o abuso de direito exige a existência de um direito tanto subjetivo quanto de mero poder legal. Entretanto, conforme o agente excede o exercício do seu direito cometendo ato ilícito, se sujeitará à responsabilização civil e ao dever de reparação frente à sofrimento da lesão decorrente da sua conduta abusiva.

Portanto, deve-se ressaltar que quando os direitos são prejudicados, o abuso de direitos acarretará responsabilidade civil nas relações jurídicas / sociais, pois é evidente que no ordenamento jurídico ninguém pode abusar de seus direitos e continuar a exercer seus direitos. Mais importante ainda, viola os princípios de honestidade e confiabilidade, função social e boa-fé, que são vitais para manter a ordem social.

3. ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FRENTE À REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS E MATERIAIS

A dignidade da pessoa humana, que possui exímio papel na tutela dos direitos humanos perante à sociedade, tanto nas relações privadas quanto públicas, é um princípio que possui elevado valor na proteção da sobrevivência mínima do indivíduo, sendo o fundamento básico da Constituição Federal. Nesse ponto de vista, Moraes (2008, p. 21-22) leciona sobre o mencionado princípio:

Tamanho é a magnitude do princípio da dignidade humana, que tem caráter espiritual e moral inerente à pessoa. E se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito de todos, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Portanto, apenas em circunstâncias excepcionais o exercício dos direitos fundamentais pode ser restringido, mas o devido respeito de todos nunca deve ser subestimado. Vale ressaltar que, conforme anteriormente mencionado, esse princípio está relacionado ao mínimo de sobrevivência humana, pois todos os indivíduos são dotados de direitos sociais intrínsecos, sendo imperioso respeitar seus limites na prática.

Esse princípio certamente resguarda a importância do ser humano como sujeito principal na construção social, confirmando assim a relevância da existência humana, pois enquanto essas restrições não existirem, a degradação pessoal estará determinada. Portanto, é preciso destacar que o país e toda a sociedade devem seguir

as instruções do princípio da dignidade humana em suas ações, proteger o povo por meio das normas legais e dos costumes sociais, e buscar o desenvolvimento de todos como meta.

Assim, a partir do momento em que se extraem da teoria do risco da atividade os pressupostos básicos que constituem a responsabilidade civil (ou seja, comportamento, dano e causalidade, ou mesmo apenas dano), verifica-se a possibilidade de pleitear as indenizações cabíveis.

Esse tema já é matéria recorrente nos tribunais pátrios. A exemplo disso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, se manifestou acerca do tema, veja-se:

Negócios jurídicos bancários. Inexistência de débito. Inscrição negativa. Dano moral. Conta inativa. Dever de indenizar. Quantum indenizatório. Majoração. Verba honorária. A inscrição nos cadastros restritivos de crédito de dívida oriunda de conta inativa, débito gerado por tarifas, taxas e encargos de manutenção de conta corrente, evidencia o parcial reconhecimento da inexistência de débito, porque o Banco Central determina que a conta se encerra automaticamente após seis meses inativa. A conduta adotada pelo banco, sem qualquer dúvida, viola os princípios que norteiam as relações negociais como a da espécie, que são o da lealdade e da boa-fé. A origem de um débito exclusivamente em decorrência da cobrança ininterrupta de taxas e tarifas de manutenção de uma conta inativa consubstancia-se em manifesta abusividade por parte da instituição financeira. É incontroverso que o cadastro negativo provoca vexame e humilhação, causando sofrimento e afetando a dignidade da pessoa humana, dor esta que exige reparação, configurando-se assim o dano moral indenizável. A indenização, embora não possa representar enriquecimento injustificado do ofendido, também deve atender ao caráter inibitório-punitivo, especialmente a prevenir reincidências, e atender ainda à natureza reparatório-compensatória que deve sempre informar as indenizações por dano moral, razão pela qual deve ser majorada para R\$ 6.000,00. Majoração da verba honorária que merece ser acolhida." (Apelação Cível Nº 70038115523, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça

do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 27/04/2011). (grifo nosso).

No que tange à proteção estatal frente ao indivíduo no papel de resguardar este princípio, vale mencionar que o mesmo deve atuar na proteção da integridade física e moral do ser humano, permitindo que, a partir de uma análise aprofundada, seja possível que haja a reparação de danos materiais e morais diante da violação do supracitado princípio, posto que são direitos tutelados na Constituição Federal e protegidos na esfera da responsabilidade civil.

Lutzky (2012, p. 71) propõe sobre o tema:

Sem respeito pela vida, pela integridade física da pessoa, sem condições mínimas de subsistência, sem proteção da intimidade, da identidade e da igualdade, não haverá a proteção da dignidade da pessoa humana (*lex generalis*) que consta no art. 1º, inciso III, da CF/88 e que, mais que norma ética e moral, é expressamente constitucional – como tal, deverá ser respeitada para produzir seus efeitos.

Com o desenvolvimento da metodologia contratual e de suas funções sociais, surgiu o princípio da boa-fé objetiva, com o propósito de incrementar as relações contratuais tornando-as mais sólidas, sendo que, em primeira instância, as partes devem observar a honestidade e fidelidade do contrato.

Entretanto, o citado princípio somente se consubstanciou no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código de Defesa do Consumidor no ano de 1990 que prevê em seu art. 4º, III e art. 51, IV, que:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal),

sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (grifo nosso). Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (grifo nosso).

Nessa perspectiva, é possível relacionar a boa-fé jurídica com a conduta ética do ser humano frente ao outro, posto que todos devem agir com lealdade e sinceridade com o intuito de obter uma relação jurídica clara, presando por evitar incidentes que possam gerar atos lesivos às partes. Primordialmente, o ideal é que no momento em que as partes celebram qualquer negócio, contratual ou extracontratual, a probidade deve ser aferida afim de que a conexão entre os contraentes seja sólida.

Salienta-se que o princípio da boa-fé objetiva não diz respeito apenas aos contratos jurídicos, mas também a qualquer relação que envolva pessoas, devendo, portanto, a todo custo evitar atos ilícitos que causem danos à outra parte, resultando em danos cíveis ou responsabilidade criminal. Um dos princípios básicos de extrema importância para a formação da boa-fé se trata do *venire contra factum proprium*, ou seja, proibição de comportamento contraditório.

Em síntese, nota-se que o código civil veda a conduta diversa da que foi realizada anteriormente pelo agente, ou seja, a partir do momento em que a pessoa adota um tipo de conduta na relação jurídica, é defeso que tenha um comportamento contraditório (ou contrário?). Nas palavras de Farias e Rosenthal (2016, p. 146):

O *venire contra factum proprium* (ou proibição do comportamento contraditório) evidencia de modo tão imediato a essência da obrigação de um comportamento conforme a boa-fé objetiva (ou seja, conforme o senso ético esperado de todos) que a partir dela é possível aferir a totalidade do princípio. Pois bem, a proibição do comportamento contraditório é modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva (CC, art. 422).

Como outro princípio imprescindível à reparação e valoração dos danos sofridos, a afetividade trata de direitos relacionados à família, posto que é a relação na qual o afeto se encontra em maior evidência. Aqui, o afeto é relacionado ao sentimento

de carinho e compaixão exteriorizado tanto no âmbito familiar quanto às relações interpessoais.

Nas palavras de Dias (2015, p. 52):

A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.

Como outro meio de expor a ideia de afeição entre os indivíduos para formar uma nova sociedade (família) o termo *affectio societatis*, muito utilizado no Direito Empresarial, traz à tona o conceito de que o afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família, mas possui também viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, conforme doutrina Sérgio Resende de Barros, “a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família”.

Diante disso, afirma-se que a emoção não existe apenas dentro da família, mas também pode ser encontrada na relação entre as famílias conforme descrito acima, sendo que a relação consanguínea não é exigida por sua estrutura, a observação e a convivência podem gerar sentimentos. É compreensível que as emoções estejam intimamente relacionadas ao princípio da dignidade humana, pois seja no trabalho ou em um ambiente vago, as emoções não estão apenas intimamente relacionadas aos familiares, mas também intimamente relacionadas às pessoas com quem vive. Neste ponto de vista, conclui-se que as emoções também contribuem para a construção psicológica das pessoas, e, ainda, colabora com o desenvolvimento normal da humanidade como um todo.

No estudo deste tema, Rizzardo (2013, p. 691) dispõe sobre:

De todos é conhecida a importância da afetividade, que envolve o vasto mundo de uma subjetividade decisiva na estrutura psíquica da pessoa, não podendo ser desligada de seu crescimento e formação. É incontestável que o afeto desempenha um papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano.

No entanto, tem sido amplamente discutido que quando as expectativas das pessoas de aceitar emoções são frustradas, elas podem ser compensadas moral e

materialmente. No entanto, em decorrência do caráter recente desses casos, o entendimento dessa questão nos tribunais brasileiros ainda é um tanto quanto imaturo. Porém, ainda assim, há julgamentos em que a responsabilidade pela indenização foi ocasionada pela responsabilidade civil extracontratual decorrente da prática de ato ilícito, pois o prejuízo das partes foi averiguado.

Neste sentido, é o seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. MENOR. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO GENITOR. DANO MORAL. CONFIGURADO. VALOR. MAJORAÇÃO. 1. A responsabilidade civil extracontratual, decorrente da prática ato ilícito, depende da presença de três pressupostos elementares: conduta culposa ou dolosa, dano e nexo de causalidade. 2. Por abandono afetivo entende-se a atitude omissiva dos pais, ou de um deles, no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole. 3. In casu, o relatório psicológico, bem como a conduta do Réu demonstrada nos autos, apontam para um comprometimento no comportamento do menor. 4. Tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, bem como a lesividade da conduta ofensiva do Réu, tem-se que o valor fixado na r. sentença atende aos princípios gerais e específicos que devem nortear a fixação da compensação pelo dano moral, notadamente o bom senso, a proporcionalidade e a razoabilidade. 5. Recurso improvido. (Acórdão n.800268, 20120111907707APC, Relator: GETULIO VARGAS DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: MARCO ANTONIO DA SILVA LEMOS, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 18/06/2014, Publicado no DJE: 04/07/2014. Pág.: 107. TJDFT)

Isto posto, é perceptível a constante evolução dos entendimentos adotados pelos tribunais brasileiros acerca do dever de afeto, uma vez que os danos psicológicos e materiais ocasionados pela falta de afetos dos pais em relação aos filhos, agora estão sendo utilizados como fonte de uma nova abordagem abrindo precedentes para o julgamento de outros tipos de relações afetivas.

4. O ESTELIONATO SENTIMENTAL E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E IMATERIAIS NOS RELACIONAMENTOS NÃO PROTEGIDOS JURIDICAMENTE

Ao tratar sobre as relações que estão totalmente protegidas pelo ordenamento jurídico, o casamento, importante instituição do direito de família cujos direitos são destinados a proteger a relação e evitar danos ao ente familiar, atualmente abraça novas modalidades de uniões basilares, tal qual a união homoafetiva.

O motivo deste fato nada se justifica pela existência de autonomia da vontade das partes, em outras palavras, se trata de uma relação baseada principalmente em laços afetivos. Esse conceito também é o que diferencia a união estável uma vez que tem como requisito o ânimo de constituir família, além de possuir proteção constitucional e infra constitucional.

Nesse interim, há a pronúncia do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vejamos:

UNIÃO ESTÁVEL. PRESSUPOSTOS. INEXISTÊNCIA DE AFFECTIO MARITALIS, DE PUBLICIDADE, COABITAÇÃO E COMUNHÃO DE INTERESSES. NAMORO. 1. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela affectio maritalis. 2. Embora inequívoca a relação amorosa havida entre os litigantes, não ficou caracterizada uma união estável, mas sim uma relação de namoro, pois nada nos autos sugere tenha havido a intenção de constituir família, não restando demonstrada uma comunhão de vida e de interesses. Recurso desprovido. (TJ-RS - AC: 70040168478 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 13/01/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/02/2012) Ressalta-se que até então, o namoro não tem incidência protetiva no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista não ser caracterizado pelo âmbito familiar, sendo considerada uma mera autonomia de vontade entre as partes, onde prevalece a afetividade ou o amor, que leva ambos se conhecerem melhor, para que caso queiram, no futuro,

terem ânimo familiar, ou seja, é uma pré-condição para o noivado ou casamento. Nestes termos, afirmam Farias e Rosendal (2012, p. 27)

O namoro caracteriza-se pelo conceito emocional e / ou sexual da relação entre duas pessoas, a qual apresenta um grau de compromisso inferior ao do casamento, podendo ser caracterizada como pré-requisito para o noivado ou casamento. Além do namoro, não há proteção legal para outros relacionamentos emocionais, isso porque são apenas relacionamentos temporários, de caráter passageiro. Na maioria das vezes, nem mesmo representam os sentimentos ou o amor entre as partes, e não há necessidade de se falar em proteção jurídica, pois se trata apenas de um acordo de vontade. Posto isto, por ser o namoro um acordo entre as duas partes e não se pretender, em sua maioria, constituir família, o ordenamento jurídico brasileiro não o trata como entidade familiar, portanto, devido à liberdade de conveniência das partes relacionadas.

