

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 973

(Ano XII)

(29/08/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

CAMILA ALENCAR COIMBRA: 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

COLUNISTA DA SEMANA



Tempos sombrios

Eduardo Luiz Santos Cabette, 05.

ARTIGOS

Homicídio funcional – Qualificadora inserida pelo Lei n.º 13.142/2015 ao artigo 121º, parágrafo 2º, inciso VII do CPB e ineficácia da medida no combate à criminalidade.

Maycky Fernando Zeni, 10.

O tratamento da liberdade religiosa em escolas públicas

Mariana Gomes Mascarenhas, 28.

A gratuidade da Justiça com a reforma trabalhista e a implicação e restrição do acesso a justiça ao cidadão

Fabrine de Jesus Menezes Barros, 41.

A origem do Estado e seus limites de atuação

Leonardo Fabri, 53.

As armas do Fantástico: omissão de dados, política desarmamentista e a mídia

Pedro Guilherme Müller Kurban, 71.

A indenização por roubo, furto e extravio de joias empenhadas em agências bancárias deve ser arbitrada com base no valor de mercado dos itens perdidos.

Heitor José Fidelis Almeida de Souza, 77.

O sistema penitenciário brasileiro e a maternidade

Leticia Ferreira Veras da Cunha, 81.

Análise da possibilidade jurídica de conhecimento da maternidade socioafetiva e seus efeitos jurídicos

Amanda Luiz Moraes, 112.

Lei 13. 431/2017: Escuta Especializada e Depoimento Especial

Isabella Justino Mininel, 161.

Avaliação Econômica de Danos Ambientais: Premissas Fundamentais sobre Economia Ambiental

Filipe Ewerton Ribeiro Teles, 177.

Teletrabalho – uma visão positiva para a Administração Pública do Município de Goiânia- GO.

Caritas Roque Ribeiro, 189.

O estupro como violência presumida

Isadora Ribeiro Pedroso, 211.

Aulas remotas em tempos de pandemia

Benigno Núñez Novo, 232.

A (in)viabilidade da aplicação do princípio da insignificância aos ilícitos previstos na lei de improbidade administrativa

Lucas Amadeu Lucchi Rodrigues, 236.

A arbitragem nas relações trabalhistas após a Lei nº 13.467/2017.

Igor Daniel Lima De Souza, 256.

A Evolução do conceito de Sustentabilidade Ambiental no Direito Ambiental e Agrário: A relação entre o Desenvolvimento Sustentável e o Progresso da Humanidade

Filipe Ewerton Ribeiro Teles, 282.

Receptação culposa de aparelhos celulares (um alerta ao alerta celular)

Fábio Luiz Rebelo de Carvalho, 297.

A importância dos fundos públicos na concepção da segurança cidadã municipalizada e efetiva

William Sergio Antunes de Campos, 309.

Sanções penais ocasionadas pela Covid-19

Welton Francisco da Silva de Freitas, 325.

Crimes ambientais e a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público

Rosiclerk Ottilo Cavassani Neto, 346.

A legalidade da cobrança de ITBI nos contratos de promessa de compra e venda

Jose Kaerio Franca Lopes, 362.

Compartilhamento de tudo com a economia colaborativa para elevação do consumidor brasileiro

Eduardo Paixão Caetano, 372.

A Admissibilidade de Provas Ilícitas no Processo Penal.

Débora Rodrigues Peixoto da Silva, 393.

Breves apontamentos acerca das mudanças na Administração Pública brasileira e suas influências no Sistema Único de Saúde – SUS

Liege Krack, 419.

A ressocialização do preso nos presídios brasileiros

Bianca Batista da Costa, 430.

A violação ao princípio da publicidade: o caso da ADI nº 6.522/DF

Elder Soares da Silva Calheiros, 447.

TEMPOS SOMBRIOS

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

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

Realmente vivemos tempos sombrios, mas as sombras ou trevas não vêm de onde muitos apregoavam. Nada a surpreender, pois o mal é assim mesmo, traiçoeiro, dissimulado e dado a ataques repentinos, surgindo, de inopino, das sombras onde se oculta e trazendo consigo a violência, a violação e as trevas que produz e das quais se alimenta.

A respeito dos inquéritos ilegais em andamento no STF, de seu julgamento ilícito e da mais nova ilicitude do bloqueio das redes sociais de várias pessoas, agora, inclusive no exterior, já comentamos exaustivamente, devendo o leitor interessado buscar os textos já produzidos e divulgados. [1]

A novidade é que o Twitter, embora cumprindo a ordem judicial na sua íntegra, manifestou-se sobre a sua ilegalidade e abusividade, acenando que tomará as medidas judiciais cabíveis para sua contestação. Por seu turno, o Facebook, num primeiro momento, sequer deu cumprimento à ordem de bloqueio das contas no exterior, apenas promovendo o bloqueio no Brasil, considerando extremamente perigoso e abusivo esse precedente, inclusive violador da soberania e do respeito às leis e jurisdições estrangeiras. [2]

Acontece que no que se refere à postura do Facebook, o Ministro Alexandre de Moraes, reagiu e aumentou de forma exacerbada penalidade de multa cominatória diária, o que fez com que a plataforma, sob constrangimento, revisse sua posição e desse cumprimento integral à ordem. [3]

Tudo isso demonstra, mais uma vez, que as críticas sobre essas arbitrariedades em nossa ordem jurídica interna equivalem mesmo a malhar em ferro frio. Da mesma forma os recursos judiciais que se apresentem para serem julgados pelos mesmos atores que praticam tais arbitrariedades. Trata-se de uma armadilha

jurídica circular em que todos os brasileiros, inclusive aqueles que, por razões ideológicas, comemoram essa situação, estão enredados como reféns praticamente indefesos. Vivemos um pesadelo kafkiano que se passa numa distopia real, o que comprova que, muitas vezes, a realidade pode ser mais cruel e assustadora do que qualquer ficção.

Tanto Twitter como Facebook alegam que recorrerão ao próprio STF para combater as medidas draconianas enfocadas. Não obstante, nos parece isso um esforço meramente simbólico, sem qualquer chance de reversão, salvo na hipótese de um milagre que, por definição, pode contrariar aquilo que entendemos como a ordem natural das coisas.

Sinceramente, tendo em vista o poderio financeiro e os recursos jurídicos de que dispõem tais plataformas, o caminho mais correto e o único que pode resultar em algum êxito, nos parece ser o recurso a entidades de Direitos Humanos internacionais e, no caso específico dessas plataformas, ainda existe mais uma medida que, talvez, possa ser frutífera. Como Twitter e Facebook são dotados, como já se disse, de grande poder financeiro e estrutura jurídica defensiva, que se espalha por todos os locais em que funcionam, seria mais inteligente ingressar com ações contestatórias da ordem brasileira em cada uma das jurisdições internacionais onde o bloqueio se dá, usando dos diversos setores jurídicos dessas empresas e apontando, naquelas jurisdições, a violação de sua soberania. Isso sim poderia, talvez, promover uma avalanche de reações internacionais pulverizadas que, em seu conjunto, criaria um incidente internacional de enorme proporção, o qual poderia ter o condão de refrear a sanha inquisitória abusiva, arbitrária e megalômana que se instala em terras brasileiras.

Enfim, seja por meios humanos ou no aguardo e um acontecimento transcendente, sempre há esperança de que se reproduza na vida real o episódio que Mozart produz em sua ópera "A Flauta Mágica", quando o personagem Sarastro, quase no final do espetáculo, diz: "Os raios de sol afugentam a noite, destruindo o poder conivente dos hipócritas". Talvez ao menos um único raio de luz ainda possa surgir e sabe-se que as trevas se dissipam inexoravelmente se há um único raio de luz. [4]

É preciso acreditar que aquilo que nos ensinava Aulo Gélcio, em sua obra "As Noites Áticas", na antiga Roma do Século I, ainda possa ser válido nos dias de hoje, ou seja, que "a verdade é filha do tempo" ("veritas temporis filia") e não da autoridade ou, pior ainda, do autoritarismo. [5]

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE aumenta multa para forçar Facebook a bloquear perfis no exterior. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/moraes-aumenta-multa-forcar-facebook-bloquear-perfis>, acesso em 1º.08.2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Bloqueio cautelar processual penal de redes sociais e desprezo da ampla defesa e contraditório. Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/27098/bloqueio-cautelar-processual-penal-de-redes-sociais-e-desprezo-da-ampla-defesa-e-contraditorio/>, acesso em 1º.08.2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Inquérito Judicial das Fake News: as obviedades que precisam ser explicadas. Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/25326/inquerito-judicial-das-fake-news-as-obviedades-que-precisam-ser-explicadas/>, acesso em 1º.08.2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Julgamento "Fake" News e a continuidade da ilegalidade. Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/26048/o-julgamento-fake-news-e-a-continuidade-da-ilegalidade/>, acesso em 1º.08.2020.

FACEBOOK e Twitter vão recorrer da decisão sobre bloqueio de contas de bolsonaristas. Disponível em <https://www.tribuna.com.br/noticias/atualidades/facebook-e-twitter-v%C3%A3o-recorrer-de-decis%C3%A3o-sobre-bloqueio-de-contas-de-bolsonaristas-1.111940>, acesso em 1º.08.2020.

GÉLIO, Aulo. *Noites Áticas*. Trad. José Rodrigues Seabra Filho. 2ª. ed. Londrina: Eduel, 2010.

INQUÉRITO 4.781 Distrito Federal. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-alexandre-moraes.pdf>, acesso em 1º.08.2020.

FACEBOOK recua e bloqueia perfis de bolsonaristas fora do Brasil após ordem do STF. Disponível em <https://politicalivre.com.br/2020/08/facebook-recua-e-bloqueia-perfis-de-bolsonaristas-fora-do-brasil-apos-ordem-do-stf/#gsc.tab=0>, acesso em 1º.08.2020.

MASSIN, Jean, MASSIN, Brigitte. *História da Música Ocidental*. Ângela Ramalho Viana, Carlos Sussekind e Maria Teresa Resende Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MOZART, Wolfgang Amadeus. A Flauta Mágica. Disponível em <https://pqpbach.sul21.com.br/2019/05/05/wolfgang-amadeus-mozart-1756-1791-die-zauberflote-bohm-fischer-dieskau-wunderlich-berliner-philharmoniker/>, acesso em 1º.08.2020.

ROSSO, Eucárdio de. Aulo Gélío: O Desconhecido Autor de As Noites Áticas. *Revista Conscientia*. n. 19, p. 382 – 388, jul./set., 2015.

TEODORO, Plínio. Facebook se recusa a cumprir decisão do STF e vai manter perfis de bolsonaristas. <https://revistaforum.com.br/redes-sociais/facebook-se-recusa-a-cumprir-decisao-do-stf-e-vai-manter-perfis-de-bolsonaristas/>, acesso em 1º.08.2020.

NOTAS:

[1] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Inquérito Judicial das Fake News: as obviedades que precisam ser explicadas. Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/25326/inquerito-judicial-das-fake-news-as-obviedades-que-precisam-ser-explicadas/>, acesso em 1º.08.2020. IDEM. O Julgamento “Fake” News e a continuidade da ilegalidade. Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/26048/o-julgamento-fake-news-e-a-continuidade-da-ilegalidade/>, acesso em 1º.08.2020. E finalmente: IDEM. Bloqueio cautelar processual penal de redes sociais e desprezo da ampla defesa e contraditório. Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/27098/bloqueio-cautelar-processual-penal-de-redes-sociais-e-desprezo-da-ampla-defesa-e-contraditorio/>, acesso em 1º.08.2020.