Entretanto, apesar de não ser considerado uma instituição familiar, destaca-se que o judiciário tem se preocupado com questões relevantes ocasionadas com a modernização dessas relações afetivas. Sendo assim, iniciou-se um processo de proteção a esses relacionamentos quando há a possibilidade de existência de um ato ilícito proveniente do abuso sentimental.

Em um processo iniciado no ano de 2014, a parte autora alegou ter sofrido o nomeado "estelionato sentimental" chamando a atenção do poder judiciário em consequência do levantamento de questões significativas sobre a possibilidade da existência de um direito violado a ser indenizado. A juíza de Direito Silvana Carvalho Soares, da 4ª vara Cível de João Pessoa, observou que o réu se utilizou da confiança da promovente, acenando com possibilidade de grandes lucros e de uma parceria e casamento, no campo pessoal, veja-se:

O réu, entendendo os sentimentos da autora em relação a ele, praticou conduta ilícita consistente em exploração econômica, mediante ardil, o que se convencionou chamar na doutrina e na jurisprudência de estelionato sentimental, pretendendo obter vantagem ilícita de sua 'namorada', na vigência do relacionamento, com o único propósito de, valendo-se de meios fraudulentos e sem observância da boa-fé objetiva, obter vantagem que não lograria se não houvesse o envolvimento amoroso. (Processo nº 0066782-21.2014.815.2001)

O que acontece é que, por se tratar de uma relação não prevista e longe de ser protegida pelo ordenamento jurídico, a abertura desse precedente ainda encontra obstáculos para o seu completo entendimento uma vez que nesse tipo de relacionamento, conforme já mencionado, se baseia somente na vontade entre as partes, não existindo deveres um para com o outro e adquirindo o caráter de relação efêmera, além de não ter o ânimo de constituir família.

A responsabilidade civil é um instituto do direito brasileiro do qual protege o agente de um dano causado por outrem, podendo ser de ordem material ou moral. Tratando-se do “Estelionato Sentimental” – usar o afeto de outrem para auferir vantagens patrimoniais, possível vislumbrar a proteção a partir do estudo da Responsabilidade Civil, ilícitos civis, abuso de direito, enriquecimento sem causa, princípio boa-fé objetiva, princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da afetividade. Essa obrigação decorre da ocorrência do ilícito civil, da qual a parte causadora de tal ilícito deverá arcar com o dano ocorrido a outra parte. Ocorre que, em muitos relacionamentos afetivos, muitas pessoas não buscam a reparação, pois acredita-se que, por se tratar do afeto, não haveria obrigação.

Entretanto, apesar dessa falta de proteção jurídica, sempre que houver algum tipo de violação de direitos de terceiros, ou seja, se houver dano, haverá o direito de reparação. No que se refere a essa matéria, leciona Wald (2011, p. 292-293):

Traduz-se no dever de indenizar ou ressarcir o dano causado pelo inadimplemento do dever jurídico existente na relação jurídica originária. De modo que o não cumprimento do dever na relação jurídica, pelo sujeito passivo, acarreta lesão ao direito do sujeito ativo; este que, por sua vez, pode recorrer ao estado, para que, além de obter a prestação devida, busque o ressarcimento pelos prejuízos a que foi vítima.

A respeito do abuso de direito, Rizzardo (2013, p. 513) ensina que:

O abuso de direito envolve excessos ou desmandos no exercício de direito. A pessoa extrapola os limites necessários na sua defesa, ou na satisfação dos direitos que lhe são legítimos (...) Resumidamente, o abuso de direito envolve o exagero no exercício de direitos; verifica-se na forma de agir, ou seja: No gozo ou exercício de um direito provoca-se uma grande injustiça.

Esses excessos não são perceptíveis apenas no abuso de direito. Um dos comportamentos ilegais que leva à destruição constante das relações interpessoais é o enriquecimento sem causa, que é quando alguém "fica rico" sem motivo específico, mas à custa de outros.

Se for constatado que em uma situação emocional a diminuição de um bem e o aumento de outro estão relacionados à causalidade, e for comprovado que o comportamento é ilegal, é possível reparar o dano.

Nas palavras de Almeida (2015, p. 89.):

Quando a intenção é a de provocar uma expectativa desnecessária, de proceder em agressões físicas e psicológicas, de tentativa de enriquecimento ilícito ou qualquer atitude que fuja a normalidade das relações entre casais, aí sim se adentra à esfera da responsabilidade civil pelo cometimento de ato ilícito, no campo moral. Não só no âmbito civil se vê a possibilidade de reparação de danos nos relacionamentos afetivos. Os três princípios que já foram estudados em tópicos anteriores também dão ensejo a proteção jurídica.

O princípio da dignidade humana tem uma definição ampla, que pode atender a certos requisitos no campo do estatuto pessoal e dos direitos humanos. Porém, do ponto de vista das relações afetivas, o que importa são os direitos mínimos de cada componente da relação, ou seja, a partir do momento em que a barreira de direitos mínimos de qualquer parte é violada, a busca por direitos perdidos pode ser observada.

O que se pode discutir a esse respeito é até que ponto esse tipo de "afetividade" produz efeitos e direitos nas relações amorosas que não são amparadas pela lei, pois as relações afetivas puras e simples ainda não estão claras no ordenamento jurídico e no direito da família como o namoro ou noivado, principalmente no âmbito civil.

Acredita-se que como a confiança emocional desempenha um papel tão importante na natureza do ser humano, uma vez rompida a confiança emocional, pode-se partir da pesquisa de hipóteses de responsabilidade civil e da análise de casos específicos, a fim de buscar uma maior proteção jurídica.

O poder judiciário continua em constante evolução no que concerne a essa temática, mas, desde já, o reconhecimento da responsabilidade civil subjetiva do agente causador de lesão aos direitos de terceiros, motivado pelo afeto, tem sido

matéria recorrente pautada pelo estelionato sentimental e até mesmo abandono afetivo.

5. CONCLUSÃO

Diante de todas as circunstâncias anteriores, ressalta-se que em razão do contencioso adotado pelo Tribunal do Distrito Federal, que inovou quanto à alegação da parte autora pautada na existência de fraude emocional, ou seja, o pedido conferido de indenização por danos materiais e imateriais, tem causado grande repercussão na comunidade jurídica.

Desde então, a possibilidade de ajuizar tal ação diante de um relacionamento que não tem proteção jurídica no direito de família, encontra agora respaldo na responsabilidade civil subjetiva levando em conta seus pressupostos de admissibilidade.

Nesse limiar, a partir do mencionado precedente, possibilita-se aqui o uso de uma nova abordagem da responsabilidade civil perante esses tipos de relacionamentos baseados unicamente na vontade das partes e no afeto, eis que, futuras demandas inseridas nessa tipologia vão possuir respaldo jurídico na jurisprudência pátria.

No presente artigo de estudo, insta destacar que os pressupostos da responsabilidade civil (dano, ação e nexo de causalidade) foram devidamente explanados, bem como acerca da caracterização e maneiras de identificar o dano a ser indenizável. Assim, conforme já exposto, a ação é um ato de vontade do agente (conduta), o dano se traduz na lesão sofrida por terceiros e o nexo de causalidade nada mais é do que a conexão entre os elementos anteriores. Ressalta-se que, se não houve essa ligação, não há o dever de indenizar.

Enquanto na responsabilidade civil objetiva não é necessária a presença de dolo ou culpa, respondendo o agente por todos os danos causados sob sua responsabilidade, no que consiste aos relacionamentos não previstos juridicamente, o que se sobrepõe é a responsabilidade civil subjetiva.

A partir deste instituto, muitas perguntas são respondidas, pois os requisitos se completam, sendo uma base jurídica de extrema relevância na hora de se analisar os casos concretos, principalmente pelo pressuposto do nexo de causalidade, que liga a conduta ao resultado/dano sofrido pela pessoa que irá ao judiciário requerer seus direitos.

Muitas perguntas podem ser respondidas por este instituto uma vez que tais requisitos são complementares entre si e fazem parte da base jurídica de análise desses casos específicos, sobretudo pelo nexos de causalidade que interliga a conduta ao dano sofrido ou resultado do ato lesivo.

Outro tópico tão importante quanto a responsabilidade civil, são os princípios constitucionais que norteiam a análise das lesões pertinentes aos relacionamentos. Isso porque trata-se de direitos no tocante ao mínimo existencial inerente ao ser humano, sendo eles a moral, a honra, a virtude e até mesma a definição de humanidade, impedindo que o indivíduo seja tratado como um objeto.

Ademais, os princípios da boa-fé objetiva e da afetividade também se enquadram como importantes requisitos no momento de enquadramento da aferição do dever de indenizar, até porque, quando da ausência de veracidade e de afetividade, há então a presença de um direito lesionado a ser indenizado.

Portanto, com a obtenção da prova do dano, e, especialmente, o esgotamento da relação jurídica, torna-se pertinente às partes a busca do ressarcimento das lesões sofridas frente ao judiciário.

Por mais que seja extremamente trabalhoso provar a ocorrência dos danos morais sofridos, os danos patrimoniais, por se tratar de um bem concreto, são de fácil comprovação, tendo em vista que pode ser feita uma análise consubstanciada da lesão.

É necessário enfatizar que, o que tem-se buscado hoje em dia se respalda na proteção das pessoas e das relações sociais vividas tendo o indivíduo um papel importante na construção da sociedade. Nesse ponto de vista, a partir do momento em que o dano causado à personalidade inerente ao ser é verificado e o equilíbrio é destruído, inicia-se um processo de restabelecimentos dessa situação posto que a sociedade se encontra em constante evolução e transformação, o que pode ser a explicação dessa nova leitura da responsabilidade civil no que concerne aos relacionamentos não protegidos pela norma.

6. REFERÊNCIAS

ASSIS E MENDES. **Estelionato Sentimental, o que é e como reparar.**. Disponível em: <https://assisemendes.com.br/estelionato-sentimental-o-que-e-e-como-reparar/>. Acesso em: 1 abr. 2020.

BRASIL ESCOLA. **ESTELIONATO SENTIMENTAL - QUANDO O AMOR PAGA A CONTA.** Disponível em:

<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/atualidades/estelionato-sentimental-quando-amor-paga-conta.htm>. Acesso em: 1 abr. 2021.

CONTEÚDO JURÍDICO. **Estelionato sentimental: reparação de danos cabíveis em razão do estelionato de afeto.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54397/estelionato-sentimental-reparao-de-danos-cabveis-em-razo-do-estelionato-de-afeto>. Acesso em: 29 mar. 2021.

DIREITO LEGAL. **Resumo de Responsabilidade Civil.** Disponível em: <https://direito.legal/direito-privado/direito-civil/resumo-de-responsabilidade-civil/>. Acesso em: 1 abr. 2021.

DIREITO PROFISSIONAL. **Conheça as características da responsabilidade civil no Brasil.** Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/responsabilidade-civil/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

DIREITONET. **Responsabilidade civil no Direito brasileiro: pressupostos e espécies.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8754/Responsabilidade-civil-no-Direito-brasileiro-pressupostos-e-especies>. Acesso em: 28 mar. 2021.

ECONOMIAESTADAO. **O que é o estelionato afetivo e como pode ser punido cuidado com quem voce escolhe para se relacionar.** Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/releases-ae,o-que-e-o-estelionato-afetivo-e-como-pode-ser-punido-cuidado-com-quem-voce-escolhe-para-se-relacionar,70001675554>. Acesso em: 29 mar. 2021.

IBGEFAM. **Condenado por estelionato sentimental, homem terá que pagar dívidas e indenização por dano moral à ex.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7153/Condenado+por+estelionato+sentimental,+homem+ter%C3%A1+que+pagar+d%C3%ADvidas+e+indeniza%C3%A7%C3%A3o+por+dano+moral+%C3%A0+ex>. Acesso em: 2 abr. 2021.

JUS. **O relacionamento abusivo pelo estelionato sentimental.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86546/o-relacionamento-abusivo-pelo-estelionato-sentimental#:~:text=Em%20decorr%C3%A2ncia%20de%20seus%20elementos,vantagem%20il%C3%ADcita%2C%20em%20preju%C3%ADzo%20alheio%2C>. Acesso em: 1 abr. 2021.

JUS. **Requisitos da Responsabilidade Civil**. Disponível em: <https://jus.com.br/tudo/requisitos-da-responsabilidade-civil/3>. Acesso em: 28 mar. 2021.

JUSBRASIL. **Estelionato Sentimental: O Golpe do Amor**. Disponível em: <https://rafaelsales01.jusbrasil.com.br/artigos/746595752/estelionato-sentimental-o-golpe-do-amor>. Acesso em: 1 abr. 2021.

JUSBRASIL. **O que é Estelionato Sentimental e como a Psiquiatria Forense pode contribuir?**. Disponível em: <https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/417120168/o-que-e-estelionato-sentimental-e-como-a-psiquiatria-forense-pode-contribuir>. Acesso em: 3 abr. 2021.

MACARIO E BARCELOS. **Você sabe o que é estelionato sentimental?**. Disponível em: <https://www.macarioebarcelos.com.br/single-post/estelionato>. Acesso em: 30 mar. 2021.

MARCOS MARIO T. **Responsabilidade civil: Resumo Doutrinário e principais apontamentos**. Disponível em: <https://marcusmariot.jusbrasil.com.br/artigos/405788006/responsabilidade-civil-resumo-doutrinario-e-principais-apontamentos#:~:text=A%20responsabilidade%20civil%20consiste%20no,com%20a%20toda%20a%20coletividade.&text=Ou%20seja%2C%20a%20ningu%C3%A9m%20%C3%A9,de%20causar%20preju%C3%ADzo%20a%20outrem..> Acesso em: 1 abr. 2021.

MIGALHAS. **Homem deve indenizar mulher por estelionato sentimental**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/306045/homem-deve-indenizar-mulher-por-estelionato-sentimental>. Acesso em: 30 mar. 2021.

NUCLEO DO CONHECIMENTO. **ENSAIO SOBRE ESTELIONATO SENTIMENTAL: A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM RAZÃO DA EXPLORAÇÃO ECONÔMICA NAS RELAÇÕES DE NAMORO**. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/estelionato-sentimental>. Acesso em: 29 mar. 2021.

OPICEBLUMACADEMY. **Estelionato sentimental virtual: medidas preventivas e corretivas**. Disponível em: <https://opiceblumacademy.com.br/2020/03/estelionato-sentimental-virtual/>. Acesso em: 2 abr. 2021.

TJDFT. **Ação de indenização por estelionato sentimental é julgada improcedente**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/fevereiro/acao-de->



indenizacao-por-estelionato-sentimental-e-julgada-improcedente. Acesso em: 30 mar. 2021.

ÂMBITO JURÍDICO. **Responsabilidade civil: Origem e Pressupostos gerais.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/>. Acesso em: 1 abr. 2021.

MEDIDAS CAUTELARES: MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE RESSOCIALIZAÇÃO DE PRESOS

RHAYLLA MARTINS PARRIÃO:

Bacharelada em Direito pela Universidade Católica do Tocantins. Palmas-TO.

WELLINGTON GOMES MIRANDA¹⁴⁶

(orientador)

RESUMO: O objetivo principal deste trabalho é discutir a eficácia do monitoramento eletrônico na ressocialização de presos em Palmas-TO, discutindo a monitoração eletrônica como uma solução para superlotação carcerária avaliando seu uso como facilitador da reintegração e prevenção da volta ao mundo do crime. Para tanto, fizemos uma revisão bibliográfica nas diversas bases de dados. Observamos que os primeiros relatos do uso de monitoração eletrônica data da primeira guerra mundial, a partir daí foi se desenvolvendo nos diversos países e hoje é utilizada como uma medida cautelar diversa a prisão. Existem alguns estudos que refutam o seu uso, devido à estimação dos condenados por usarem um aparelho preso ao corpo. No entanto diante de várias análises, percebemos que a perda dos direitos fundamentais do ser humano é menor quando faz uso das tornozeleiras do que quando cumpre a sua pena no cárcere, e isso facilita a ressocialização e a reintegração social do condenado.

Palavras-chave: Monitoração eletrônica; medida cautelar; ressocialização.

ABSTRACT: The main objective of this work is to discuss the effectiveness of electronic monitoring in the rehabilitation of prisoners in Palmas-TO, discussing electronic monitoring as a solution to prison overcrowding, evaluating its use as a facilitator of reintegration and prevention of a return to the world of crime. For that, we carried out a literature review in the different databases. We note that the first reports of the use of electronic monitoring date from the first world war, since then it has been developed in different countries and today prison is used as a precautionary measure. There are some studies that refute its use, due to the estimation of those convicted for using a device attached to the body. However, in view of several analyses, we realize that the

¹⁴⁶ Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola de Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins. Professor do curso de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins.

loss of fundamental human rights is less when using anklets than when serving their sentence in prison, and this facilitates the convict's resocialization and social reintegration.

Keywords: Electronic monitoring; precautionary measure; resocialization.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Materiais e Métodos. 2 Revisão da literatura. 3 Análise dos resultados. 4 Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Discutir “como punir” tem se tornado alvo de várias reflexões dentre as várias entidades acadêmicas. Uma das prerrogativas para o ato penitenciário é a existência de um Estado Democrático de Direito que pressupõe o respeito às garantias e direitos fundamentais de todos os seus cidadãos, mesmo os que estão em situação de privação de liberdade.

Assim, desde que começaram a surgir os primeiros debates sobre o monitoramento eletrônico como uma medida cautelar adversa à prisão, o instrumento passou por várias definições e alterações incluindo a evolução tecnológica e, mesmo nos dias de hoje, depois de tamanha evolução o tema ainda pode ser considerado recente. Ademais, além de recente ainda poder ser um termo polissêmico de estudo, interpretação e ação subjetiva.

A superlotação das unidades carcerárias em todo o Brasil torna-se um empecilho para a garantia do respeito aos direitos humanos. Fazendo o uso das palavras de Japiassú (2008), o uso do monitoramento eletrônico surge como uma maneira de fazer com que o apenado cumpra a sua pena em um local que não seja uma unidade prisional e contribua assim com a diminuição da população carcerária e torna mais rápido e fácil o processo de ressocialização do apenado.

Este estudo surgiu devido a aparente necessidade de responder aos questionamentos feitos acerca deste tema, que, até então, parece estar longe da nossa realidade, mas, se levarmos em consideração a quantidade de usuários de tornozeleiras eletrônicas para o monitoramento da movimentação dos indivíduos condenados, veremos que não está tão distante assim, e dar uma resposta a essas questões contribui para desmistificar o conceito ou o preconceito que este fenômeno pode causar.

Por ser uma medida relativamente nova no Brasil, questiona-se sobre o seu papel na ressocialização da comunidade carcerária e objetiva a nova retomada do indivíduo na sociedade de forma civilizada, com o intuito de não mais delinquir. Deve-se pensar na forma econômica e significativa voltada para o desafogamento do sistema carcerário como uma “esperança” e oportunidade para o apenado.

As finalidades do sistema de monitoramento eletrônico podem ser: a detenção, que assegura a permanência do indivíduo em determinado lugar; a restrição, pois garante que o indivíduo não frequente certos locais ou não se aproxime de certas pessoas, em especial testemunhas, vítimas e coautores; e a vigilância, que permite controle e acompanhamento de todos os atos praticados pelo monitorado de forma irrestrita. Se observarmos que esses usuários terão a possibilidade de ficar mais próximos de suas famílias, alguns com oportunidade de trabalho e o distanciamento social de outros delinquentes, e das más condições atuais do cárcere brasileiro, esse sistema pode sim ser eficaz e benéfico tanto para os seus usuários quanto para o Estado.

Diante desse contexto de avanços e novidade, busca -se compreender a suficiência da tornozeleira eletrônica na forma de retribuição e prevenção de novos delitos associados com a alternativa de melhoria do sistema prisional com ações efetivas no combate a violência na sociedade e enfretamento as propostas de más condições e desumanidade carcerária, visando o mínimo de dignidade possível assegurado na constituição. Nessa circunstância, questionamos: Como o monitoramento eletrônico promove a ressocialização de presos e acusados na sociedade de Palmas?

O estudo visa discutir a eficácia do monitoramento eletrônico na ressocialização de presos. Mais especificamente, a utilidade do monitoramento como alternativa à não superlotação carcerária; avaliar a monitoração eletrônica como forma retributiva e preventiva extramuros, na sociedade brasileira.

Para tanto abordaremos de forma sucinta a evolução dos sistemas de monitoramento eletrônico, a realidade do sistema prisional, as medidas cautelares diversas à prisão e por fim uma breve explanação a respeito do uso de tornozeleiras eletrônicas como um facilitador da ressocialização dos presos.

Tendo em vista o cunho social desta pesquisa, a metodologia aplicada será qualitativa e bibliográfica com a análise de dados que deverão ser coletados em sites e revistas que tratam da monitoração eletrônica.

1 MATERIAIS E MÉTODOS

Pode-se perceber que ao longo da vida acadêmica os discentes se encontram diante de muitas dificuldades e uma delas é cumprir com as exigências que as universidades e faculdades impõem, elaborar um texto científico obedecendo as normas padrão como o desenvolvimento e até mesmo a estruturação de um trabalho, pode se tornar um tormento na vida de um estudante. Dessa maneira surge a metodologia científica que, dentre outros, objetiva esquematizar a produção textual de uma pesquisa.

Atualmente a internet é uma fonte indispensável para a pesquisa científica nos diversos campos de conhecimento. A internet representa um vasto acervo de dados que estão à disposição e que podem ser acessados com certa facilidade por qualquer pessoa.

A pesquisa bibliográfica que de acordo com Gil (2008) deve se desenvolver a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. A revisão de literatura mostra o pesquisador atualizado nos fatos e nos acontecimentos do seu campo de pesquisa e sua finalidade é colocar o pesquisador em contato com o que já foi escrito e publicado sobre o tema em questão, no entanto deve propiciar um novo ponto de vista podendo chegar a novas conclusões.

Visando trazer à tona discussões sobre a ressocialização de apenados através do uso de tornazeleiras eletrônicas faremos uma abordagem qualitativa, segundo Demo (2011) Uma das dimensões da qualidade aponta para o sujeito capaz de fazer a história própria, sugerindo o horizonte fundamental de 'se fazer', dentro das circunstâncias dadas. Quando se trata do aspecto de fazer a própria história há a possibilidade do questionamento, e da análise subjetiva dos fatos.

Desta maneira as etapas realizadas nesta pesquisa foram

- a) definição e delimitação do tema;
- b) levantamento bibliográfico preliminar;
- c) formulação do problema norteador;
- d) definição dos descritores e dos critérios de inclusão e exclusão;
- e) seleção da base de dados e dos artigos e dos estudos que foram incluídos nesta pesquisa;
- f) interpretação dos resultados;
- g) apresentação da revisão integrativa.

Os resultados da pesquisa e a discussão dos dados serão divididos em quatro partes, primeiramente faremos uma pesquisa sobre o histórico das tornozeleiras eletrônicas, como surgiu e as primeiras finalidades. Em seguida será explanado sobre a atual situação do sistema carcerário no Brasil, acompanhado por de uma breve explanação das medidas cautelares e por fim abordaremos sobre o uso das tornozeleiras eletrônicas.

2 REVISÃO DA LITERATURA

A lei brasileira prevê, desde 2010, o uso de monitoramento eletrônico para presos que seguem alguns requisitos,

De acordo com Isidro (2017) O monitoramento eletrônico de presos, propicia uma vigilância constante, concretizada pelo avanço da tecnologia nos dias atuais. No entanto, mesmo antes de tantos avanços tecnológicos, este recurso já era utilizado.