[2] FACEBOOK e Twitter vão recorrer da decisão sobre bloqueio de contas de bolsonaristas. Disponível em <https://www.tribuna.com.br/noticias/atualidades/facebook-e-twitter-v%C3%A3o-recorrer-de-decis%C3%A3o-sobre-bloqueio-de-contas-de-bolsonaristas-1.111940>, acesso em 1º.08.2020. E ainda: TEODORO, Plínio. Facebook se recusa a cumprir decisão do STF e vai manter perfis de bolsonaristas. <https://revistaforum.com.br/redes-sociais/facebook-se-recusa-a-cumprir-decisao-do-stf-e-vai-manter-perfis-de-bolsonaristas/>, acesso em 1º.08.2020.

[3] ALEXANDRE aumenta multa para forçar Facebook a bloquear perfis no exterior. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/moraes-aumenta-multa-forcar-facebook-bloquear-perfis>, acesso em 1º.08.2020. Veja-se a decisão do Ministro Alexandre de Moraes em sua íntegra: INQUÉRITO 4.781 Distrito Federal. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-alexandre-moraes.pdf>, acesso

em 1º.08.2020. Sobre a revisão forçada da posição do Facebook, vide: FACEBOOK recua e bloqueia perfis de bolsonaristas fora do Brasil após ordem do STF. Disponível em <https://politicalivre.com.br/2020/08/facebook-recua-e-bloqueia-perfis-de-bolsonaristas-fora-do-brasil-apos-ordem-do-stf/#gsc.tab=0>, acesso em 1º.08.2020.

[4] MOZART, Wolfgang Amadeus. A Flauta Mágica. Disponível em <https://pqpbach.sul21.com.br/2019/05/05/wolfgang-amadeus-mozart-1756-1791-die-zauberflote-bohm-fischer-dieskau-wunderlich-berliner-philharmoniker/>, acesso em 1º.08.2020. E ainda: MASSIN, Jean, MASSIN, Brigitte. *História da Música Ocidental*. Ângela Ramalho Viana, Carlos Sussekind e Maria Teresa Resende Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 580.

[5] ROSSO, Eucárdio de. Aulo Gélío: O Desconhecido Autor de As Noites Áticas. *Revista Conscientia*. n. 19, jul./set., 2015, p. 385. A frase citada, de autoria de Aulo Gélío, em "As Noites Áticas", Livro XII, item 11, tem sido, equivocadamente atribuída a Galileu Galilei e a Bertolt Brecht. Talvez essas personalidades históricas tenham realmente, em algum momento, se referido a tal citação, mas a frase original pertence ao romano do Século I, até mesmo por uma questão cronológica. Para acesso a uma edição completa da obra em destaque: GÉLIO, Aulo. *Noites Áticas*. Trad. José Rodrigues Seabra Filho. 2ª. ed. Londrina: Eduel, 2010, "passim".

HOMICÍDIO FUNCIONAL – QUALIFICADORA INSERIDA PELO LEI N.º 13.142/2015 AO ARTIGO 121º, PARÁGRAFO 2º, INCISO VII DO CPB E INEFICÁCIA DA MEDIDA NO COMBATE À CRIMINALIDADE.

MAYCKY FERNANDO ZENI: Advogado. Graduado em Direito pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, SC. Curso de Aperfeiçoamento para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Santa Catarina – ESMPPSC; Curso de Atualização Jurídica – LFG. Pós Graduando em Direito Penal e Processual Penal pela UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina – Campus Joaçaba, SC; Pós Graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS; Membro Estadual da Comissão de Direito Bancário da Ordem dos Advogados do Brasil – Santa Catarina.

RESUMO: O tema que iremos abordar no presente trabalho tratará de analisar quais foram os fundamentos e as justificativas através da criação da Lei n.º 13.142/2015, na intenção de reconhecer a eficiência no combate aos crimes praticados contra autoridades e agentes de segurança pública. Iremos também avaliar e analisar as questões referentes dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna de 1988, notadamente o direito a vida do cidadão dentro do âmbito jurídico constitucional, uma vez que o direito penal tutelado, deve observar os princípios fundamentais, serão especificadas as pessoas que integram o que foi especificado nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, ainda apresentará todas as características que envolvem a qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso VII do Código Penal, apresentando os entendimentos favoráveis e desfavoráveis em relação à nova qualificadora vigente, enunciado no texto normativo, como forma de dificultar a prática do delito em desfavor de agentes da autoridade. Será abordado ainda a ineficácia da medida no combate a criminalidade, mais notadamente nos crimes cometidos contra as forças de segurança.

PALAVRAS-CHAVE: Homicídio Funcional, Lei n.º 13.142/2015, qualificadora, Código Penal, Ineficácia da Medida.

ABSTRACT: The theme that we will address in the present work will try to analyze what were the grounds and justifications through the creation of Law No. 13.142 / 2015, in order to recognize the efficiency in combating the crimes committed against

authorities and public security agents. We will also assess and analyze the fundamental rights issues enshrined in the 1988 Magna Carta, notably the right to life of the citizen within the constitutional legal framework, since the protected criminal law must observe the fundamental principles, the persons who integrate what was specified in articles 142 and 144 of the Federal Constitution, will still present all the characteristics that involve the qualifier provided for in article 121, paragraph 2, item VII of the Penal Code, presenting the favorable and unfavorable understandings in relation to the new qualifier in force, enunciated in the normative text, as a way to hinder the practice of the crime to the detriment of law enforcement officials. It will also address the ineffectiveness of the measure in combating crime, most notably in crimes committed against security forces.

KEYWORDS: Functional Homicide, Law No. 13.142 / 2015, qualifier, Penal Code, Ineffectiveness of Measure.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO.2. O HOMICÍDIO FUNCIONAL E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.142/2015.3. DA NATUREZA SUBJETIVA DO HOMICÍDIO FUNCIONAL.4. DA FUNDAMENTAÇÃO TEORIA DO HOMICÍDIO FUNCIONAL NO DIREITO PENAL.5. DA LEI N.º 13.142/2015 – ASPECTOS E PARTICULARIDADES.5.1. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF E STJ – NATUREZA SUBJETIVA OU OBJETIVA. 5.2. DA INEFICÁCIA DA QUALIFICADORA INSERIDA PELA LEI 13.142/2015.6.CONCLUSÃO.7.BIBLIOGRAFIA.

1.INTRODUÇÃO

O Poder Público na ânsia de combater a criminalidade, mais notadamente contra os agentes de segurança pública inseriu a qualificadora no crime de homicídio.

Foi criada por meio da Lei n.º 13.142/2015 a figura do homicídio funcional, tendo como vítimas do crime autoridades ou os agentes descritos nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, pertencentes às Forças Armadas, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Civil, Militar e Corpo de Bombeiros, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela.

Pela referida lei foi instituído, também, que o cônjuge, companheiro, parente consanguíneo até terceiro grau podem ser vítimas do referido crime de homicídio qualificado, sendo muito importante destacar todos os aspectos e especificidades da nova legislação.

A referida Lei inseriu o inciso VII, ao §2º do artigo 121 do Código Penal, sendo que foi criada mais uma modalidade qualificada de homicídio, nas referidas hipóteses

em que o agente praticar crime de homicídio contra as autoridades ou agentes descritos nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, bem como contra todos os integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão da referida condição. (BRASIL. Lei n.º 13.142, 2015).

Dispõe o artigo 121, paragrafo 2º inciso VII do CPB, in verbis:

Artigo 121 [...]

§ 2º Se o homicídio é cometido [...]

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

No tocante a quaestio debatida, a referida qualificadora foi inserida no rol de crimes hediondos previstos na Lei n.º 8.072/90, vez que o crime não admite graça e indulto, é inafiançável; para a progressão de regime se o réu for primário serão necessários o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, e se reincidente é necessário o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena, requisitos estes que deverão ser observados.

Será discorrido em primeiro lugar sobre o bem jurídico vida, para, logo em seguida, tratarmos sobre os aspectos da qualificadora do crime de homicídio, denominada como homicídio funcional.

Trataremos ainda de mostrar uma polêmica quanto ao reconhecimento do homicídio funcional como ferramenta de combate na determinação de dificultar a prática do delito em desfavor do corpo social, do Estado, para, logo, expor as conclusões sobre o assunto sugerido.

2.O HOMICIDIO FUNCIONAL E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13142/15

Iremos abordar no presente tópico o homicídio funcional e as alterações trazidas pela Lei 13142/2015 que inseriu o inciso VII no artigo 121, paragrafo 2º do CPB.

O doutrinador Damásio Evangelista de Jesus (2015, p.02), apontou outras alterações trazidas pela referida Lei:

A Lei n. 13.142, de 6 de julho de 2015, em seu art. 1º, alterou o Código Penal (CP) para acrescentar ao art. 121, § 2º, mais uma circunstância qualificadora do crime de homicídio (inciso VII), tentado ou consumado. Além disso, previu uma causa de aumento de pena no crime de lesão corporal do art. 129 do CP (art. 2º). Por fim, tornou hediondos o homicídio, a lesão corporal gravíssima e a seguida de morte cometidos contra autoridade, policial, cônjuge e parentes, nas condições que os prevê, modificando a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) (art. 3º).

Por derradeiro acrescentou-se no artigo 121 do CPB a qualificadora no parágrafo 2º, inciso VII:

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até 3º grau, em razão dessa condição.

No artigo 121, §2º, inciso VII do Código Penal, no tocante a figura penal descrita “autoridade”, a referida terminologia será objeto de muito debate.

No entendimento de Barros (2015, p. 01):

[...]podem ser agentes passivos do homicídio funcional, os Ministros do STF, membros dos Tribunais Superiores, Desembargadores dos Tribunais de Justiça, Magistrados federais e estaduais, membros do Ministério Público da União e Membros do Ministérios Públicos dos Estados quando formem vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, e seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime.

Segundo Rogerio Sanches tanto os agentes quanto as autoridades são aquelas citadas na CF de 1988 destacada na Lei.

Vejamos:

O art. 142 da CF/88 abrange as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Já o art. 144 disciplina os órgãos de segurança pública: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Forma compreendidos na referida Lei ainda os cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau.

Por oportuno segundo o entendimento de ROGERIO SANCHES (2017, p. 354), quanto a especificidade de que o sujeito passivo do crime deve se tratar de funcionário em razão e no exercício da função ele nos ensina que:

Nos três casos, a qualificadora pressupõe que o crime tenha sido cometido contra o agente no exercício da função ou em decorrência dela. Suponhamos que um policial, no seu dia de folga, encontra-se num bar assistindo a transmissão de uma partida de futebol disputada pelo seu time. Quando vibra com a vitória da sua equipe, um torcedor fanático do time derrotado, sabendo que se trata de um policial, saca uma arma de fogo e contra ele desfere 5 disparos, que causam a morte do policial. Percebam que o homicida matou um policial, agente de segurança, condição esta conhecida do executor. Contudo, no exemplo proposto, o crime não foi cometido estando a vítima em serviço, nem sequer tem nexos com a sua função. Incidirão, no caso, outras qualificadoras (motivo fútil e recurso que dificultou a defesa do ofendido), mas não a do inc. VII.

Quanto aos guardas municipais e agentes de segurança viária foi sanada, pois estão listadas no artigo 144 da CF, sendo sujeitos passivos do delito em questão.

BITENCOURT (Revista Consultor Jurídico, 2015) esclarece que:

O legislador não restringiu a previsão dessa qualificadora às autoridades relacionadas no caput do art. 144 da CF/88. As guardas municipais estão descritas no art. 144, no § 8º, e também são agentes de segurança pública lato sensu. A lei fala no art. 144 da CF/88, sem qualquer restrição. O art. 144 é composto não apenas pelo caput, mas também por parágrafos.