Esse tipo de monitoramento surgiu por volta de 1919 com o uso da telemática pelo exército norte americano, para monitorar as movimentações dos barcos e aviões que levavam os presos, usando radiofrequência, (ISIDRO, 2017). A partir daí, essa tecnologia começou a ser aprimorada e usada em outros campos de estudos, como por biólogos para monitorar as movimentações de aves e animais.

Apesar de ter sido usada pela primeira vez no Canadá para controle e manutenção de presos em seu domicílio, somente em 1964 a vigilância eletrônica recebeu uma nova dinâmica de estudos, quando um grupo de psicólogo desenvolveu um transmissor portátil formado por um cinturão com bateria e transmissor e por uma espécie de relógio que continha o sensor (ISIDRO, 2017).

De certo modo nesse período as tornozeleiras eletrônicas ainda não tinham atingido ao ápice de funcionabilidade, pois a tecnologia não permitia a localização do usuário com extrema eficácia e seu principal objetivo era de monitorar a localização de doentes mentais e os apenados que tinham adquirido liberdade provisória. No entanto este foi somente o pontapé inicial para o desenvolvimento de tecnologias que garantissem efetivamente o monitoramento da localização de pessoas.

Mais tarde, um estudo realizado em Cambridge, Massachusetts que teve como sede a Igreja Batista de Cambridge, contou com a participação de alguns voluntários, todos delinquentes, que usavam um equipamento que tinha as dimensões de 15 x 7cm, 6 x 2,5cm, aproximadamente, e pesavam cerca de 1 kg, causou uma reação

negativa por boa parte da comunidade científica, mas consistia em uma novidade tecnológica e teve bastante impacto para o período (ISIDRO, 2017).

No final da década de 70 o juiz Jack Love, de Albuquerque, no Novo México pediu ao engenheiro eletrônico Michael Goss, que desenvolvesse um dispositivo de monitoramento eletrônico que foi testado inicialmente no próprio juiz e em alguns presos. Logo em seguida foram produzidos os primeiros protótipos e em cinco anos 27 estados já faziam uso do monitoramento eletrônico, (ISIDRO, 2017). Hoje, a iniciativa rompeu barreiras e é usada em vários países do mundo.

No Brasil, o uso de monitoramento eletrônico é bastante recente, data de 2010 quando foi sancionada a Lei nº 12.258/10, de acordo com Cruz (2020), O texto legal aprovado no Congresso Nacional previa o amplo uso do monitoramento eletrônico pelo juízo da execução penal, mas o então Presidente da República vetou diversos dispositivos, restando apenas a possibilidade de aplicar o novo sistema nas autorizações de saída temporária e de prisão domiciliar do detento (BRASIL, 2010).

Atualmente, de acordo com Lima (2020) a partir do viger da Lei nº 12.403/11, o monitoramento eletrônico deixa de ser usado apenas como execução penal tornando possível ser usada como medida cautelar autônoma e substitutiva da prisão, evitando o contato do agente com o cárcere.

Por ser muito recente a implantação do monitoramento eletrônico ainda não atingiu as suas metas no sistema prisional brasileiro e pode ser explorado a fim de oferecer mais eficácia no ato de cumprimento da pena e facilitando a ressocialização do apenado, ficando assim perceptível que o sistema evoluirá.

O Sistema Prisional consiste em um conjunto de mecanismos de controle social que são usadas para punir determinadas transgressões da lei. É o conjunto de estabelecimentos de regime aberto, regime semiaberto, regime fechado, masculinos e femininos incluindo os demais estabelecimentos penais.

Atualmente Departamento Penitenciário Nacional possui um banco de dados para a divulgação dos dados do sistema prisional brasileiro, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, que tem o objetivo de diagnosticar a realidade prisional brasileira. De acordo com as com informações coletadas neste ambiente tecnológico, o sistema prisional brasileiro abriga mais de 740 mil condenados nos seus diversos sistemas.

As informações divulgadas pelo Infopen, dezembro/2019, o estado do Tocantins conta com um total de 4.481 indivíduos que cumprem pena, dentre estes, mais da metade em sistema de regime fechado. A cidade do estado que possui a maior quantidade de presos é a capital Palmas que conta com um total de 1.229 condenados, sendo que 420 cumprem pena em regime fechado, 417 em regime semiaberto, 2 em regime aberto, 388 em estado provisório e 2 cumprem medida de segurança. Dentre eles 408 apenados cumprem a sua pena fazendo o uso do monitoramento eletrônico.

Usando os dados obtidos através do Infopen, dez/2019 juntamente com informações do Obtidas no portal da transparência, estima-se que cada preso brasileiro tenha um custo mensal de pelo menos 2.500 reais aos cofres públicos.

Medidas cautelares, pode, sobretudo, ser entendida como procedimentos que tem disposição de prevenir, consertar ou defender os direitos dos acusados. É de competência originária do Supremo Tribunal Federal julgar o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade (CRFB, art. 102, I).

De acordo com Cruz, (2020) as medidas cautelares têm por objetivo imediato a proteção dos meios ou dos resultados do processo, o que lhe confere a qualificação de "instrumento do instrumento". Em completude Cruz, (2020, p. 19), "relata que na busca da proteção assegurada ao processo pelas providências de cunho cautelar, interesse e direitos podem vir a ser sacrificados em maior ou em menor grau".

Nesse sentido, compete ao poder judiciário decidir qual tipo de medida cautelar deve ser adotada, Cruz, (2000) ressalta que podem ser aplicadas aos autores de quaisquer crimes culposos e crimes que a lei preveja a possibilidade de substituição de pena.

As restrições para a aplicação de medidas cautelares, o Código Processo Penal (BRASIL, 2011) em seu artigo 319 retrata que uma delas é quando refere-se à "internação provisória do acusado, considerado inimputável ou semi-imputável, cautela que apenas poderá ser aplicada quando se cuidar de crime praticados mediante violência ou grave ameaça "(Inciso VII). Esse mesmo artigo evidencia o monitoramento eletrônico como um tipo de medida cautelar.

Japiassú (2008) ressalta que existem três justificativas para adotar a monitoração eletrônica como uma forma de medida cautelar, o combate à superpopulação carcerária, a redução dos custos advindos do sistema prisional, fundado na lógica do confinamento intramuros e minimizar os números da reincidência criminal.

Daí o monitoramento eletrônico, Cruz (2020, p. 216), “surge como uma forma de garantir maior grau de eficácia as outras medidas alternativas à prisão”, e ainda que obriga ao “sujeito passivo da medida permanecer em determinado local ou não se aproximas de pessoas ou lugares”.

Diante da crise carcerária que o Brasil vive, o monitoramento eletrônico surge como um instrumento para de desafogar as prisões de sua crescente população carcerária. Segundo o Isidro, (2017), essa alternativa diversa a prisão visa proporcionar aos cidadãos usuários uma pena mais humanizada que afaste o caráter puramente negativo da coerção penal, e dessa forma ir de encontro com o artigo III da Constituição da República Federativa do Brasil que garante a dignidade da pessoa humana como a principal fundamento do estado democrático de direito por nós a ser vivenciado.

Garantir de modo efetivo a dignidade humana é uma tarefa que compete ao órgão que acusa e que julga o acusado, e segundo Cruz, (2020) implicando que o mesmo, deve conhecer efetivamente a pessoa que está sendo acusada. Faz-se necessário uma investigação cautelosa de seu passado, levando em consideração entre outras coisas, os traumas, o seu grau de instrução, o seu desenvolvimento psíquico e os principais acontecimentos em sua vida.

Logo, promulgar a sentença que um acusado deve cumprir pra se redimir de um crime cometido é bastante subjetivo ao juiz que o acusa. Tendo em vista que garantir o respeito a sua dignidade moral é um dos pilares de todos os intervenientes no processo penal de forma a assegurar a sua participação constitutiva na declaração dos direitos humanos. Uma das obrigações do Estado no que diz respeito é assegurar a ressocialização do apenado na forma da lei (CRUZ, 2020).

Cumprir a pena fazendo o uso de monitoração eletrônica consiste na implantação de um dispositivo eletrônico que emite um sinal que é captado em uma central de monitoramento eletrônico que dá a localização exata e em tempo real do indivíduo que a usa. Se associarmos a ressocialização do preso com a sua volta ao convívio social, o uso de tornozeleiras eletrônicas pode se tornar um instrumento bastante eficaz para o cumprimento de penas.

3 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

O artigo 319 da lei 12.403/11 prevê a monitoração como medida cautelar diferentes da prisão, e representa um avanço em relação à maleabilidade da aplicação da pena facilitando para que o juiz possa adaptar-se a realidade da situação, deixando o sujeito infrator penal vinculado ao processo penal ao qual está submetido (SANTOS; SCHEIKMANN, 2012).

Existem pensamentos contraditórios a respeito da preservação da dignidade da pessoa humana quando submetida à monitoração eletrônica, Weis, (2007) diz que o sentenciado ao uso de tornozeleiras, pode sofrer o constrangimento de ser identificado na rua como um criminoso ser atacado com injúrias, ser agredido fisicamente, entre outros tipos de coação. Partindo deste pressuposto a exposição pública do dispositivo pode dificultar a reinserção social da pessoa processada além de ferir o os tratados internacionais dos direitos humanos disposto no artigo 1º da Lei de Execução Penal.

Ainda negativamente a implantação do monitoramento eletrônico está o argumento relacionado aos altos custos de implantação, instalação e manutenção do aparelho. A tecnologia usada está atrelada a algumas empresas particulares levando a administração do sistema penitenciário brasileiro manter-se subordinada a contratos de prestação de serviços (WEIS, 2007).

No entanto alguns estudiosos defendem que a monitoração eletrônica por ter como objetivo principal estabelecer controle sobre a localização do criminoso, não fere o princípio da dignidade humana justamente por não submeter o sujeito aos cárceres superlotados, sem nenhuma privacidade, com alimentação impróprias, entre outros adjetivos característicos da realidade do sistema prisional brasileiro (SANTOS; SCHEIKMANN, 2012).

Vale aqui lembrar que não existe encarceramento sem ser institucionalizado legalmente por um juizado competente (FOUCAULT, 2008). Vale também observar que os presos em estabelecimentos penais devem ter seus direitos humanos preservados. No entanto, eles são submetidos a enfrentarem problemas como a superlotação carcerária, espancamentos, falta de políticas públicas que contemplem programas de reabilitação entre outros (GRECO, 2009).

Foucault, (2008) diz que as prisões devem contemplar duas dimensões: o castigo legal e os mecanismos disciplinares. No entanto as instituições compactadas não conseguem subsidiar todos as demandas sociais dos encarcerados levando a processos disciplinares muito rigorosos e intolerância total aos menores atos de

indisciplina fabricando não somente a submissão, como também a delinquência através dos mesmos mecanismos. Assim, nos resta saber se a prisão será ou não corretiva; se a legalidade e os direitos humanitários serão respeitados efetivamente; se diante do exposto o prisioneiro será capaz de ser reinserido na sociedade e no limite, a questão não está na alternativa prisão ou outra coisa diferente da prisão.

Diante da necessidade premente de se suplantar o caos penitenciário e dos valores que estão em jogo, o monitoramento eletrônico se revela uma medida capaz de atingir as finalidades a que se propõem (alívio da massa carcerária e manutenção do poder de vigilância), restringindo em menor proporção os direitos envolvidos (liberdade e privacidade) (GRECO, 2009).

É com base nisso que surge a ideia de implantação do sistema de monitoramento eletrônico, justamente para aliar a modernidade do século XXI com a falência da pena privativa de liberdade cumprida em penitenciárias degradantes. Logo, o monitoramento eletrônico certamente não ferirá mais a dignidade da pessoa humana do que as penitenciárias já se encarregam desse papel.

Por meio da solução tecnológica, o acusado e o apenado teriam condições de circular com relativa liberdade, permitindo o acesso ao trabalho, bem como a participação em cursos e atividades educativas, além do retorno ao convívio familiar com a preservação do poder de vigilância do Estado.

Nesse sentido, a expectativa que se tem em relação à monitoração eletrônica é de que sirva como reforço e motivação para que o indiciado ou acusado possa cumprir suas obrigações legais, ao mesmo tempo em que não volte a praticar outras infrações penais. Quando utilizado corretamente o monitoramento eletrônico cumpre a sua finalidade de não retirar o condenado abruptamente do meio social em que vive, sendo educado em vez de ressocializado. A prisão domiciliar os afasta dos danos causados pelas diversas formas de humilhação e maus tratos, físicos e psicológicos sofridos no cárcere. É um tipo de punição que assegura a continuação da vida cotidiana junto de sua família e com condições de cumprir com as obrigações de seu trabalho (CARDOSO, 2015).

Atualmente, de acordo com a Lei de Execução penal, existem quatro opções técnicas de monitoramento eletrônico, que podem ser adaptadas à pessoa em forma de pulseira, tornozeleira, cinto e microchip (implantado no corpo humano).

Todas essas hipóteses podem ocorrer de maneira discreta de modo que o condenado não sofra a discriminação outrora citada neste estudo causada pela estimulação do uso destes dispositivos. Não podemos descartar que o uso da monitoração eletrônica permite o cumprimento da pena, sem sofrer as influências nefastas da prisão. No entanto esta possibilidade só pode acontecer nas infrações penais que seja possível e viável a permanência do condenado fora da prisão. De acordo com o artigo 146-B da Lei de Execução Penal, o Juiz poderá definir o monitoramento eletrônico somente em duas situações: (inciso I) quando for autorizada as saídas temporárias no regime semiaberto, ou (II) quando for estabelecido em seu favor o cumprimento da pena no regime domiciliar (BRASIL, 2011).

O art. 146-C, acrescentado à Lei de Execução Penal pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, assevera que o condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça. Conforme o disposto no parágrafo único, do mencionado art. 146-C, a violação comprovada de qualquer um desses deveres poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: a) a regressão do regime; b) a revogação da autorização de saída temporária; c) a revogação da prisão domiciliar; d) advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas anteriores (BRASIL, 2011).

Nesse sentido, a expectativa que se tem em relação à monitoração eletrônica é de que sirva como reforço e motivação para que o indiciado ou acusado possa cumprir suas obrigações legais, ao mesmo tempo em que não volte a praticar outras infrações penais de maneira a ser uma solução viável economicamente para a superlotação carcerária, reincidência à criminalidade, ressocialização e reintegração social (PRUDENTE, 2011).

Em uma pesquisa realizada em dois presídios existentes na Comarca de Porto Alegre, em 2015, comprovou que com o uso de monitoração eletrônica houve uma redução significativa da superlotação carcerária e que não houve nenhum relato de reincidência criminal entre as mulheres que fizeram uso do dispositivo, e que apenas

6% dos condenados do sexo masculino reincidiu criminalmente.¹⁴⁷ Esse mesmo artigo relata que o estado foi bastante relutante inicialmente quanto a adesão do uso de tornozeleiras eletrônicas, mas pode-se observar bastante eficácia do uso do dispositivo por afastar os condenados das facções presentes nos presídios do estado (ROCHA, 2015).

A política de monitoração eletrônica demanda esforços e acúmulos de diferentes campos do conhecimento com intuito de fundamentar e demarcar princípios e diretrizes para aplicação e execução dos serviços. Este tipo de enfrentamento é essencial porque a monitoração, por si só, é uma medida constrangedora e altamente capaz de degradar a vida do indivíduo nos âmbitos da família, do trabalho e demais relações sociais e atualmente os serviços relacionados à monitoração eletrônica vêm sendo estruturados progressivamente no país.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As evidências apresentadas neste estudo nos permitem perceber a forma como o monitoramento eletrônico afeta os direitos fundamentais da pessoa humana, acusada e condenada a cumprir pena. Com a análise histórica argumentamos quanto o monitoramento eletrônico se desenvolveu ao longo dos anos e nos mais diversos lugares.

Quanto aos aspectos constitucionais percebemos a existência da dicotomia. Por um lado, existem os argumentos desfavoráveis ao uso do monitoramento eletrônico sob a perspectiva da estigmatização do preso e da violação de alguns direitos fundamentais do princípio da dignidade da pessoa humana. Tais argumentos são refutados pelos que são favoráveis a esta prática, fazendo uso do discurso de que ao ser encarcerado o indivíduo perde o convívio da família, é obrigado a conviver com pessoas de caráter duvidoso, e que as condições atuais das penitenciárias brasileiras podem afrontar mais profundamente os direitos humanos.

Ao analisarmos os diversos estudos sobre a monitoração eletrônica, percebemos que os benefícios dessa prática são maiores que os malefícios. Nos dias de hoje os aparelhos são bem discretos e isso permite ao condenado uma certa

147 Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

liberdade pra realizar atividades sociais, como trabalhar, participar de cultos religiosos, entre outras. A ideia da violação ao direito da privacidade é refutada quando analisamos a vida nas prisões superlotadas, que é uma realidade, onde os presos tomam banho juntos, dormem juntos e são obrigados a conviver com pessoas que não escolheram. No seu lar, essas mazelas não existem.

Por fim, consideramos que a utilização do monitoramento eletrônico é benéfica. Entendemos que por se tratar de um assunto novo e pouco abordado, deve-se dar continuidade aos estudos e reflexões sobre o tema ainda mais por se tratar de uma forma bastante eficaz pra reduzir os problemas da crise carcerária existente em todo o território nacional, certificando que o condenado possa cumprir a sua pena com um pouco mais de dignidade e longe das adversidades das prisões.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Constituição da república federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União n. 191-A, 05 out. 1988.

_____. Lei nº 12.528, 15 de junho de 2010. **Instituiu o monitoramento eletrônico de pessoas;**

_____. Lei nº 12.403, de 04 de julho de 2011. **Previu um conjunto de medidas cautelares diversas da prisão;**

_____. Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen – Junho de 2014;

CARDOSO, Eliane Gomes de Bastos. **A pena privativa de liberdade e as penas alternativas**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8494>. Acesso em: 25 set. 2015.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5. Ed. Bahia: editora JusPODIVM, 2020;

DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. 1. Ed. 8. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011;

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Ed. 70, uma chancela de Edições Almedina, S.A. 2013 Avenida Fontes Pereira de Melo, 31 – 3.º C – 1050-117 Lisboa / Portugal;

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6 Ed. São Paulo: Atlas, 2008;

GRECCO, Rogério. **Atividade Policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. Niterói: Impetus, 2009;

_____. **Curso de direito penal: parte geral**. v.1. 14. ed. rev., ampl e atual. Impetus: Niterói, 2012;

_____. **Monitoramento eletrônico**. Brasília, 2010. Disponível em <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.32159> >. Acesso em: 16 outubro 2017;

ISIDRO, Bruno César Azevedo. **O monitoramento eletrônico de presos e a paz social no contexto Urbano: nova política de contenção da modernidade a partir da visão da microfísica do poder e da sociedade de controle Campina Grande**: Eduepb, 2017;

JAPIASSÚ. Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. **O Brasil e o Monitoramento Eletrônico. Experiências internacionais e perspectivas no Brasil**. Brasília: Conselho nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2º semestre de 2008;

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho científico**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1987;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 5. Ed. Ver., e ampl. Bahia: editora JusPODIVM, 2020;

OLIVEIRA, Janaina Rodrigues e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Revista Brasileira de Segurança Pública | São Paulo Ano 5 Edição 9 Ago/Set 201. O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil**. Disponível em: [http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1354817287_Monitoramento%20Eletr%C3%B4nico\[1\].pdf](http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1354817287_Monitoramento%20Eletr%C3%B4nico[1].pdf)>. Acesso em 31 de março de 2021;

SANTOS, Lorena Farias dos; SCHEIKMANN, Débora Cristina Freytag. **A aplicabilidade da medida cautelar da monitoração eletrônica**. Revista Eletrônica de Iniciação

Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 3, n.4, p. 1988-2005, 4º Trimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/ricc. Acesso em 31 de março de 2021;

WEIS, Carlos. **Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente**. CNPCP, 2007;

BARELLA, Fernanda; FLORES, Carlos Alberto Pires. **Execução Penal: A ressocialização através do monitoramento eletrônico no Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <https://nandabarella.jusbrasil.com.br/artigos/559495818/execucao-penal-a-ressocializacao-atraves-do-monitoramento-eletronico-no-estado-do-rio-grande-do-sul>

AMARAL, Cláudio do Prado. **Políticas Públicas no Sistema Prisional**. Minas Gerais. CAED-UFGM, 2014;

SCHEFFER, Fabrício da Silva. **O uso de monitoração eletrônica como alternativa ao encarceramento**. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35833/000816790.pdf?sequence=1>> Acesso em: 14 outubro 2017;

VIANNA, Túlio. **Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. Monitoramento Eletrônico em Debate**. Lumen Juris, 2012, p. 196, 22 dez 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-22/falta-tornozeleiras-ameaca->> Acesso em: 07 outubro 2017;

WEIS, Carlos. **Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente. Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências Internacionais e perspectiva no Brasil**. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Ministério da Justiça. Brasília, 2008;

O DIREITO COLETIVO DO TRABALHO PÓS-REFORMA: AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.467/2017 NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

SALATHIEL GONÇALVES DIAS FILHO:

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

VICENTE DE PAULA MENDES DE RESENDE JUNIOR¹⁴⁸

(orientador)

RESUMO: O universo do Direito do trabalho vive em constante transformação, em parte como decorrência do mundo globalizado. No permanente conflito entre trabalho e capital nasceram maneiras novas no que concerne ao homem prestar trabalho, ficando a encargo do Direito do Trabalho estar sempre atento as mudanças que podem vir a ocorrer nessa relação, exercendo o *mister* de equiparar forças espontaneamente desiguais. Desse modo, conforme a metodologia utilizada do tipo pesquisa qualitativa descritiva e bibliográfica foi feita uma análise sobre a hipótese de que os riscos oriundos do trabalho está recaindo cada vez mais para os trabalhadores, enquanto os empregadores se abstêm das responsabilidades que têm com seus colaboradores, ao observar que a maioria dos empregados estão exercendo seu trabalho de maneira informal no mercado de trabalho. De tal modo, resta claro que as alterações que visem eliminar ou reduzir os direitos ali elencados formarão objeto inconstitucional. Com a promulgação da Lei 13.467/2017, esta passou a admitir que as negociações coletivas reduzam direitos e garantias assegurados legalmente, através da inserção dos artigos 611-A e 611-B, infringindo, dessa maneira, os princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito. Reforma. Impacto. Direito Coletivo.

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

Sumário: 1 Introdução. 2 Histórico da Legislação Dos Direitos Trabalhistas. 2.1 Reforma Trabalhista À Luz Dos Direitos Humanos. 3 Direito Do Trabalho. 3.1 Relação De Trabalho E Relação De Emprego. 3.2 Direito Coletivo No Mundo. 3.3 Efeitos Da Reforma No Direito Coletivo. 4 Constitucionalidade Dos Artigos 611-A e 611-B Da Reforma Trabalhista e o Reflexo Direto No Direito Coletivo. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O sistema capitalista tem demonstrado a necessidade de explicar a assimetria entre aquele que detém os meios de produção e os que dispõe das habilidades para desenvolver as atividades, uma vez que o seu processo é marcado pela dinamização dos seus fatos, já que representa ganhos para alguns e perdas para outros.

A reforma trabalhista advinda com a Lei 13.467/2017 ocasionou várias mudanças no cenário brasileiro, sobretudo no que diz respeito aos direitos coletivos do trabalho. A Lei 13.467/2017, tinha como propósito regularizar e tornar flexível as condições de trabalho, diminuindo o desemprego e minimizando a crise econômica.

Contudo, a referida lei teve como proposta revogar, criar e alterar os artigos que não estão em consonância com as noções gerais dos direitos trabalhistas, tendo como fator imprescindível o mercado de trabalho se manter funcionando de forma sólida e eficaz, garantido de forma justa os direitos existentes no vínculo da relação trabalhista.

Diante de tal controvérsia, questiona-se: com a reforma trabalhista advinda da lei 13.467/2017 e a inserção dos artigos 611-A e 611-B alterando a CLT e permitindo a negociação de direitos, seria constitucional a redução de tais direitos?

Como hipótese do referido problema, acredita-se que os riscos oriundos do trabalho está recaindo cada vez mais sobre os trabalhadores, enquanto os empregadores se abstêm das responsabilidades que eles têm para com seus empregados, ao observar que a maioria dos empregados estão exercendo seu trabalho de maneira informal no mercado de trabalho. Através da promulgação da Lei 13.467/2017, esta passou a admitir que as negociações coletivas pudessem reduzir os direitos e garantias assegurados legalmente, é o que explica os artigos 611- A e 611-B. Ocorre que, com a inserção destes, a mesma estaria infringindo os princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar a constitucionalidade dos arts. 611-A e 611-B da CLT e as principais alterações contratuais na relação de trabalho em especial no direito coletivo, que foram oriundas do novo texto da reforma trabalhista e tendo como ponto de partida o preceito jurídico que está previsto na consolidação das leis trabalhistas, sobretudo sobre o limite de atuação sindical, pondo prazos de validade e

impedimentos menores para as convenções e acordos coletivos, além de alterar as questões acerca da contribuição sindical.