Como o texto legal objetiva proteger os servidores públicos que desempenham atividades de segurança pública, por se encontrem mais expostos a riscos do que as demais pessoas. O Estatuto das Guardas Municipais (Lei n.º 13.022/2014) prevê, dentre as competências destes, também a sua atuação em prol da segurança pública das cidades (arts. 3º e 4º da Lei). (<https://www.conjur.com.br/2015-jul-29/cesar-bitencourt-homicidio-policial-protege-funcao-publica>)

3.DA NATUREZA SUBJETIVA DO HOMICIDIO FUNCIONAL

O delito tem natureza subjetiva no entender da maioria da doutrina.

O doutrinador Damásio nos diz que:

a “natureza jurídica” da qualificadora do homicídio funcional é “subjetiva”, incompatível com o privilégio, ou seja, é relacionada com a motivação do crime em razão da função e não com as formas de execução. Sendo assim, não se comunica aos demais coautores ou partícipes no concurso de pessoas. Ainda, não é possível a qualificadora do homicídio funcional ser cumulada com o privilégio do artigo 121, § 1º do Código Penal, ou seja, não existe homicídio funcional qualificado-privilegiado. A doutrina e a jurisprudência sempre admitiram, como regra, o homicídio qualificado-privilegiado, mediante a condição de que a qualificadora deve ser de natureza “objetiva”.

Precisamente por tal circunstância é que Sanches (2017) alega a incompatibilidade com o homicídio privilegiado.

Nos dizeres do autor:

Efetivamente, não se pode imaginar a possibilidade de que alguém mate um agente de segurança pública no exercício da

função ou em decorrência dela, ou mesmo que mate um familiar desse agente em razão da condição de parentesco, e o faça por motivo de relevante valor social ou moral. É impensável que este homicídio seja movido pela manutenção dos interesses da coletividade (aliás, é bem o oposto) ou por sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão. E mesmo no homicídio cometido sob o domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima, acredito ser impossível a coexistência da qualificadora. (SANCHES, 2017, p. 355).

Barros (2015) entende que a qualificadora do homicídio funcional é uma qualificadora subjetiva, considerando a motivação delitiva, havendo, assim, duas consequências, apresentando o posicionamento dos Tribunais Superiores: a) As qualificadoras subjetivas (Artigo 121, incisos I, II, V, VI e VII) não se comunicam aos demais coautores ou partícipe no concurso de pessoas. As qualificadoras objetivas (artigo 121, incisos III, IV), comunicam-se desde que ingressem na esfera de conhecimento dos envolvidos. b) Não é possível a qualificadora do homicídio funcional ser cumulada com o privilégio do artigo 121, § 1º do Código Penal. Ou seja, não existe homicídio funcional qualificado privilegiado, isso porque doutrina e a jurisprudência dominante sempre admitiram, como regra, homicídio qualificado privilegiado, estabelecendo uma condição; a qualificadora deve ser de natureza objetiva, pois o privilégio descrito nos núcleos típicos do artigo 121 § 1º, são todos subjetivos, algo que repele as qualificadoras da mesma natureza. Posição do STF: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da possibilidade de homicídio privilegiado qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. Noutro dizer, tratando-se de qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva)" (HC 97.034/MG). Posição do STJ: "Admitese a figura do homicídio privilegiado qualificado, sendo fundamental, no particular, a natureza das circunstâncias. Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas, pelo que o motivo de relevante valor

moral não constitui empecilho a que incida a qualificadora da surpresa” (RT 680/406) (BARROS, 2015, p. 07)

4. DA FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO DIREITO PENAL NO HOMICÍDIO FUNCIONAL

Primeiramente é forçoso frisar que o Direito Penal tem por objetivo defender os bens jurídicos considerados mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade.

Nos dizeres do professor Greco (2010, p. 02) “com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito”

Assevera BITENCOURT (2012, p. 35):

O Direito Penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Como meio de controle social altamente formalizado, exercido sob o monopólio do Estado, a persecutio criminis somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com normas preestabelecidas, legisladas de acordo com as regras de um sistema democrático. Por esse motivo os bens protegidos pelo Direito Penal não interessa ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando dispõe da persecutio criminis não detém o ius puniendi, mas tão somente o ius accusationis, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Consequentemente, o Estado, mesmo nas chamadas ações de exclusiva iniciativa privada, é o titular do ius puniendi, que tem, evidentemente, caráter público (BITENCOURT, 2012, p. 37).

A vida é um direito fundamental do indivíduo, sendo que a proteção da vida é de enorme interesse do Estado, sendo que:

Dentre os bens jurídicos de que o indivíduo é titular e para cuja proteção a ordem jurídica vai ao extremo de utilizar a própria repressão penal, a vida destaca-se como o mais valioso. A conservação da pessoa humana, que é a base de tudo, tem

como condição primeira a vida, que, mais que um direito, é a condição básica de todo direito individual, porque sem ela não há personalidade, e sem esta não há que se cogitar de direito individual. Segundo Leclerc, 'há o dever de aceitar a vida e o direito de exigir o seu respeito por parte de outrem; há também o dever de respeitar a vida alheia e o direito de defender sua própria vida'. Embora esse bem jurídico constitua a essência do indivíduo enquanto ser vivo, a sua proteção jurídica interessa conjuntamente ao indivíduo e ao próprio estado, recebendo, com acerto, assento constitucional (BITENCOURT, 2009, p. 24).

Entende-se imprescindível proteger e tutelar o bem jurídico, qual seja a vida dos profissionais da segurança pública, tendo em vista a crescente criminalidade que assola o nosso Brasil.

E foi por meio a Lei n.º 13.142 em 06 de julho de 2015, que foi inserida a qualificadora no artigo 121 do CPB.

5. DA LEI N.º 13.142/2015 – ASPECTOS E PARTICULARIDADES

Neste tema a pretensão é discorrer sobre a Lei n.º 13.142/2015, com as particularidades encontradas sobre o assunto.

A Lei n.13.142/2015 inseriu o inciso VII, ao §2º do artigo 121 do Código Penal, ao qual foi criada pela Lei mais uma modalidade qualificada de homicídio, quando o sujeito ativo do crime praticar o delito de homicídio contra autoridade ou agente descrito nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, bem como contra integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão desta condição.

A par de tudo isso a referida qualificadora foi inserida no rol de crimes hediondos previstos na Lei n.º 8.072/90, portanto o crime não admite graça e indulto, é inafiançável; para a progressão de regime se o réu for primário é necessário o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, e se reincidente é necessário o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena.

A criminalidade aumenta assustadoramente em nosso País, bem como os índices de violência são alarmantes, crimes estes os mais variados, tráfico de drogas, organização criminosa, homicídios, roubos, etc...

A violência praticada contra os agentes de segurança pública, policiais, bombeiros, agentes penitenciários tem aumentado, sendo que são visados mais notadamente pelas organizações criminosas que atuam principalmente dentro dos nossos presídios.

O Poder Público no intuito de fortalecer as instituições democráticas de Direito, inseriu a qualificadora do homicídio funcional.

O doutrinador Damásio Evangelista de Jesus (2015, p. 01) conceitua o crime de homicídio funcional como “matar autoridade ou policial no exercício ou em razão dela, ou seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau”.

Outrossim o termo autoridade alcançada pela Lei é somente aquela descrita no texto legal.

Barros (2015) nos diz que:

Perceba que o legislador logo após o uso da terminologia “autoridade” usa a frase “OU” agente descrito nos artigos 142 (Forças Armadas) e 144 (Policiais) da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, ou seja, todos são “autoridades”, “agentes” e “integrantes” do sistema de segurança pública. Portanto, podem ser agentes passivos do homicídio funcional, os Ministros do STF, membros dos Tribunais Superiores, Desembargadores dos Tribunais de Justiça, Magistrados federais e estaduais, membros do Ministério Público da União e Membros dos Ministérios Públicos dos Estados quando formem vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, e seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. b) Agentes da Marinha, Exército e Aeronáutica, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. c) Integrantes da polícia federal, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. d) Integrantes da polícia rodoviária federal, quando foram vítimas no exercício da

função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. e) Integrantes da polícia ferroviária federal, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. f) Integrantes da polícia civil, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. g) Integrantes da polícia militar e corpos de bombeiros militares, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. h) Integrantes do sistema prisional, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. i) Integrantes da Força Nacional de Segurança Pública, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, e em razão da motivação funcional do crime (BARROS, 2015, p. 04)

Sobre os sujeitos do delito segundo Damásio Evangelista de Jesus:

Ativo: tratando-se de crime comum, pode ser qualquer pessoa.

Passivos (autoridades, agentes ou parentes)

1. autoridade ou agente previsto nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública;

Integrantes do sistema prisional: Secretários da Administração Penitenciária, Diretores de presídios, agentes penitenciários, Diretores de Centros de Detenção Provisória, Diretores de Cadeias Públicas e carcereiros.

Art. 142 da CF:

“As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.”

Art. 144 da CF:

“A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.”

2. cônjuge, companheiro (união estável) ou parente consanguíneo até terceiro grau da autoridade ou agente público, em razão dessa condição (pais, mães, avós, bisavós, filhos, netos, bisnetos, irmãos, tios e sobrinhos).

Parentesco civil (morte de filho adotivo de policial, por exemplo): não é abrangido pela norma, salvo a incidência de outra qualificadora.

Parentesco por afinidade: não é abrangido pela norma, ressalvando a incidência de outra qualificadora.

Assim, podem ser sujeitos passivos membros das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), polícias federal, rodoviária federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis estaduais, como os Delegados de Polícia, militares estaduais, corpos de bombeiros militares estaduais, autoridades e agentes integrantes do sistema prisional, da Força Nacional de Segurança e guardas civis, municipais ou metropolitanos (estes de acordo com o art. 144, § 8º, da CF). Podem também ser sujeitos passivos os Ministros do STF, membros dos Tribunais Superiores, Desembargadores dos Tribunais de Justiça, Juízes Federais e Estaduais, membros do MP da União e dos Estados, havendo nexos de causalidade principal (no exercício da função) ou secundária (em razão da função).

Sobre o nexo de causalidade do autor acima citado:

É necessário que a vítima, no momento do crime, esteja no exercício da função ou o fato tenha sido cometido em decorrência dela ou em razão dessa condição. Exs.: 1º - matar policial da ativa por ter sido prejudicado por ele. 2º - matar policial reformado ou da reserva **em decorrência do anterior exercício da função** (CF, art.142, § 3º, I). Creemos que no caso de morte do cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo de agente público já reformado ou aposentado incide a qualificadora em face da circunstância "em razão dessa condição" (parte final do inciso VII). Acreditamos também que incide a qualificadora quando o crime é cometido, depois da morte do agente público, contra cônjuge ou parente dele em razão do anterior exercício da função.

Essas circunstâncias devem ser abrangidas pelo conhecimento do autor.

Ou seja se o sujeito ativo do crime desconhecer essa circunstancia não incidirá essa qualificadora do homicídio funcional.

Trata-se ainda de crime hediondo:

O homicídio praticado contra autoridade, agente policial, seu cônjuge ou parente, consumado ou tentado, nas situações da Lei n. 13.142/2015, configura crime hediondo (alterado o art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90 com o acréscimo do inc.VII do § 2º do art. 121-do CP). (Damásio Evangelista de Jesus)

No caso de servidores aposentados a qualificadora do homicídio funcional não incidiria, pois já não seriam servidores públicos na ativa.