Quanto aos objetivos específicos, estes têm como base: analisar a possível redução dos direitos básicos dos trabalhadores, analisar as alterações ocasionadas pela Reforma Trabalhista no direito coletivo, observar os principais direitos fundamentais assegurados entre os sujeitos da relação trabalhista.

A metodologia será clara e expositiva, tomando como base doutrinas e jurisprudências que envolvam a referida temática, por esse modo a mesma consistirá em uma revisão bibliográfica de caráter qualitativo, englobando autores que abordem diretamente o conteúdo da pesquisa, com consulta a artigos, livros e sites para retificar o pensamento acerca do assunto abordado.

A pesquisa é relevante porque existe a necessidade de evidenciar a relação trabalhista do mundo moderno, uma vez que, ainda é bastante vulnerável, tendo em vista a desigualdade enfrentada pelo trabalhador frente os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. É importante destacar a necessidade de analisar essa temática, uma vez que o seu objeto de estudo é bastante polêmico, ou seja, os direitos dos empregados, e por isso essa matéria tem ganhado notoriedade no cenário econômico.

Além disso, destaca-se o interesse do pesquisador em apresentar as principais áreas que sofreram mudanças dentro da esfera trabalhista, demonstrando uma tecnologia inovadora que tem capacidade de envolver diversos fatores econômicos e sociais para a sociedade.

2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

O processo de solucionar os conflitos no que diz respeito aos direitos dos trabalhadores se originou com fim da escravidão, pois, a mão de obra deixou de ser gratuita ou moeda de escambo, passando, após essa mudança, a existir o trabalho assalariado. Com o fim da era de escravidão, normas foram sendo estabelecidas aos longos dos anos, a fim de garantir os direitos dos trabalhadores.

O desenvolvimento do direito do trabalho ocorreu após a luta de classes dos trabalhadores brigarem por melhorias e garantia de direitos, esta passou a ser possível com a Revolução Industrial, onde foi possível alcançar algumas garantias. O cenário de mão de obra escrava adveio em 13 de maio de 1888 com a promulgação da Lei Áurea pela Princesa Isabel, este foi o primeiro momento em que os operários puderam

sentir a garantia dos seus direitos, pois anteriormente o que se pregava era somente a escravidão, e não o direito do trabalho.

Em um período de quatro décadas foi possível ver a crescente evolução desses direitos, como o Decreto nº 1.313 em 1891 que regulamentou o trabalho dos menores; teve também a sindicalização rural no ano de 1903. Além disso a regulamentação de todas as profissões em 1907, e por fim em 1918 o Departamento Nacional do Trabalho foi criado. Estas mudanças ao longo dos anos foram imprescindíveis para que os direitos dos trabalhadores pudessem avançar, pois, surgia através deles novos caminhos que garantisse melhorias para os operários.

Getúlio Vargas foi o grande incentivador para que houvesse proteção ao trabalhador, com a criação do Ministério do Trabalho. No decorrer dos anos muitas conquistas foram alcançadas e dentre elas a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, através do Decreto – Lei Nº 5.452 de 1º de maio de 1943, esta veio a ser conhecida como sendo o marco da era Vargas, uma vez que, agora estava estabelecidos em normas a proteção e os benefícios que eram concedidos aos trabalhadores.

Contudo, mesmo havendo novos meios que visassem a garantia e proteção dos trabalhadores, ainda era notória a desvalorização no setor operário, e em virtude de tal descaso, em 11 de novembro de 2017, entrou em vigor a Lei Nº 13.467/2017 conceituada como “Reforma Trabalhista”. Esta visava a alteração de diversos pontos que se encontrava na CLT, que acabavam prejudicando a sociedade em certos pontos. Frente a tantas mudanças que impacta o ramo do Direito, a Reforma Trabalhista viabilizou a proteção do trabalhador de forma mais detalhada e objetiva, principalmente ao que se refere a relação entre empregado e empregador, e a garantia de mais produção para o patrão.

O direito do trabalho vive atualmente um conflito entre as suas concepções, a protecionista, acusada de hipergarantista, de afetar desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, e a reformista que defende que a flexibilização das leis e a reavaliação no plano teórico, dos seus princípios e funções, pondo-se a flexibilização como uma polêmica reação contrária à rigidez da legislação tutelar do trabalhador. (NASCIMENTO, 2011, p. 68).

As novas regras implantadas pela Reforma garantem ao empregador reverter alguns períodos em que antes eram de responsabilidade integral dele, hoje não é mais, como no caso da alimentação fora do horário do almoço, para que posterior fosse exigida horas extras; utilização do banheiro diversas vezes de forma desnecessária; locomoção para o trabalho e entre outros. Ou seja, atualmente esses pontos que antes

não eram levados em consideração, tendem a ser tratados como indispensáveis para a relação de trabalho.

A flexibilização tem como foco resolver os problemas que ocorrem entre os operários e empregadores em virtude da alteração da qualidade das normas laborais e não abolição delas. Ou seja, elaborar um ordenamento flexível, pronto a se adaptar as exigências empresariais, proporcionando a criação de novos postos de trabalho.

2.1 Reforma Trabalhista à Luz dos Direitos Humanos

O princípio da dignidade da pessoa humana traz à luz os direitos inerentes ao homem, seja no aspecto dirigente quanto protetivo, o importante é continuar ensejando o ordenamento jurídico brasileiro de forma que as garantias dos cidadãos sejam garantidas e protegidas. Esse princípio no qual versa os direitos dos cidadãos está assegurado na Constituição Federal de 1988 e por isso ampara a proteção ao trabalhador.

As normas que regem o trabalho são conferidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ela é responsável por assegurar que os direitos como igualdade, liberdade e fraternidade permaneçam inerentes à condição humana. As regras atinentes ao trabalho são estabelecidas, de modo expresso, nos arts. 23 e 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme cita:

Artigo 23°. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. 4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

De tal forma, fica claro que o artigo supracitado faz alusão aos principais direitos do ser humano no que diz respeito ao seu trabalho, levando em conta, que são direitos e garantias conquistados no passar dos anos e que por isso precisam ser efetivados na prática. Tendo em vista que já houve uma grande dificuldade em conquistar esses direitos, e por isso não se deve esquecer ou até mesmo tentar precarizar o que de fato já foi adquirido.

Neste mesmo sentido, o art. 24 menciona que, “toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas” (BRASIL, 2017). Ou seja, ao tempo que a pessoa trabalha, esta também tem direito a descanso, e sobretudo, a um lazer capaz de lhe proporcionar tranquilidade e leveza.

Todos os direitos apresentados na Declaração Universal de Direitos Humanos fazem alusão a salvaguarda de melhores condições de vida para os cidadãos, uma vez que sua mão de obra se torna vulnerável frente ao poder dos empregadores. Esse contexto faz alusão ao texto preceituado na Constituição Federal, aonde cita que o trabalhador tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe possibilite garantias de qualidade e subsistência para sua família.

Por tal maneira, é possível observar a inconstitucionalidade por parte de alguns pontos da reforma trabalhista, principalmente por defender um posicionamento que afronta a Constituição Federal. Discutindo-se sobre direitos e garantias do empregado é importante destacar que apesar de existirem leis próprias que assegurem esse direito, estas precisam estar em consonância com a Carta Magna, pois esta é quem guia todos os outros patamares.

3. DIREITO DO TRABALHO

O conceito de Direito do Trabalho pela doutrina não é tema tratado de forma simples, ainda que o conteúdo e a extensão também sejam a base das definições de Direito do Trabalho enunciadas pelos diversos doutrinadores. Existem várias divergências ao que diz respeito ao enfoque dado, ou seja, o Direito do Trabalho é visto como um ramo do Direito de Tutela ou de proteção dos trabalhadores, originando a chamada teoria subjetivista.

Dessa forma, as definições de Direito do Trabalho, que se fundam na teoria mista, consideram o seu objeto, a relação de emprego, seus sujeitos (empregado e empregador), e o seu fim (a proteção do trabalhador e a melhoria de sua condição social).

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Constituição Federal de 1988 regem as normas e regras que estabelecem os critérios mínimos para que essa relação seja harmoniosa e lícita, preservando os direitos de ambas as partes e a dignidade humana do trabalhador. (FACHINI, 2021)

3.1 Relação de Trabalho e Relação de Emprego

Trabalho é um exercício material ou intelectual para realização de algo, desse modo o trabalho surgiu desde o momento em que o esforço do homem começou a

transformar o meio em que vive, modificando a natureza e fazendo os utensílios que eram necessários para sua sobrevivência.

É importante ressaltar que desde a Idade Média já existiam trabalhadores, porém, estes pertenciam a determinadas classes, sendo eles: os vassalos, que pertenciam aos senhores feudais; os servos da gleba, que poderiam ser moeda de troca em mercadorias; e por fim os artesãos, que produziam e vendiam sua própria mercadoria.

O Direito do Trabalho surge a partir da Revolução Industrial, em decorrência da resistência e garantia dos direitos trabalhistas, uma vez que, a mão de obra de homens, mulheres e até mesmo crianças eram explorados constantemente. Somente após esse período é que o Estado passou a intervir nas relações de trabalho, com o intuito de proteger o trabalho hipossuficiente.

A relação de trabalho é *lato senso* e de emprego é *estrito senso*, ou seja, a relação de trabalho é gênero e relação de emprego é espécie. Podemos afirmar assim que toda relação de emprego corresponde a uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho corresponde a uma relação de emprego (SARAIVA, 2009, p. 70).

O termo relação de trabalho é bastante abrangente, uma vez que, compreende diversas formas de prestação de serviços realizados por uma pessoa física a uma determinada pessoa jurídica. Já a expressão relação de emprego se torna adstrita aos serviços prestados com a vinculação de um contrato de trabalho ou não, que justificam a aplicação das normas trabalhistas, uma vez que nem todo trabalhador é detentor de uma relação de emprego.

A relação de trabalho e a relação de emprego são modalidades de relação jurídica que pressupõem, no mínimo, duas pessoas e uma norma jurídica qualificadora de uma relação social. Essa relação cria um vínculo jurídico cujos Interesses particulares entre as partes resultam em direitos e obrigações recíprocos (PEREIRA, 2013, p. 35).

Ambas relações se encontram na legislação, entretanto, é importante ressaltar o que as distingue. Ao que se refere a relação de trabalho, esta tem caráter genérico, uma vez que todas as relações jurídicas são qualificadas por serem indispensáveis a obrigação de fazer consolidada no labor humano. Deste modo, a relação de trabalho abrange a relação de emprego; a relação de trabalho eventual; autônomo; avulso e

entre outros. Representa, portanto, o gênero que engloba todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existente no cenário jurídico. Já a relação e emprego, no âmbito jurídico, caracteriza-se por uma modalidade específica de relação de trabalho juridicamente configurada. Ou seja, associa-se a um tipo legal específico e próprio, distinto das demais modalidades de relação de trabalho ora vigentes.

3.2 Direito Coletivo

Algumas teses de doutrinadores acreditam que a origem do Direito Coletivo se deu nas instituições romanas, mais precisamente nos colégios romanos. Pois, estas apresentavam origem da lei e eram dirigidos por estatutos próprios, os quais poderiam ser aderidos de forma livre pelos seus associados e não poderiam contrariar a ordem pública.

Conforme estabelece Cassar, (2015, p. 1285), no Direito Romano encontra-se a semente do sindicalismo, não com a feição atual, mas com certas semelhanças. Eram os colégios romanos que, por determinação da autoridade, dividiam o povo segundo seus ofícios ou artes para facilitar a governabilidade [...].

No século XII, com o fim dos colégios romanos, as corporações de ofício surgiram como fenômeno associativo aos direitos sindicais que prevaleciam nos colégios romanos, embora não tivessem estrutura sindical, atuavam como uma unidade de produção.

Daí surgiu à primeira manifestação sindical dos trabalhadores contra os tomadores de serviço, na defesa dos interesses da classe. Nesta época os *compagnonnage* equivaliam ao sindicato de uma categoria profissional e as corporações de ofício equivaliam aos sindicatos patronais. (CASSAR, 2015, p. 1285).

Os aprendizes acabaram criando diversas revoltas contra seus mestres, o que acabara enfraquecendo as corporações de ofícios. De acordo com Cassar (2015) a Revolução Francesa, combateu essas corporações e as *Compagnonnage* em nome da liberdade, entregando os trabalhadores à livre exploração dos patrões.

Assim, entende-se que os sindicatos possuem funções e fins diversos do que eram defendidos nos colégios romanos e nas corporações de ofício. Com isso, observa-se que os sindicatos são tidos como protagonistas dos valores sociais valorizados por parte do Estado, tendo em vista que eles são responsáveis por representar os interesses tanto individual quanto coletivo. Ao longo dos anos, os sindicatos ganham mais força para lutar em busca desses interesses, sempre prezando pelo dever de igualdade na relação.

3.3 Efeitos Da Reforma No Direito Coletivo

Com o advento da reforma trabalhista, o empregador ampliou a discricionariedade sobre os contratos individuais, como a jornada de trabalho 12x36, extensão do banco de horas e intervalo de descanso, implantação do trabalho intermitente, a vedação da caracterização do trabalhador autônomo como empregado mesmo em caso de exclusividade e continuidade, a probabilidade de terceirização irrestrita, a equiparação do trabalhador hipossuficiente com o contrato coletivo, e a permissão de demissão coletiva sem acordos com sindicatos. Além disso, há ainda a prevalência do acordo sobre a convenção, e, com a suspensão da contribuição sindical, pode implicar na reorganização dos sindicatos.

No que refere as convenções e os acordos coletivos de trabalho, ainda que não seja um entendimento unânime, há limites constitucionais ao poder de negociar que foram expressamente inscritas na legislação. Conforme a redação do artigo 611-B da CLT, este disciplinou a ilicitude de cláusulas negociadas que suprimam ou reduzam os direitos arrolados nos seus trinta incisos.

Essa temática é bastante discutida, desde que o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso encaminhou um projeto de lei com o objetivo de estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado, a fim de dar maior flexibilização aos Direitos Trabalhistas além do que já estava previsto na Constituição Federal de 1988.

[...] as normas coletivas são inferiores hierarquicamente à lei. A lei, que é editada pelo Poder Legislativo, é superior hierarquicamente à norma coletiva, que pode ser fruto da composição das partes ou de imposição pelo Poder Judiciário nos dissídios coletivos. A norma coletiva também é hierarquicamente à Constituição, não podendo contrariá-la, assim como à lei, mormente se o preceito encerrado nestas últimas é de ordem pública. (MARTINS, 2009 p. 829).

Demonstrou-se, logo, que a prevalência do negociado sobre o legislado está longe de ser absoluta. Competindo à Justiça Trabalho fazer o controle e a fiscalização da liberdade de negociação outorgada aos entes sindicais à luz da previsão do artigo 611-B, ou seja, tentar promover a destruição dos direitos trabalhistas, é esquecer da ideia liberal, de ser autônomo da sua própria vontade. O legislador para justificar a implantação desses artigos na CLT, tomou como base a possibilidade de proporcionar maior flexibilização dos direitos. Porém, o que realmente aparenta ser é que se pretende diminuir as garantias já previstas em lei da parte hipossuficiente na relação de trabalho.

Essa prática foi alterada com a previsão do artigo 611-A da Lei 13.467/2017, o qual dispõe que as matérias que forem tratadas em negociação coletiva, sejam por acordo ou convenção, prevalecerão sobre a lei. Dessa maneira, podemos verificar uma afronta a um dos princípios mais importantes do Direito do Trabalho: o princípio da proteção, que se desmembra em três, quais sejam, princípio da norma mais favorável, princípio do in dubio pro operário, e o princípio da condição mais benéfica ao empregado. (MONTEIRO, 2017 p. 124).

De tal modo, percebe-se que o legislador se atentou com a possível inconstitucionalidade das negociações coletivas pós-reforma, fundamentadas no artigo anterior 611- A CLT, de modo que fez constar, taxativamente, que existem direitos impassíveis de negociação coletiva. Estes, estão expressos no art. 7º da Constituição Federal. Com isso, tem-se a cogitação sobre os limites constitucionais à liberdade de negociação dos sindicatos oriunda da grande premissa que norteou a reforma trabalhista, a primazia do negociado sobre o legislado. Cominado a esse artigo tem-se o art. 620, que buscou tratar sobre as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho. Essa redação defende que o Acordo Coletivo de Trabalho constitui uma norma mais eficiente na defesa dos objetivos específicos de uma determinada categoria, uma vez que é celebrado entre os próprios trabalhadores envolvidos (Sindicato) e a respectiva empresa.

Foi a partir desses episódios que o Tribunal Superior do Trabalho passou a analisar e julgar com mais rigor os casos de abuso das normas coletivas. A exemplo disso, sumulou o enunciado 437 que prevê sobre o intervalo intrajornada da seguinte forma:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO.

APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (...) II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

Em combate a essa súmula, a Lei 13.467/2017 prevê veemente em seu artigo 611-B que: "Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo" (SILVA, 2017).

Com a prevalência do negociado sobre o legislado, Delgado (2015) frisa que, a lei 13.467/2017 autoriza a supressão ou atenuação, pela negociação coletiva trabalhista, de regras imperativas estatais incidentes sobre o contrato de trabalho, com evidente negligência à noção de centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida social.

Outro ponto que é importante destacar no artigo 611-B é a intangibilidade da negociação coletiva ao direito de greve e associação sindical, conforme prevê os incisos XXVI, XXVII e XXVIII. Embora, ainda que não estejam previstos no artigo 7º, estão insculpidos nos artigos 8º, 9º e 10 da Constituição Federal.

Ao que se refere à jornada de trabalho, frisa-se a previsão do artigo 611-A, os incisos I e II, da CLT, no qual estabelece os direitos passíveis de negociação coletiva. Contudo, à jornada de trabalho pode ser objeto de convenção ou acordo coletivo de trabalho, uma vez observados os limites constitucionais.

O inciso III prevê que o intervalo intrajornada pode ser negociado, desde que respeitado o mínimo de 30min para jornadas superiores a 6 horas diárias. As empresas que não respeitarem o intervalo mínimo deverão efetuar o pagamento pertinente. (DELGADO, 2015).

Entretanto, essa redução só será possível, se a empresa oferecer condições necessárias para a refeição dos trabalhadores. Havendo refeitório no local de trabalho, e o empregado não estando de sobreaviso é possível a redução do intervalo.

Além disso, o § 5º do artigo 611-A exige que os “sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho” participem “como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos”. Isso demonstra ainda mais o enfraquecimento do Direito Coletivo.

A inclusão desse artigo como um todo, trouxe uma maior flexibilização trabalhista pela via negocial, porém, inviabiliza que a negociação coletiva seja utilizada como potencial de aperfeiçoamento das condições de vida e de trabalho dos empregados. (DELGADO, 2015).

De tal modo, observa-se os direitos que visam garantir um mínimo de dignidade e proteção ao trabalhador, os quais foram determinados na própria CF, não podem ser objeto de negociação coletiva, de modo que todos os que não se enquadram neste quesito podem.

O art. 477-A, aduz sobre as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, de tal modo, ficou firmado que não haveria necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação. Já o art. 477-B, trata sobre o plano de demissão voluntária ou incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

Entende-se que a reforma deu maior importância para a atividade sindical. Entretanto, será necessário um procedimento mais firme por parte dos sindicatos obreiros e patronais, tendo em vista o iminente perigo de ficar sem a tutela de uma norma coletiva. Assim, os sindicatos devem buscar negociar constantemente entre si e com as empresas, garantindo a manutenção das normas mais benéficas aos empregados representados.

A justificativa do legislador ao implantar tais artigos na Consolidação das Leis Trabalhistas é proporcionar maior flexibilização de direitos. Porém o que realmente aparenta ser é que se pretende diminuir as garantias já previstas em lei da parte hipossuficiente na relação de trabalho.

4 CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 611-A E 611-B DA REFORMA TRABALHISTA E O REFLEXO DIRETO NO DIREITO COLETIVO

É necessário fazer algumas ressalvas, já que, na forma como apresentado, o novo texto da lei dá margem para diversas discussões no âmbito judicial e, até mesmo, para futuras alterações legislativas, pairando um clima de insegurança jurídica para as partes negociantes. Por essa razão é que, ainda que tenha intuito de trazer alguns avanços para as partes envolvidas, há diversas correntes que apontam para a inconstitucionalidade do art. 611-A da CLT, que legitima o negociado acima do legislado, ou seja, aquilo que constar na Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho se sobrepõe à lei (MARTINEZ, 2018).

Dito isto, a nova lei encontra impedimento quanto ao Princípio da Proteção, fundamento basilar do Direito do Trabalho. Diante desse quadro, o que se denota é que, por qualquer vertente que se analise a questão, busca-se sempre a proteção do trabalhador quando há necessidade de interpretação de normas conflitantes, o que aumenta a insegurança jurídica quanto ao tema. Ocorre que a reforma trabalhista, de forma oposta aos princípios e definições antes apontadas, abre possibilidades de negociações de diversos direitos, ainda que em prejuízo do empregado (MARTINEZ, 2018).

Conforme a literalidade da lei, não é necessário estabelecer qualquer condição compensatória na hipótese de redução ou supressão de direitos em negociação coletiva, ou seja, é possível por meio de norma coletiva, suprimir ou reduzir direitos, sem que seja oferecida qualquer contrapartida ao trabalhador, o que, para muitos, pode ser visto como retrocesso social, impactando frontalmente com o princípio da proteção ao trabalhador. Sob essa perspectiva, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho defende a tese de que o caput do art. 7º da Constituição Federal prescreve o princípio do não retrocesso social (REIS, 2018).

Pode-se concluir então que os apontamentos contrários quanto aos arts. 611-A e 611-B referem-se às limitações objetivas da negociação coletiva, e também enquadramento do grau de insalubridade e possibilidade de prorrogação de jornada mesmo em locais insalubres no inciso XII do art. 611-A (CORTÁSIO; SANTOS; OLIVEIRA, 2018).

Conforme Calcini (2017, p. 113) a autonomia privada coletiva, prevista como direito fundamental pelo art. 7º, XXVI, da Lei Maior, é a capacidade atribuída aos sujeitos de Direito Coletivo de criar normas complementares ao regramento heterônomo, por meio do processo negocial. Aquela, frise-se, difere da autonomia privada individual, já que esta representa a pactuação firmada no âmbito individual do contrato de trabalho entre empregado e empregador. A autonomia privada coletiva, fundada na autonomia sindical (CRFB, art. 8º, I), encontra respaldo também nos princípios da equivalência dos contratantes e da criatividade jurídica. Está vinculada, por isso, aos princípios do patamar mínimo civilizatório e da adequação setorial negociada.

A inserção do artigo 611-A na CLT, após Reforma Trabalhista, trouxe então possibilidade de redução de direitos e benefícios assegurados, e transformando a convenção e acordos coletivos do caráter suplementar para papel de regulador de interesses e objetivos econômicos, porém, já havia amparo na legislação brasileira como Constituição e Consolidação das Leis Trabalhistas. (FILHO, 2019)

Conforme Filho (2019) denota-se a possibilidade de flexibilização a qual deve ser acordado pelo empregador e trabalhador, mas nunca deixando os princípios do direito do trabalho serem esquecidos, podendo citar o § 3º do art. 611-A de que havendo pacto de redução salarial ou de jornada, os termos estabelecidos pela convenção ou acordo coletivo, tem o dever de proteger empregados contra dispensa imotivada durante o período de vigência do instrumento coletivo.