Bitencourt (2015, p. 05):

Regra geral, todos os agentes e autoridades integrantes do sistema de segurança pública, com a aposentadoria não são abrangidos pela qualificadora que ora examinamos, pois, com a aposentadoria deixam de ser autoridade, a gente ou integrante da segurança pública. Por essa razão, não estão abrangidos pela nova previsão legal, por falta de previsão

expressa do texto legal, sendo inadmissível interpretação extensiva ou analógica em matéria penal repressiva. Contudo, excepcionalmente, o servidor aposentado também poderá ser alcançado por essa proteção penal, pois o texto legal fala em "no exercício da função ou em decorrência dela". Com efeito, se mesmo após estar aposentado um policial é reconhecido e, por vingança de sua atuação funcional, é assassinado por alguém por vingança de determinado caso em que atuou, não há como deixar de aplicar essa qualificadora do inciso VII do art. 2º deste art. 121 do CP

A lei utilizou o termo da palavra consanguíneo, pergunta-se como ficariam os filhos adotivos?

O artigo 227, paragrafo 6º da CF proibiu qualquer discriminação.

Nos termos do artigo 1593 do CC diz ser o parentesco natural ou civil de acordo com a consanguinidade. Forçoso pois reconhecer que não existe o laço de sangue quando o filho for adotivo, não se estendendo para o filho adotivo a qualificadora do inciso VII do paragrafo 2º do artigo 121 do CPB, pois se assim fosse feito se estaria utilizando da analogia in malam parte o que é proibido.

Eduardo Luiz Santos Cabette, preleciona que:

"(...) se um sujeito mata o filho consanguíneo de um policial (parentesco biológico ou natural), é atingido pela norma sob comento. Mas, se mata o filho adotivo do mesmo policial (parentesco civil), não é alcançado. Não é possível consertar o equívoco legislativo mediante o recurso da analogia porque isso constituiria analogia 'in malam partem', vedada no âmbito criminal. Efetivamente houve um grande equívoco do legislador nesse ponto específico. A única consolação em meio a essa barbearagem legislativa é o fato de que a morte de um filho adotivo de um policial, por exemplo, em represália ou vingança pela atividade deste último, configurará tranquilamente o 'motivo torpe' e fará do homicídio um crime qualificado da mesma maneira, tendo em vista o mero simbolismo da norma que veio a lume com a Lei 13.142/15.

De outro lado entendendo pela possibilidade da aplicação da qualificadora do filho adotivo, discorre Francisco Dirceu Barros:

"A Constituição Federal equipara os filhos adotivos aos filhos consanguíneos, vide o § 6.º do art. 227, in verbis: 'Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Portanto, se o mandamento constitucional preconiza que os filhos adotivos são equiparados aos consanguíneos, a ilação lógica é a de que quem mata, por motivo funcional, filho adotivo de uma das pessoas elencadas no art. 121, § 2.º, VII, do CP, comete homicídio funcional. Não estamos fazendo uso da analogia in malam partem, pois não existe lacuna a ser preenchida e a norma constitucional não permite fazer nenhuma discriminação.

Por se tratar de uma qualificadora de natureza subjetiva, não é possível a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 1.º do art. 121 do CP, ao qual não se admite, o chamado homicídio qualificado-privilegiado.

5.1. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF E STJ – NATUREZA SUBJETIVA OU OBJETIVA

Diante da nova qualificadora inserida ao artigo 121 parágrafo 2º, inciso VII do CPB integrando do sistema penal brasileiro, no qual coexistem qualificadoras de natureza objetivas (quanto ao meio e ao modo de execução) e subjetivas (quanto aos motivos), criou-se uma divergência de entendimentos sobre sua aplicação aos casos concretos.

Segundo a jurisprudência do STF, in verbis:

*A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. Noutra dizer, tratando-se de qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de **execução** do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva)"(HC 97.034/MG).*

De outra banda a posição do STJ, verbo ad verbum:

"Admite-se a figura do homicídio privilegiado-qualificado, sendo fundamental, no particular, a natureza das circunstâncias. Não há incompatibilidade entre circunstâncias

subjetivas e objetivas, pelo que o motivo de relevante valor moral não constitui empecilho a que incida a qualificadora da surpresa” (RT 680/406)

5.2. DA INEFICACIA DA QUALIFICADORA INSERIDA PELA LEI 13.142/2015

Verificamos atualmente que após a entrada em vigor da Lei 13.142 /2015, que a mesma não trouxe resultados práticos para inibir os criminosos de praticarem o crime de homicídio contra as forças de segurança.

Tem-se que temos um aumento vertiginoso da violência contra os policiais em inúmeros estados do Brasil, notadamente no Rio de Janeiro e São Paulo.

A reportagem 100 PMs mortos: como frear a violência contra policiais no Rio? Demonstra a ineficácia da qualificadora. (<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/29/100-pms-mortos-como-frear-a-violencia-contr-policiais-no-rio.htm>)

Em outra reportagem sobre a morte de policiais no Pará:

Número de policiais assassinados no Pará se iguala ao do Rio.

<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/numero-de-policiais-assassinados-no-para-se-igual-a-do-rio.shtml>

Colhe-se da reportagem índices alarmantes de mortes de policiais no Brasil.

Pesquisa feita em reportagem da UOL demonstram que 80% dos policiais assassinados no País morreram armados na folga. (<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/01/17/policia-armamento-mortes-folga-violencia.htm>)

Resta pois ineficaz a qualificadora do homicídio funcional no combate a criminalidade, notadamente de agentes de segurança assassinados.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar o homicídio funcional, bem como os sujeitos passivos do delito abarcados no artigo 142 e 144 da CF, da necessidade do conhecimento do sujeito ativo do delito da condição do sujeito passivo qual seja o elencando no artigo 142 e 144 da CF.

De acordo com a Lei em vigor identificamos que existe uma séria de pessoas específicas que podem ser vítimas do delito, figurando como sujeito passivo do delito, para que então o ato prática conduzido da norma abstrata possa ser reconhecido como policídio.

Que não existe ainda na doutrina e na jurisprudência é o fato dos filhos adotivos, em razão do parentesco civil, poderiam figurar como vítimas do delito de homicídio funcional. De outro modo a característica situação dos funcionários aposentados será analisada de acordo com cada caso concreto, considerando-se a possibilidade da tipificação do policídio (crime praticado contra as forças de segurança) se o crime foi cometido em razão da função exercida.

De outra banda restou claro é o fato da necessidade do autor do delito do crime de homicídio funcional ter conhecimento da condição da vítima como elencada nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal.

A duvida quanto aos guardas municipais e agentes de segurança viária foi sanada, pois estão listadas no artigo 144 da CF, sendo sujeitos passivos do delito em questão.

Tratamos ainda da ineficácia da qualificadora inserida no inciso VII do artigo 121, paragrafo 2º do CPB, pois os homicídios praticados contra os agentes de segurança aumentaram de forma alarmante.

Conclui-se que o intuito do Legislador foi proteger a vida dos agentes de segurança publica, mas verifica-se que a medida foi ineficaz pois a morte de policiais cresce a cada dia de forma alarmante em nosso País.

7.REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BARROS, Francisco Dirceu. Os agentes passivos do homicídio funcional: Lei n. 13.142/2015. A controvérsia da terminologia autoridade e o filho adotivo como agente passivo do homicídio funcional. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/41302/os-agentes-passivos-do-homicidiofuncional-lei-n-13-142-2015>]. Acesso em data de 09.09.2019.

BARROS, Francisco Dirceu. Estudo completo do homicídio funcional: lei 13.142/2015. In: Jus Navegandi. Publicado aos 07/2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40725/estudo-completo-do-homicidio-funcional-lei-13-104-2015>

BITENCOURT, Cezar Roberto. Qualificadora de homicídio contra policial não protege a pessoa, e sim a função. In: Consultor Jurídico. Revista, 29 de julho de 2015, 7h30. Disponível em: Acesso em: 08 de setembro de 2019.

_____. Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1. 20. ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Tratado de Direito Penal. Parte Especial 2: Dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Cabette, Eduardo Luiz Santos. Homicídio e lesões corporais de agentes de segurança pública e forças armadas: alterações da Lei 13.142/15. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/40830/homicidio-elesoes-corporais-de-agentes-de-seguranca-publica-e-forcas-armadas-alteracoes-da-lei-13-142-15>]. Acesso em: 09.09.2019.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal, 5. Ed. Juspodivm. 2017, vol. Único.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio de. Homicídio Funcional: primeiras ideias. In: Carta Forense, 04/08/2015. Disponível em: . Acesso em: 09 de setembro de 2019.

O TRATAMENTO DA LIBERDADE RELIGIOSA EM ESCOLAS PÚBLICAS

MARIANA GOMES MASCARENHAS:

Advogada e mestranda em direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Resumo. O artigo analisa a liberdade religiosa em escolas públicas sob dois prismas: a proibição de interferência no livre exercício da religião e a impossibilidade de proteção especial ou adoção de uma religião oficial pelo Estado. Para tanto, são desenvolvidos temas como o conceito de liberdade religiosa, a proibição do uso de símbolos religiosos em escolas públicas francesas e o julgamento da ADI 4439, que trata do ensino confessional em escolas públicas brasileiras. Este trabalho procura aproximar os conceitos de neutralidade e liberdade religiosa, identificando as semelhanças entre as violações ocorridas na França e no Brasil. Ademais, tenta-se compreender a aplicação de conceitos como dominação por invasão cultural e independência ética.

Palavras-Chave: Liberdade. Religião. Escolas. Públicas. França.

Sumário: 1. Introdução; 2. O que é liberdade religiosa?; 3. A proibição de símbolos religiosos em escolas públicas francesas; 4. O ensino confessional em escolas públicas brasileiras: ADI; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

Ao longo dos séculos, foram estabelecidas intensas relações entre religiosidade e educação. Durante muito tempo, em várias partes do mundo, a educação esteve ligada às confissões religiosas. Nos Estados Unidos, por exemplo, a fusão entre educação e religiosidade foi retratada na obra "Indignação", de Philip Roth[1]. Marcus Messner, personagem principal do livro, enfrenta a difícil relação entre a própria liberdade religiosa e as imposições da faculdade em que estuda, o que acaba trazendo problemas às suas ambições educacionais.

Se a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a isenção do serviço militar por objeção de consciência para homens religiosos e ateus que possuíssem convicções morais que os proibissem de servir (United States vs. Seeger) tivesse sido proferida no fim dos anos 50, Marcus, como homem ateu que tinha medo de ser expulso da faculdade e enviado para a guerra, teria sido poupado de grandes períodos de angústia.

O jovem foi obrigado a frequentar as aulas de religião e chegou a questionar o diretor da faculdade quanto à intensa interferência da instituição na escolha de seu modo de vida. Tal ficção pode ser utilizada para ilustrar o desrespeito à liberdade religiosa dentro das instituições de ensino.

Ronald Dworkin, no livro “Religião sem Deus”, discute a concepção de que a religião não implica necessariamente na crença em um Deus, conceito que será muito utilizado no presente artigo para uma análise mais específica das violações da liberdade religiosa dentro de escolas públicas francesas e brasileiras.

A Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos proíbe a interferência do governo no livre exercício da religião e veda a proteção ou reconhecimento de religião oficial pelo Estado. Essas duas exigências serão aplicadas durante a análise da liberdade religiosa em escolas públicas francesas, a partir da interferência estatal em aspectos individuais dos alunos, e em escolas públicas brasileiras, especialmente no que se refere ao julgamento da ADI nº 4439 DF sobre ensino confessional.