Sendo assim, os artigos analisados em questão são constitucionais desde que observados os princípios da Constituição. O entendimento do Supremo Tribunal

Federal quanto a transação extrajudicial de acordo com adesão do empregado a um plano de demissão incentivado conforme acordo coletivo é o seguinte:

Direito do Trabalho. Acordo coletivo. Plano de dispensa incentivada. Validade e efeitos. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem 27 reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador (STF, 2015 online)

Conforme Santos (2019) a Reforma Trabalhista trouxe um reflexo direto ao direito coletivo do trabalho, em decorrência do enfraquecimento das entidades sindicais, que com o advento da lei 13.467/2017, se viram prejudicadas de imediato em sua forma de custeio, pois, até a promulgação e vigência da Lei nº 13.467/2017, as entidades sindicais contavam com a contribuição sindical obrigatória, e a partir da vigência da lei da Reforma Trabalhista, passou a ser facultativa a referida contribuição, deixando as entidades sindicais em desequilíbrio organizacional, funcional, pois, a lei não implantou uma mudança, que pudesse ter um período de transição para sua

implantação, ou seja, as alterações relativas a contribuição compulsória são taxativas, como podemos atestar pelo texto legal dos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 602 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Além disso, devemos levar em consideração que a Lei nº 13.467/2017 que também não permite que sindicatos ou representação de trabalhadores arrecadem negócios ou ajudem em doações previamente estabelecidas em acordos coletivos de trabalho. O entendimento jurídico do tribunal de primeira classe tem uma postura rígida sobre a cobrança de taxas quando enfrentando trabalhadores não relacionados.

Neste sentido, uma das mudanças mais polêmicas da Reforma Trabalhista foi a do artigo 611 que passou a dispor sobre:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II – banco de horas anual; III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015; V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI – regulamento empresarial; VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado; XII – enquadramento do grau de insalubridade; XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

O disposto no artigo 611-A acima transcrito comprova que a “universalidade da negociação por meio da legislação” é uma das grandes mudanças na reforma trabalhista, mas exige a participação efetiva nas entidades sindicais para intensas negociações coletivas, convênio e acordos coletivos, para que os trabalhadores não sejam sufocados pela opressão do mercado e do capital. Esta sempre foi uma luta por muitos anos no campo do direito do trabalho. Como alguns sindicatos representam leigos, muitas vezes eles não sabem os resultados de certas negociações, o que é obviamente lucrativo.

Por meio dessas alterações destacadas acima (Art. 611-A da CLT), ressalta-se que alguns direitos rígidos podem ser transferidos, como por exemplo a jornada de trabalho, questões relativas a negociação de banco de horas, intervalo intrajornada, teletrabalho, feriado, sendo assim, o acordo coletivo prevalece sobre a convenção, isso porque antes da implementação da reforma trabalhista não havia sobreposição entre os acordos entre os legislativos, porque as restrições legais às relações de trabalho sempre foram pontos fundamentais, e porque os direitos sociais são não estático. Essa relação vem mudando há décadas.

Para Leonardo Dias Borges (2017, p.74):

“O objetivo da negociação coletiva é adequar as relações trabalhistas à realidade enfrentada pelos interessados, que se modifica a cada dia, de acordo com a base territorial, a empresa e a época. Busca a harmonia temporária dos interesses antagônicos da classe econômica e da profissional. Assim, é possível a criação de benefício não previsto em lei, a supressão desse mesmo benefício ou sua modificação. A negociação irá se adequar ao campo que encontrar para pauta de reivindicações, seja para melhorar, seja para a retração de direitos. Por isso, o empregador poderá propor a flexibilização de certos direitos previstos em lei e que não violem os direitos constitucionais (art. 611-B da CLT).”

As doutrinas seguem o entendimento e ressaltam que, desde que não violem os direitos constitucionais, os direitos podem ser flexíveis, pois constituem o pré-requisito para a proteção dos direitos individuais e coletivos do trabalho, pois constituem as características dos direitos sociais. Portanto, em cada caso, cabe a um representante sindical ou a um grupo de empregados participantes de negociações coletivas avaliar quanto devem pagar para colher os benefícios em conjunto. É

importante ressaltar que a transcrição do artigo 611-B por se tratar de uma nova exigência legal, embora contenha a palavra "exclusivo", a lista não é exaustiva. Portanto, por não conter certos direitos, princípios e valores constitucionais, afirmamos que é apenas exemplar, mas restritivo.

Ante as reflexões expostas, podemos notar que a Lei nº 13.467/2017, da Reforma Trabalhista, ainda nos trará grandes debates sobre a sua real eficácia e aperfeiçoamento das relações laborais, bem como sua eficácia jurídica como garantia dos direitos sociais, previstos na Constituição Federal. (SANTOS, 2019)

Com a Lei nº 13.467/2017, buscou-se racionalizar o uso do tempo tanto para os empregados quanto para os empregadores, por isso, viabilizou-se as questões condizentes a jornada de trabalho, sendo possível, os ajustes do banco de horas por acordo individual; redução de jornada e salário, mas com garantia de emprego pelo empregador; jornada 12x36 legalizada (negociação individual para atividades específicas); parcelamento das férias em até 3 (três) vezes. (SANTOS, 2019).

Entre os questionamentos apontados, o estudo que se embasa essa parte do trabalho através do autor Nicolas Basílio (2017) apresenta outro ponto preocupante quanto ao reflexo da reforma trabalhista no direito coletivo, ele se trata da problemática previsão que obriga a participação dos sindicatos acordantes em ações judiciais para atestar a validade de cláusula de acordo coletivo que tenham pactuado, como litisconsortes necessários. Tal previsão é inconstitucional, pois afronta diretamente o artigo 5º inciso XXXV da CF/88, violando o acesso à justiça, impondo condição de tornar inviável a apreciação através da justiça de cláusula coletiva. (TOLEDO, 2019)

Ainda quanto aos artigos supracitados, o artigo 611-B traz em seu rol taxativo objetos que não podem ser acordado por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, o que nos leva a crer que tudo que não estiver disposto nas entrelinhas seria legal seu acordo. Apesar de agir acertadamente em suas disposições quanto às impossibilidades de negociação dos direitos ali elencados, o legislador cometeu o grave erro de apontar de maneira exclusiva o que inegociável, quando isso deverá vir da Constituição Federal, pois é pra isso que o sistema jurídico é organizado de maneira hierárquica. (BASÍLIO, 2017).

A conclusão é que as negociações no legislativo estão longe de ser absolutas, sendo necessário controlar e fiscalizar a liberdade de negociação de acordo com a legislação e a Constituição Federal.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho trouxe diversos privilégios benéficos às partes, entendendo-se que a negociação coletiva é extremamente relevante, e sua motivação pode acompanhar o progresso social, pois cada região possui características próprias.

A Constituição Federal reconhece a representação sindical como um método eficaz, esta representa os interesses dos membros de um determinado grupo. Desta forma, como demonstrado pelo impacto da reforma trabalhista, a conclusão que se chega é que a alteração da “Consolidação da Lei do Trabalho”, dispõe da infraestrutura detalhada representada pelos direitos trabalhistas para aqueles que devem respeitar o que está gravado na evolução histórica dos direitos sociais dos trabalhadores, principalmente em relação aos princípios constitucionais e violações de documentos internacionais relacionado ao tema, tem-se dessa forma como objetivo principal fortalecer os direitos sociais e prevenir a frustração social.

Na breve explicação teórica dos principais dispositivos da Lei nº 13.467 de 2017, foi possível perceber claramente que devido às grandes mudanças normativas obtidas a partir das normas, a reforma trabalhista passou a alterar as relações individuais e coletivas de trabalho onde antes tinha-se uma série de direitos rígidos, hoje são flexíveis.

Posteriormente, por meio da análise das cláusulas 611-A e 611-B, pós reforma trabalhista, os fatos provaram que a lei 13.467/2017, pelo menos à primeira vista, está se movendo na direção para permitir que alguns direitos trabalhistas sejam livremente dispostos, dedicar "legislado e negociado" de forma irrestrita, sem exigir contrapartida. O aumento na lista de permissões relativamente indisponíveis é vulnerável durante a negociação.

Sendo assim, a presente pesquisa buscou responder ao questionamento de que a inserção dos artigos 611-A e 611-B da CLT que permite a negociação de direitos, seria constitucional? A resposta é que o posicionamento de doutrinadores em relação à inconstitucionalidade desses artigos elencam situações em que as negociações definidas em Convenções e Acordos Coletivos podem sobrepor à lei.

Os Doutrinadores apresentam alegações que manifestam uma discordância em relação às alterações dos arts. 611-A e 611-B, considerando-as prejudiciais aos trabalhadores e à Constituição. Isso porque esses artigos abordam a pontos críticos para os trabalhadores: jornada de trabalho, intervalo de descanso, regime de trabalho, insalubridade, descanso semanal, remuneração entre outros.

Sendo assim, ao analisar mais profundamente esses artigos, chegou-se à conclusão que os novos artigos são inconstitucionais por ferirem o princípio da dignidade da pessoa humana, pois este coloca em discussão pontos que interferem

diretamente na vida dos trabalhadores, flexibilizando e colocando à disposição seus direitos. Além disso, as previsões desses artigos reduzem direitos materiais dos trabalhadores, inclusive em matérias relativas à saúde e segurança dos empregados. Os direitos trabalhistas, protegidos constitucionalmente, foram reduzidos a direitos contratuais, como se, empregado e empregador tivessem em uma relação de igualdade.

REFERÊNCIAS

BASÍLIO, Nicolas. **Reflexos da reforma trabalhista no direito coletivo do trabalho**. 2017. Disponível em: <<https://nicolasbasilio.wordpress.com/2017/10/30/reflexos-da-reforma-trabalhista-no-direito-coletivo-dotrabalho/>>. Acesso em: 25 abr. de 2021.

BORGES, Leonardo Dias: **Direito processual do trabalho**. Processo do trabalho -- pt. 2. Editora Método, 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 437**. É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública. In Brasil, Súmulas. Brasília. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM437. Acesso em 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Diário Oficial da União, Brasília, 2017.

BRASIL. **Decreto – Lei Nº 5.452**, de 1º de Maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto Nº 1.313 de 17**, de Janeiro de 1891. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 out. 2020.

CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho**. 4.º Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho**. 11ª Ed. São Paulo. Editora Método, 2015.

CORTÁSIO, Malu Medeiros; SANTOS, Renata da Silva; OLIVEIRA, Thais Miranda de. **A relativização do princípio da proteção ante a previsão legal da prevalência do**

negociado sobre o legislado. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 84, n. 2, p. 121-137, abr./jun. 2018.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho.** 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, G. N. **A CLT aos 70 anos: rumo a um Direito do Trabalho constitucionalizado.** Revista TST, Brasília, vol. 79, nº. 2, abr/jun 2013.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho.** 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

FACHINI. **Direito do trabalho: características, divisões e princípios.** Disponível em: <https://www.projuris.com.br/direito-do-trabalho#:~:text=O%20direito%20do%20trabalho%2C%20tamb%C3%A9m,mais%20importantes%20para%20a%20sociedade.> Acesso em 12 de maio de 2021.

FILHO, Neidson Vicente. **Análise Constitucional Dos Artigos 611-A E 611-B Da Consolidação Das Leis Do Trabalho.** Disponível em: [http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/8563/1/MONOGRAFIA%20COMPLETA%20NEIDSON%20VICENTE%20FERREIRA%20FILHO.pdf.](http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/8563/1/MONOGRAFIA%20COMPLETA%20NEIDSON%20VICENTE%20FERREIRA%20FILHO.pdf) Acesso em 12 de Maio de 2021.

MARTINS, S. P. **Flexibilização das condições de trabalho.** São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho.** 25^a Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2009.

MARTINS, S. P. **Flexibilização das Condições de Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho.** 29 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista: entenda o que mudou: CLT comparada e comentada.** 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

MONTEIRO, C. M. **Revista Eletrônica.** Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Mary Shelley e a Reforma Trabalhista: Um Frankstein a Brasileira. V. 6 – nº 58, 2017, p. 124. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/105367/2017_rev_trt09_v06_n058.pdf?sequence=1.](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/105367/2017_rev_trt09_v06_n058.pdf?sequence=1) Acesso em 09 nov. 2020.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, L. **Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2013.

REIS, Nathalya Aparecida Lemes. **A prevalência do negociado sobre o legislado: análise da lei 13.467/17 frente ao princípio da vedação do retrocesso social.** Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 09 maio 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590670>. Acesso em: 24 mar 2019.

SARAIVA, R. **Direito do Trabalho para Concursos Públicos.** 4 ed. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, H. B. M. **Comentários à Reforma Trabalhista.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 126.

STF. RE 590415, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-101 DIVULG 28-05-2015 PUBLIC 29-05-2015

TOLEDO. **A Reforma Trabalhista E Seus Reflexos No Direito Coletivo Do Trabalhador.** Disponível em:

<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/viewFile/3067/460>. Acesso em 15 de maio de 2021.