Portanto, este artigo tratará sobre duas situações em que o Estado se utiliza de argumentos aparentemente sustentados pela liberdade religiosa ou pela laicidade para pressionar os cidadãos a adotarem um determinado modo de vida. O primeiro caso que abordaremos é o banimento de símbolos religiosos ostensivos usados por alunos em escolas públicas francesas para, segundo o governo, manutenção do caráter laico do Estado. Em seguida, trataremos do julgamento da ADI nº 4439 DF pelo STF, que considerou constitucional ensino confessional em escolas públicas, contrariando nitidamente o dever de neutralidade estatal frente às questões religiosas.

Para o desenvolvimento desta análise, utilizaremos a seguinte sequência: 1) O que é liberdade religiosa?; 2) A proibição de símbolos religiosos em escolas públicas francesas; 3) O ensino confessional em escolas públicas brasileiras: ADI 4439.

2. O que é liberdade religiosa?

O conceito de religião não possui definição indiscutível, é difícil perceber elementos absolutamente comuns a todas as religiões. No âmbito da proteção jurídica da liberdade religiosa, há o considerável receio de que a adoção de uma prescrição rígida do conceito de religião acabe traduzindo uma visão religiosa específica, limitando a autocompreensão religiosa dos indivíduos.

Na obra *Religião sem Deus*, Ronald Dworkin trata da expressão “ateísmo religioso”[2], trazendo a concepção de que a religião não exige necessariamente a crença em um Deus. Ainda, o autor traz reflexões sobre a ideia de que “cada pessoa

tem a responsabilidade ética intrínseca e inescapável de viver corretamente”[3], o que configuraria uma questão de fé, ou seja, o indivíduo seria o responsável por decidir sobre as questões éticas que envolvam os seus conceitos de vida adequada.

Quanto às religiões teístas, o autor traz importantes considerações acerca das consequências da interferência estatal no cumprimento dos deveres e responsabilidades impostas por essas religiões. Obviamente, o Estado deve limitar alguns mandamentos religiosos para proteger direitos de terceiros, mas essa proibição não deve se resumir à desaprovação de uma religião, deve haver argumentos. O indivíduo tem o direito de manter sua crença, cumprir com os deveres dela advindos e, com isso, decidir sobre o que seria adequado para a sua existência.

Ao observar que Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos proíbe a violação do livre exercício da religião e a discriminação a favor de uma religião, Dworkin revela que a interpretação constitucional da liberdade religiosa deve observar que os indivíduos têm um direito moral específico de escolha de sua prática religiosa, não sendo justo que a proteção da liberdade religiosa seja limitada às religiões teístas, mas também sendo insensato abraçar todas as convicções em um conceito mais amplo de religião.[4]

O direito moral à liberdade religiosa deve ser interpretado como um direito à independência ética, ou seja, que o Estado não pode interferir em um estilo de vida por supor que outro seja melhor.[5]

A liberdade de expressão, de consciência e de religião e a liberdade acadêmica são oposições à cultura da conformidade, sendo parte do apoio dado pela sociedade à uma cultura da independência. As escolas têm papel de protagonistas no processo de formação da cultura de independência, devem ser o lugar onde as pessoas adquirem certa determinação e capacidades fundamentais para levar uma vida baseada em suas próprias convicções.[6]

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trata a liberdade de crença como um direito fundamental, previsto no artigo 5º, VI, garantindo o livre exercício dos cultos religiosos. A liberdade de religiosa não é somente a liberdade de escolha de religião, é também a liberdade de ser ateu e de não ter ou de deixar de ter uma religião. O livre exercício dos cultos religiosos exige a prática de certos ritos, manifestações, hábitos, tradições e cerimônias, configurando um desdobramento da liberdade religiosa e, conseqüentemente, demandando certa proteção.[7]

A liberdade de professar a própria crença, de informar e se informar sobre religião, de ensinar e aprender religião e o direito à objeção de consciência também configuram direitos subjetivos individuais, dimensão da liberdade religiosa. Outra

dimensão da liberdade religiosa é o vetor objetivo, que se apresenta como princípio da não confessionalidade (interpretação do artigo 19 da CF/1988).[8]

O direito constitucional brasileiro buscou harmonizar a mais livre ampla e livre convivência religiosa com princípios como igualdade, liberdade, pluralismo e justiça social, combatendo qualquer tipo de discriminação religiosa entre teístas e ateus.[9]

No texto constitucional, o ensino religioso foi tratado pelo artigo 210, §1º, determinando que ensino religioso fosse disciplina de matrícula facultativa oferecida em horários normais das escolas públicas. A devida interpretação de tal dispositivo constitucional permite tratar o ensino religioso como matéria baseada uma compreensão histórica de um fenômeno que atingiu a humanidade.

O artigo 7-A da LDB traz o respeito à liberdade de crença de alunos que, por preceitos religiosos, não possam exercer atividades em determinados dias, provável influência da decisão da Corte norte-americana citada na introdução deste trabalho. Já o artigo 33 trata do oferecimento de ensino religioso em escolas públicas, como matérias de matrícula facultativa. Nos últimos anos, a grande polêmica em torno do tema foi o julgamento de inconstitucionalidade do Decreto nº 7.107/2010 que, em seu artigo 11, § 1º, trata do ensino religioso confessional em escolas públicas, tema que será analisado em tópico específico.

3. A proibição de símbolos religiosos em escolas públicas francesas

Na França, a proibição de afixação de símbolos religiosos em monumentos ou espaços públicos, exceto locais de culto, cemitérios, monumentos funerários, museus e exposições, foi determinada, há mais de um século, pelo artigo 28[10] da Lei de 9 dezembro de 1905, que trata da separação entre Igrejas e Estado, tendo como base princípios como liberdade de consciência e, conseqüentemente, livre exercício de cultos.

Em 2004, a Assembleia Nacional Francesa votou pelo banimento do uso de véus muçulmanos, solidéus judaicos e crucifixos cristãos nas escolas. Símbolos discretos usados pelos alunos ficaram permitidos. Então, a Lei nº 2004-228, de 15 de março de 2004, foi promulgada e proibiu, sob o argumento de aplicação do princípio da laicidade e de valores como igualdade e respeito ao outro, o uso de sinais e vestimentas que manifestem ostensivamente uma afiliação religiosa (artigo 1º[11]).

O Estado justificou tal proibição pelo fato de que a Lei seria aplicação do princípio constitucional da laicidade, presente no artigo primeiro da Constituição Francesa de 1958[12] e um dos fundamentos da escola pública. Esse princípio teria

como base a liberdade de consciência e o respeito aos valores comuns que formaram a unidade nacional.

A Circular, de 18 de maio de 2004, que trata da implementação da Lei nº 2004-228, de 15 de março de 2004, pontua, quando trata dos princípios, que escola teria o dever de transmitir os valores da república francesa como dignidade para todos os seres humanos, igualdade entre homens e mulheres e a liberdade de cada indivíduo, inclusive para a escolha de seu modo de vida, de acordo com o que considera ser o melhor. Ainda, destaca que o ambiente escolar deveria reforçar a igualdade entre os estudantes e promover uma fraternidade aberta a todos, além de afirmar que a proibição desses símbolos aliviaria os alunos de pressões geradas por manifestações ostensivas de afiliação religiosa, já que essa lei garantiria o respeito à liberdade de consciência de todos.

Um dos pontos controversos quanto à proteção de diferenças e garantia de não discriminação que justificaram a vedação é a própria redação da circular de implementação da Lei 2.1[13], já que esta traz expressamente o véu islâmico como primeiro exemplo de sinais e roupas proibidos. Ainda, a palavra “ostensivos” gera desigualdades entre os alunos, já que continua permitida a utilização de símbolos religiosos menos “ostensivos”, como pequenas cruzes. É nítido que algumas religiões demandam a utilização de vestes mais ostensivas do que outras, ou seja, referida lei oferece tratamento discriminatório em relação aos alunos que utilizam símbolos religiosos que não podem ser “menos ostensivos”, segundo os padrões estabelecidos pelo Estado francês.

Outro ponto questionável do dispositivo legal é o argumento de que este visa à proteção de direitos alheios e promove a tolerância e a fraternidade. Uma coisa é o Estado francês proibir no início do século XX que símbolos religiosos fossem afixados em espaços públicos, já que o estado é laico, deve manter a sua neutralidade, inclusive visando à proteção da liberdade religiosa, não podendo beneficiar uma única confissão. Outra coisa é impedir que os alunos de escolas públicas se vistam de determinada maneira e portem símbolos religiosos pelo fato de sua escolha de vida divergir do que o Estado impõe como melhor modo de vida. A escola é o espaço da descoberta, do convívio com as diferenças e da formação de cidadãos, os alunos devem ser respeitados para que formem e escolham seus próprios conceitos do que seria viver corretamente.

Ao vetar a utilização de símbolos religiosos que, por serem ostensivos, só afetam determinadas religiões e colocar, em circular de orientação para aplicação da Lei, como principal exemplo o véu islâmico, o Estado reforça preconceitos em torno dessa religião. A presença de uma aluna muçulmana utilizando um véu não pode ser

encarada da mesma forma que a afixação de símbolos religiosos em prédios públicos ou orações em salas de aula. Sob o pretexto de que não deve haver discriminação a favor de uma religião, já que o Estado é laico, a França acabou violando qualquer compromisso com a neutralidade, o livre exercício da religião e, conseqüentemente, a liberdade de consciência.

A falta de convívio com colegas que utilizam símbolos religiosos acaba alimentando a ignorância e gerando outros tipos de violência moral contra os que tiveram sua liberdade religiosa violada pela proibição francesa. O veto impõe “modelo francês de melhor estilo de vida”, o que certamente impõe dificuldades à tolerância religiosa.

É preciso entender que a proibição do uso de símbolos religiosos ostensivos por alunos faz parte da mesma imposição de melhor modo de vida pelo Estado quando este afixa símbolos religiosos em espaços públicos. Na verdade, o aluno não sofre pressões por conviver com pessoas que manifestam sua religião através de vestimentas e sim pelo Estado que impõe um jeito correto de manifestar a religiosidade.

O ocorrido na França se aproxima muito do que tratou Paulo Freire a respeito teoria da ação antidialógica e suas características, principalmente quanto à invasão cultural. A invasão cultural faz parte da conquista e ocorre através da imposição da visão de mundo dos invasores aos invadidos. Esta é uma forma de dominação econômica e cultural do sujeito invadido que conduz à “inautenticidade do ser dos invadidos”[14]. O êxito da invasão cultural tem como elemento básico fazer com que o indivíduo a ser dominado absorva a ideia de que é inferior ao dominador.

Nesse processo, os invadidos absorvem os valores dos invasores. Modificações na maneira de falar, no modo de vestimenta e no andar são conseqüências dessa dominação, há uma aderência do “eu” oprimido ao “tu” opressor.[15] A proibição aos alunos do uso de roupas que pareçam ostensivamente religiosas é tipo de adaptação à realidade que serve ao dominador, a França estabeleceu, através de lei, certa pressão para o sucesso de sua invasão cultural e a conseqüente adaptação dos indivíduos aos seus padrões de exercício da religiosidade.

O governo francês, ao impor que um determinado estilo de vida é melhor do que o outro, não está protegendo qualquer aspecto de neutralidade ou laicidade, muito pelo contrário, configura uma violação de liberdade religiosa sob justificação absurda de que isso garantiria a neutralidade do Estado francês em matéria religiosa e evitaria conflitos. É necessário o convívio com as diferenças na escola para que a

haja a tolerância, o respeito e a fraternidade, elementos tão buscados pela República francesa.

A religiosidade de alguns não pode ser absorvida pelo Estado como violação iminente ao direito do outro. A proibição do uso de símbolos religiosos ostensivos pelos alunos nas escolas apenas reforça estigmas em torno da população muçulmana, ou seja, o oposto da missão que, segundo o Estado francês, têm as escolas de transmissão de valores como igual dignidade a todos os seres humanos, igualdade entre homens e mulheres e liberdade, incluindo a escolha de próprio modo de vida.

4. O ensino confessional em escolas públicas brasileiras: ADI 4439

Em 1979, a Espanha que, apesar de ser uma monarquia, é laica, celebrou um acordo com a Santa Sé^[16] para a inclusão do ensino religioso em currículo escolar, sendo facultativo aos alunos, mas de oferecimento obrigatório pelas escolas. Os professores, embora remunerados pelo Estado, devem ser designados pelas autoridades eclesiásticas, que também determinam o conteúdo dessa disciplina. Tal acordo entre a Igreja e o Estado espanhol provoca protestos intensos até os dias atuais e já foi objeto de questionamento judicial no Tribunal Constitucional (ATC 1155/1987).

Em 2008, o governo brasileiro celebrou um acordo com a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil promulgado no Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. Dentre os pontos polêmicos desse decreto, tem-se o § 1º do artigo 11 que diz:

“§1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.”.

Esse modelo de ensino em escolas públicas brasileiras foi questionado pela Procuradoria Geral da República em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439, que solicitou a interpretação conforme a constituição do § 1º do artigo 11 do Decreto nº 7.107/2010 e do artigo 33, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei nº 9.394/1996. Buscou-se o reconhecimento de que o ensino religioso em escolas públicas só poderia ter natureza não confessional e a proibição da contratação de professores representantes de confissões religiosas.

A votação foi apertada e, por maioria dos votos (6x5), o Supremo Tribunal Federal considerou que o ensino religioso em escolas públicas pode ter natureza confessional, não havendo violação dos mandamentos constitucionais. Um dos principais argumentos a favor da improcedência da ADI 4439 sustentou que a matrícula facultativa e a proibição ao proselitismo eram suficientes para que esse ensino fosse constitucional. Ainda, no julgamento foi levantando o entendimento de que diferentes confissões religiosas seriam oferecidas aos alunos de diversas crenças, o que não caracterizaria o favorecimento de uma confissão específica.

No entanto, o posicionamento da maioria dos ministros do STF que julgaram a ADI 4439 parece equivocada. O ensino religioso fixado pela Constituição Federal deve ser sedimentado na compreensão histórica de um fenômeno que ocorreu na humanidade (configurando interesse público) e na contemplação das diversas cosmovisões acerca da religiosidade, sem fixar qualquer tipo de conceito de um modo de vida “mais correto”.

O ensino confessional previsto no Decreto envolve estritamente determinada confissão, ferindo o dever do Estado laico de manter sua neutralidade diante de questões religiosas. O principal papel do Estado é garantir que os indivíduos possam ter, deixar de ter ou não ter uma religião, que possam ser teístas ou ateus, que exerçam sua liberdade de culto.

Oferecer ensino confessional em escolas públicas, ainda que de matrícula facultativa, é um atentado à Constituição Federal, viola a igualdade entre os alunos que possuem e os que não possuem uma confissão. O ensino confessional em espaços educacionais públicos tem como objetivo a promoção de valores de determinada confissão, subordinando o Estado a crenças, o que é totalmente incompatível com o princípio da laicidade.

Ao permitir o ensino de matérias religiosas em escolas públicas, de acordo com o §1º, artigo 11, do Decreto 7.107/2010, o Brasil fornece subsídios que privilegiam um certo tipo de discurso religioso. Um Estado laico não pode fomentar esse tipo de prática em escolas públicas, garantir a liberdade religiosa também é se abster de privilegiar qualquer tipo de discurso religioso em detrimento de outro.

O Estado tem como função assegurar que os alunos usufruam do direito fundamental à liberdade de crença sem privilegiar qualquer sentimento religioso. O princípio da laicidade significa a impossibilidade de oficialização de uma religião, portanto, determinada religião não pode ser ensinada em escolas públicas como verdade[17], o ensino confessional é incompatível com o Estado laico.

É necessário perceber que liberdade religiosa e laicidade são complementares, para que os alunos possam usufruir da liberdade de crença, o Estado deve garantir que os espaços públicos, principalmente a escola, local de formação complementar da cidadania, sejam neutros, que nenhuma visão sobre como viver a vida seja colocada acima das outras.

5. Considerações finais

O estabelecimento de conceito jurídico em torno da religião não é tarefa fácil, já que não se trata de algo pacífico na doutrina. Nesse sentido, também é difícil perceber na prática que liberdade religiosa dentro das escolas e a laicidade são elementos complementares. A liberdade religiosa requer um ambiente de neutralidade para o seu exercício, o Estado não pode reconhecer uma religião oficial ou interferir em seu livre exercício.

Os casos tratados nesta análise demonstram duas formas de violação da liberdade religiosa. No caso Francês, a violação foi baseada em interpretação extrema do princípio da laicidade e na confusão, talvez proposital, entre o significado de orações ou símbolos religiosos afixados em espaços públicos e a utilização de símbolos religiosos por alunos dentro de escolas públicas.

Sob a argumentação de que a proibição do uso de símbolos religiosos ostensivos utilizados por alunos em escolas públicas busca instaurar nos cidadãos uma consciência de identidade secular comum a todos, viola o direito à independência ética[18], que decorre da própria liberdade religiosa, já que pressupõe que um tipo de identificação, modo de vida, é mais admirável do que outro, é o que Paulo Freire chamou de invasão cultural[19], parte da conquista dos indivíduos que ocorre através da imposição da visão de mundo dos invasores aos invadidos.

Ao buscar uma laicidade através da eliminação de determinados símbolos religiosos, a França acabou adotando um conceito de melhor modo de vida, suprimindo o seu próprio dever de neutralidade. O direito à liberdade religiosa exige que o Estado não imponha regras que impeçam o exercício da fé. Atualmente, a questão foi agravada com a aprovação pelo Senado francês, em 29.10.2019, de projeto de lei que proíbe que pais ou acompanhantes utilizem símbolos religiosos durante passeios escolares ou visitas às escolas (ainda falta a aprovação da Assembleia Nacional para o reconhecimento oficial de tal proibição).

No caso brasileiro, o reconhecimento da constitucionalidade do ensino confessional em escolas públicas, de acordo com o §1º, artigo 11, do Decreto 7.107/2010, fornece subsídios que privilegiam um certo tipo de discurso religioso, algo totalmente incompatível com o dever de neutralidade de um Estado laico. A

liberdade religiosa dos alunos também foi violada, já que, mesmo que a disciplina seja de matrícula facultativa, é impossível oferecer diferentes confissões religiosas aos alunos de diferentes crenças, não podemos esquecer que religião, segundo Dworkin, não precisa necessariamente da crença em um Deus, ferindo a igualdade entre os alunos. As escolas públicas devem respeitar a pluralidade de crença de seus alunos.

Portanto, a partir da análise deste trabalho acerca do tratamento da liberdade religiosa em escolas públicas, pode-se perceber que laicidade e liberdade religiosa não se contrapõem, são complementares. O livre exercício da religião necessita de um ambiente neutro, assim como o Estado não deve impor às pessoas escolhas sobre o sentido da vida ou adotar um modelo do que seria viver adequadamente.

6. Referências

ALLEY, Robert. *The Constitution & Religion: Leading Supreme Court Cases on Church and State*. New York: Prometheus, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes; et al. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____; *Religião sem Deus*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 65.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião: a liberdade religiosa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINS, Leonardo. *“Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da Constituição Federal”*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, no 5, p. 27-48, jan./mar. 2008.

MEIRELLES, Mauro (org.). *Ensino de sociologia: diversidade, minorias, intolerância e discriminação social*. Porto Alegre: Evangraf/LAVIECS, 2013.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. *“O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização”*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, no 10, p. 17-47, abr./jun. 2009.

_____. *“Religião e neutralidade do Estado”*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, nº 05, p. 13-25, jan./mar. 2008.

NOTAS:

[1] ROTH, Philip. *Indignação*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

[2] DWORKIN, Ronald. *Religião sem Deus*. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 3.

[3] *Ibid.*, p. 96-97.

[4] *Ibid.*, p. 96-104.

[5] *Ibid.*, p. 113.

[6] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[7] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. Malheiros: São Paulo, 2010. p. 96.

[8] *Ibid.*, p. 268.

[9] WEINGARTNER NETO, Jayme. *Comentário ao artigo 5º, incisos VI a VIII*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; et al. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 267.

[10] Article 28

Il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions. Acesso em 04.12.2019.

Disponível em:
< <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006340360&cidTexte=LEGITEXT000006070169&dateTexte=19051211> >.

[11] Article 1

Il est inséré, dans le code de l'éducation, après l'article L. 141-5, un article L. 141-5-1 ainsi rédigé :
« Art. L. 141-5-1. - Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en oeuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève. Acesso em: 04.12.2019. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000417977&categorieLien=id> >.

[12] ARTICLE PREMIER.

La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.

La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=D64B2EB0C8A840D6A032FABB90F9E434.tplgfr31s_1?cidTexte=JORFTEXT000000571356&dateTexte=20080725 >. Acesso em 04.12.2019.

[13] 2.1. La loi interdit les signes et les tenues qui manifestent ostensiblement une appartenance religieuse

Les signes et tenues qui sont interdits sont ceux dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse tels que le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive. La loi est rédigée de manière à pouvoir s'appliquer à toutes les religions et de manière à répondre à l'apparition de nouveaux signes, voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi.

La loi ne remet pas en cause le droit des élèves de porter des signes religieux discrets.

Elle n'interdit pas les accessoires et les tenues qui sont portés communément par des élèves en dehors de toute signification religieuse. En revanche, la loi interdit à un élève de se prévaloir du caractère religieux qu'il y attacherait, par exemple, pour refuser de se conformer aux règles applicables à la tenue des élèves dans l'établissement. Disponível em < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000252465&dateTexte=&categorieLien=id> >. Acesso em: 04.12.2019.

[14] FREIRE, Paulo. p. 206.

[15] Ibid., p. 207.

[16] Disponível em:
< [http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19790103_santa-sede-spagna_sp.html#SOBRE ENSEÑANZA Y ASUNTOS CULTURALES](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19790103_santa-sede-spagna_sp.html#SOBRE_ENSEÑANZA_Y_ASUNTOS_CULTURALES) >. Acesso em 04.12.2019.

[17] DWORKIN, op. cit., p. 107.

[18] Ibid., p. 118.

[19] FREIRE, op. cit., p. 206.

A GRATUIDADE DA JUSTIÇA COM A REFORMA TRABALHISTA E A IMPLICAÇÃO E RESTRIÇÃO DO ACESSO A JUSTIÇA AO CIDADÃO

FABRINE DE JESUS MENEZES BARROS:

Acadêmico finalista do Curso de Direito;
Ulbra-Manaus- Ceulm.

RUBENS ALVES DA SILVA ^[1]

(orientador)

RESUMO: Neste trabalho de conclusão de curso de Direito em forma de artigo científico, irá ser abordado como tema: A Gratuidade da Justiça com a Reforma Trabalhista e a Implicação e Restrição ao Cidadão. Pois as alterações na CLT, trouxe novas interpretações do instituto da justiça gratuita, além disso, causa um enfrentamento com a Constituição Federal vigente. Seus objetivos buscou responder o que é justiça direito, gratuidade além responder e confrontar quais as implicações advindas da reforma trabalhista no que tange a justiça gratuita. O problema está na confrontação do instituto disposto na CLT relacionado ao tema, com a CF/88, código civil e leis específicas a respeito. Portanto conclui-se que pode o instituto da justiça gratuita assegurado pela constituição federal de 1988 ser suprimido pela norma trabalhista e tirar direitos previsto na Carta Maior.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Trabalhista, Gratuidade, Direitos, CLT, CF/88.

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Breve conceituação de direito, acesso á justiça e sua gratuidade – 2.1 A justiça gratuita com a reforma trabalhista e a implicação e restrição ao cidadão – 3 Metodologia – 4 Considerações finais - 5 Referências.

1.INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos, é possível observar a dura luta do povo brasileiro por seus direitos, principalmente no que diz respeito à seara trabalhista, no qual sabe-se que a média salarial neste país é muito baixa, que quase nunca dá para arcar com o sustento da família, nesse viés nota-se que a proteção dos cidadão trabalhadores encontra-se resguardado tanto pelo Constituição Federal, quanto pelo Direito do Trabalho.

Avalia-se também que o direito está em constantes mudanças, caminhando junto com os costumes e comportamento social. Desta maneira diversas áreas dentro do ordenamento jurídico sofrem alterações e com o direito do trabalho não é

diferente, pois está sempre mudando, porém nem sempre e para melhor, mais as vezes suprimindo direitos do cidadão e afrontando a Carta Magna vigente.

Na CF/88, no que diz respeito à Consolidação das Leis Trabalhistas, tem sua previsão, alicerce e proteção ao trabalhador em vários dispositivos principalmente no seu artigo sétimo e demais, sendo que a justiça gratuita é um dos direitos dos cidadãos.

Neste presente trabalho de conclusão de curso de Direito em forma de artigo científico, irá ser abordado o tema; A Gratuidade da Justiça com a Reforma Trabalhista e a Implicação e Restrição ao Cidadão. Pois as alterações na CLT, trouxe novas interpretações do instituto da justiça gratuita, além disso, causa um enfrentamento com a Constituição Federal vigente.

Cujos objetivos, buscará responder o que é justiça gratuita, além de responder e confrontar quais as implicações advindas da reforma trabalhista no que tange a justiça gratuita. O problema está na confrontação do instituto disposto na CLT relacionado ao tema, com a CF/88, código civil e leis específicas sobre.

Aqui fazendo breves distinções, o direito são regras e deveres que regem a sociedade e dar uma regulamentação, já o acesso à justiça é a busca por um direito que foi lesado, no qual o meio que se busca é o judiciário, no que diz respeito a justiça gratuita é a possibilidade de acesso ao judiciário sem pagar custas, uma vez que comprova ser hipossuficiente.

No segundo momento será discorrido sobre gratuidade da justiça com a reforma trabalhista e a implicação e restrição ao cidadão. Nesse viés será analisado antes e após a reforma na CLT, no que tange a mudança na justiça gratuita e as consequências dela advinda, já que nesses novos termos o cidadão terá mais dificuldade e ir à busca de seus direitos.

Quanto a metodologia utilizou-se a pesquisa bibliográfica, onde foi pesquisado em artigos científicos, livros doutrinários de direito do trabalho, processual, e Constitucionais, além das leis e jurisprudência pertinente ao tema.

2. BREVE CONCEITUAÇÃO DE DIREITO, ACESSO A JUSTIÇA E SUA GRATUIDADE.

Diante do tema proposto, faz-se necessário esclarecer o que seja direito, onde pode ser compreendido como regras e deveres que regem a conduta social. Para Bergel (2018), trata-se de uma norma que disciplina a sociedade, regendo relações do cidadão, onde se impõe e deve ser respeitado. Desse modo, o direito é o conjunto de valor histórico, social e moral que permeiam a sociedade.

Assim, nesse viés, a Constituição Federal de 1988, conhecida como carta cidadã, traz diversos direitos, dispositivo que ampara o cidadão, dentre eles está o acesso à justiça. Quanto a este conceito, Cappelletti (2013), aduz que o termo, acesso à justiça e complicada definição, porem tem o intuito de duas propostas clara no ordenamento de direito, o primeiro e que os cidadãos podem ir em busca de direitos ao se sentir lesado, já o segundo e que ao judiciário julgar, o resultado devendo ser justo.

Não obstante, a carta magna de 1988, nos termos do 5º, caput e inciso LXXIV, no qual aduz de forma inequívoca que é dever do Estado presta assistência judiciária. Além, de não tolerar qualquer distinção entre pessoas e resguarda a igualdade.

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:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Portanto observando o artigo acima, percebe-se que a Constituição vigente traz em seu bojo, de forma categórica o direito a cidadão de ter o acesso à justiça de forma gratuita, para os que seja hipossuficiente, além de igualdade e não tolerar distinção.

Cappelletti, (2013) quanto a esse instituto, deve o juiz observar, algumas situações essenciais, como a pessoa ou organização que tem meios relevante a ser usufruído, este tem vantagem, aparente ao entrar com ação ou defende-las. Assim fica claro que esta dispõe de proventos para litigar e conseguir suportar o ônus.

Ademais, dá para destacar que o acesso à justiça, sua inafastabilidade, lesão e ameaça a direitos. Encontra-se amparado no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Cidadã de 1988:

CF/88. ART.5- INCISO XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Tal princípio constitucional, também é compreendido como princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional ou princípio do direito da ação. Portanto, percebe-se que não será admitido pelo judiciário nenhum tipo de lesão ou ameaça a direitos.

Interessante salientar que os institutos tanto do acesso a justiça, bem como a justiça gratuita não se confundem, pois aquela pessoa que teve seu pedido de gratuidade indeferido, isso não afetará o seu direito de entrar com ação, mais agora pagando as custas. Mais ressalta-se que tais institutos estão um interligado ao outro.

Nesses termos, obedecendo a CF/88, e seus preceitos legais no que diz respeito a gratuidade da justiça, o Código de Processo Civil, vigente, em seu art. 98, tem previsão a esse importantíssimo instituto, veja-se:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

Portanto observando o dispositivo acima, fica perceptível que o legislador, deixa claro e evidente a gratuidade da justiça, seja para pessoa física ou jurídica, em obediência a Constituição Federal, no que tange a esse instituto.

Além das pessoa jurídica e física, a esse direito, a doutrina encapada por Bergel (2018), ressalta que poderá se beneficiar da mesma, os entes despersonalizados que é o caso do espólio, condomínio, nascituro e demais.

Além do mais, a gratuidade da justiça, prevalece em várias questões processuais também, como custas, despesas de citação postal, edital, emolumento de cartório e honorário de perícia. É importante notar que sua concessão não isenta o beneficiário, pagar no final processual multa no qual fora imposta e este indivíduo.

Destaca-se ainda que este benefício, poderá se deferido em todo processo ou em parte dele, onde pode resultar em menor percentual de obrigação ou até mesmo o parcelamento. Portanto fica incumbido ao magistrado seu deferimento ou não.

2.1 A JUSTIÇA GRATUITA COM A REFORMA TRABALHISTA E A IMPLICAÇÃO E RESTRIÇÃO AO CIDADÃO

Com o advento da reforma trabalhista, através da lei 13. 467/17, que vigorou, modificou vários dispositivos da CLT (Consolidação das Leis Trabalhista) nesse contexto, irá ser abordado apenas no que diz respeito a alteração da justiça gratuita na CLT.

A Consolidação das Leis Trabalhista, anterior a reforma, previa nos termos do artigo 790, parágrafo 3º, um entendimento mais benéfico ao cidadão. Vejamos:

CLT Art. 790. (...)

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Superado o parágrafo acima citado que fora revogado pela reforma, deu-se um novo entendimento, expondo que:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Ainda foi além acrescentando no mesmo artigo, o parágrafo 4- no qual assim dispõe:

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Para Alexy (2017) Analisando o novo dispositivo parágrafo 3 e 4- vigente, percebe-se e fica claro que antes de vigorar a lei da reforma já citada, bastava apenas colacionar a declaração de hipossuficiência, no qual comprovava o Estado de miserabilidade do cidadão. Com a alteração do dispositivo acima citado, agora leva em conta a o teto previdenciário e sua inequívoca comprovação, no qual faculta o magistrado conceder ou não, o benefício de gratuidade da justiça. Além de várias nuances e subjetividade, dificultando o acesso ao cidadão a justiça.

Uma análise crítica ao parágrafo 3 e 4- do referido artigo, deu um valor uma tarifa a gratuidade da justiça, devendo ser comprovado a qualquer custo, porém este, não está de acordo com artigo 5º, inciso LXXIV e XXXV, ambos da CF/88 , pois aplicado tais parâmetros e perceptível que o custo de vida e compatibilidade de salário em cada Estado se diferenciam, se for comparar tais parâmetros entre sudeste e nordeste há uma distinção e custo diferentes, uma vez que em muitos casos sabe-se que um salário no nordeste custeia boa parte da família. Nesse sentido, deve haver uma análise para a concessão ou não desse benefício.

De acordo com Bergel (2018) Fazendo um comparativo entre normas da CF/88, relação a CLT, a lei maior, não traz qualquer tarifação para obtenção do benefício, no qual garantindo o acesso à justiça ao cidadão, portanto não caberia o CLT, tarifar e validar a pobreza ou não das pessoas. Uma vez que atinge o art. 5- inciso LXXIV da Constituição vigente.

Tal questão contestada prevista na CLT com a reforma, se ver eivada de vícios, primeiro porque impede ou dificulta a pessoa o acesso à justiça já previsto na carta magna, quanto a justiça gratuita limita o cidadão a certo valor, no qual na Constituição vigente não há isso, além disso ressalta-se também que não e levado

em conta o princípio da dignidade da pessoa humana prevista na própria CF/88, inciso-V, além disso tais novos dispositivos implementado pela reforma no que tange ao tema, não está de acordo e no mesmo compasso com as demais leis que tratam sobre a respeito, assim ressalta-se que um dos objetivos do Estado democrático de direito é a preservação da dignidade da pessoa humana, senão vejamos:

CF/88.Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Nesse, contexto, Alexy (2017), ressalta que a dignidade da pessoa humana, é um princípio constitucional que está um nível acima de outras normas, em todas as situações relacionada a hierarquia das leis. Assim, caso outra lei infraconstitucional vier a confrontá-la deve ser declarada inconstitucional.

Pelo exposto é possível observar que estes novos artigos a respeito da justiça gratuita e seu acesso não deveriam prosperar, uma vez que está em descompasso com a CF/88 e demais leis que trata da mesma temática. Uma delas e a que trata da prova da hipossuficiência. Vejamos:

Art.1-caput, da lei 7.115 de 1983.a declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou procurador bastante, e sob as penas da lei, presume-se verdadeiras.

Indo além, e totalmente contrário ao Código de Processo Civil brasileiro vigente, onde nos termos do artigo 99- aduz que:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Entende, Bernardes (2018) que essa norma deveria está em pé de igualdade com as demais normas, ferindo a isonomia, principalmente por fazer interpretação

diferente do Código de Processo Civil, independentemente do valor de salário percebido pelo trabalhador.

Deste modo assim tem entendido os tribunais superiores, como por exemplo o Tribunal Regional do Trabalho 6- região, em sede de recurso ordinário. Vejamos:

IMENTA

RECURSO ORDINÁRIO CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA.

A declaração de insuficiência econômica é suficiente ao acolhimento do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, presumindo-se verdadeira, de conformidade com o art. 99, parágrafo 3- do novo código de processo civil. A justiça gratuita é um direito constitucional que deve prevalecer sobre a norma trabalhista, no que tange essa questão. Irrelevante o fato de não haver comprovado perceber menos que o dobro do mínimo legal ou mais que o dobro. uma vez que o art. 14, parágrafo 1- da lei 5.584/70, contempla com igual benefício os trabalhadores que ultrapassem esse limite mas que estejam com insuficiência econômica. Caso que se impõe a manutenção da sentença. (processo: ROT – 000000-03-0018, relator: Eneida Melo Correia de Araújo, data do julgamento: 20/08/2019)

Nesse contexto, a Cômte trabalhista, o Tribunal Regional do Trabalho da 6.Região em sede de Recurso Ordinário, fez valer o direito ao cidadão que acobertada pela CF/88, observa-se:

CONCESSÃO DOS BENEFICIOS DA JUSTIÇA GRTUITA A RECLAMANTE. A declaração de insuficiência econômica é bastante ao acolhimento do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita. Presumindo verdadeira, de conformidade com o artigo.99, parágrafo 3. Do Código de Processo Civil. Irrelevante o fato de que a demandante seja assistida por advogado particular ou de não haver comprovado perceber menos que o dobro do mínimo legal, contemplando de igual quem ultrapasse esse valor. TRT.6. RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA. 00001071820195060412. Relator Eneida Melo Correia de Araújo. Julgamento: 03/09/219.

Portanto, não é que deva ser ignorado esses novo artigo e inciso, que trata do tema na CLT, mais que se faça justiça ou direito ao que mais se aproxime da Constituição e que esteja em consonância com a mesma, respeitando o que lá está escrito e a isonomia entre normas.

3.METODOLOGIA

O método de abordagem é dedutivo, por que é um processo de análise da informação que utiliza o raciocínio lógico e a dedução para obter um a conclusão a respeito de um determinado assunto.

Chizzotti, comenta que:

No desenvolvimento da pesquisa, os dados colhidos em diversas etapas são constantemente analisados e avaliados. Os aspectos particulares novos descobertos no processo da análise são investigados para orientar uma ação que modifique as condições e as circunstâncias indesejadas (CHIZZOTTI, 2001, p.89).

A observação direta ou participante é obtida por meio do contato direto do pesquisador com o fenômeno observado, para recolher as ações dos atores em seu contexto natural, a partir de sua perspectiva e seus pontos de vista.

O tipo de pesquisa é qualitativa, por ser uma metodologia de caráter exploratório. Seu foco está no caráter subjetivo do objeto analisado.

Chizzotti, explica que:

Busca compreender o comportamento, estudando as suas particularidades e experiências individuais, entre outros aspectos. (CHIZZOTTI, 2001, p.9).

Para esse presente artigo científico, fora utilizado a pesquisa de revisão bibliográfica. Deste modo, ao longo do trabalho utilizou-se de artigos científicos, livros doutrinários de direito do trabalho, processual, e Constitucionais, além das leis e jurisprudência pertinente ao tema.

Ao longo do trabalho fora pesquisado bibliografias e abordado de maneira contextualizada os conceitos e entendimento de direito, acesso à justiça e sua gratuidade, além de tecer breves comentários sobre a reforma e suas implicações com a justiça gratuita.

No que diz respeito ao conceito desse tipo de pesquisa, de acordo com Gil (2010) avalia que a pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de levantamentos previamente feitos, nos quais já há pesquisa abordando o tema, seja através de livros, revistas, artigos, documentos e sites especializados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste presente artigo científico, abordou o tema a gratuidade da justiça com a reforma trabalhista e a implicação e restrição ao cidadão. Nesse contexto ao longo do trabalho, foi percorrida de início, breves conceituação do que é Direito, acesso à justiça e também sua gratuidade. Interessante fazer distinção e salientando que o direito são regras e deveres que regem a sociedade e dar uma regulamentação, já o acesso à justiça é a busca por um direito que foi lesado, no qual o meio que se busca, é o judiciário, no que diz respeito a justiça gratuita é a possibilidade de acesso ao judiciário sem pagar custas, uma vez que comprova ser hipossuficiente.

Já no segundo momento fora percorrido sobre gratuidade da justiça com a reforma trabalhista e a implicação e restrição ao cidadão. Pois antes da reforma era menos dificultoso ao cidadão hipossuficiente, no qual o juiz já concedia a gratuidade logo de plano, no entanto com as novas regras é necessário a comprovação de que de fato ele não tem condição de pagar as custas processuais, além disso fora estabelecido um teto salarial e caso a pessoa receba acima deste, deverá sim pagar as custas.

Ao longo deste trabalho, percebeu-se que há um conflito no que diz respeito a gratuidade da justiça, já que uma vez descrito na Constituição Federal vigente, além de existir uma lei própria e ate mesmo amparada pelo código de processo civil. Porem a único que destoia na interpretação é a CLT, com essa reforma, quem vem sendo maléfica ao cidadão nesse sentido, além disso, causa um enfrentamento com a Constituição Federal. Portanto conclui-se que é acertado vários o entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, dando a interpretação conforme a CF/88 e demais normas, assegurando o direito do cidadão.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Michel Santos. **Tratados de direito do trabalho**. Atlas, são Paulo.2017.

BERGEL, Luiz Victor. **Direito do trabalho**. Del Rey, Belo horizonte. 2018.

BERNARDES, Jardel Paulo. **A reforma trabalhista**. Atlas, São Paulo. 2018

CAPPELLETTI, mauro. **Acesso a justiça**. Fabris. Porto alegre. 2013.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

Acesso em Abril de 2020.

CHIZZOTTI, Antonio. Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais. São Paulo: Cortez, 2001.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. Atlas, São Paulo. 2010.

JURISPRUDÊNCIA. Tribunal regional do trabalho 6-região. <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747321476/recurso-ordinario-trabalhista-ro-80320185060018?ref=serp>

Acesso em Abril de 2020.

MACHHADO, Paulo Marcos. Artigo: **o acesso a justiça na reforma trabalhista**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62751/o-acesso-a-justica-na-reforma-trabalhista>

. Acesso em Maio de 2020.

NASCIMENTO, Mascavo Rui. **Direito do trabalho. Saraiva**. São Paulo. 2013.

SUAREZ, Davi Cunha. **A história do direito do trabalho**. Atlas. São Paulo. 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR. Curso de direito do trabalho: a relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Reforma trabalhista: uma análise dos efeitos jurídicos das principais modificações impostas pela Lei 13.467/2017**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. RT, novembro 2017.

ZÉLIA, Gamboa Asis. **A luta da mulher pela igualdade**. Saraiva. São Paulo. 2012.

JURISPRUDÊNCIA, **Justiça Gratuita na Justiça do Trabalho**. JusBrasil. <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752627803/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1071820195060412?ref=serp> .acesso em agosto de 2020.

[1] Professor Orientador Rubens Alves da Silva. Ulbra-Manaus- Ceulm. E-mail: rubensilvaadv@gmail.com

A ORIGEM DO ESTADO E SEUS LIMITES DE ATUAÇÃO

LEONARDO FABRI: Discente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru .

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)[1]

RESUMO: Desde que a raça humana começou a viver de forma organizada, se entende e aceita a presença do Estado como agente soberano e regulador de todos, que tem o fito de harmonizar o convívio social. Foi através desse processo que o homem deixou seu estado natural e outorgou sua liberdade ao Estado. Com o passar dos anos e desenvolvimento intelectual, muito se questiona o limite da interferência do Estado na vida da sociedade civil organizada, principalmente no que diz respeito a questões ligadas a escolhas pessoais. O presente artigo busca, através de revisão bibliográfica, elucidar o contexto histórico em que as pessoas abdicaram de sua liberdade plena para que o Estado obtivesse sua tutela de forma a representar suas vontades, com enfoque na situação brasileira e quais as consequências desse processo.

Palavras-chave: Estado. Agente soberano. Estado natural. Interferência. Sociedade civil.

ABSTRACT: Since the human race has been living in an organized way, it has understood and accepted the presence of the state as a sovereign agent and regulator, which has the purpose of harmonizing this social life. It was through this process that man left his natural state and granted his freedom to the state. Over the years and intellectual development, much has been questioned about the limit of the state interference in the life of organized civil society, especially with regard to issues related to personal choices. This article seeks, through a bibliographic review, to elucidate the historical context in which people gave up their full freedom for the State to obtain their tutelage in order to represent their wishes, focusing on the Brazilian situation, and what are the consequences of this process.

Keywords: State. Sovereign agent. Natural state. Interference. Civil society.

1 INTRODUÇÃO

Buscando sobre a história da raça humana, verifica-se que antes das pessoas se organizarem no que hoje conhecemos como sociedade, houve tempos em que o homem só pensava em si mesmo e apenas tinha como objetivo realizar aquilo que

lhe fosse bom, sem ao menos levar em consideração os efeitos que isso poderia ter no outro.

É verdade que nesse forma de viver, os homens gozavam da plenitude de sua liberdade, sendo eles mesmos os responsáveis por dirimir os conflitos e legitimar seus direitos.

Ocorre que cada indivíduo buscava satisfazer seu interesse, seja territorial, alimentar, sexual, entre outros, e vencia o mais forte, sem que houvesse para tanto, nenhum outro meio de justiça.

Tal estado de liberdade, é conhecido pelos filósofos contratualistas como Estado natural, e seu ônus era que todos viviam em guerras constantes para que realizassem seus "direitos", ou seja, os direitos reais só pertenciam aos mais fortes que poderiam lutar para legitimar seus desejos.

A partir do momento em que o homem entendeu que essa forma de viver levaria a extinção da espécie humana, a sociedade passou a se organizar de forma diferente. Nesse momento da história foi concretizado o que mais tarde ficou conhecido como Pacto Social, ou Contrato social, que consiste na outorga da liberdade individual à um terceiro, escolhido para representar o interesse de todos e solucionar os conflitos.

Dessa forma, a sociedade passou então a conviver e se desenvolver com mais harmonia, e sempre que houvessem conflitos, o Estado Soberano, na figura de seu representante, era convocado a julgar e reestabelecer a ordem, de forma que todos pudessem viver em cooperação. No entanto, sem aquela liberdade plena de fazer o que bem se entendesse, da forma na qual funcionava no Estado Natural.

O Estado vem, desde então, sendo o tutor do direito de toda a população no mundo, podendo ele ser representado pelo monarca, presidente, primeiro ministro e etc, a depender do regime adotado no país, e, portanto, o responsável pela jurisdição à qual a sociedade está submetida.

Este trabalho científico, através de pesquisa exploratória, utilizando fontes primárias e revisão bibliográfica busca contextualizar todo esse crescimento do Estado como interventor, na busca de dirimir conflitos e alcançar a paz social, e mostrar quais os limites dessa intervenção nos dias atuais, e até que ponto ela é benéfica, podendo nos fazer retroceder aos desfechos que resultavam do Estado Natural, sempre focando no Brasil como parâmetro de análise, para que seja verificado sua real efetividade na solução dos problemas no país.

Para auxiliar o desenvolvimento do artigo, serão trazidos à baila filósofos, sociólogos e estudiosos do Tema como Jean Jacques Rousseau, Thomas Hobbes e John Locke. A análise dos resultados será feita de forma qualitativa para que fique bem elucidado todo o caminho que percorremos até chegarmos no atual modelo de gestão estatal e para onde possivelmente esse modelo nos levará.

2 O ESTADO E SUA ORIGEM

O Estado surgiu de formas diferentes, em momentos diferentes, em sociedade diferentes e com a necessidade de solucionar os conflitos em qualquer lugar em que esteja instituído.

A palavra estado vem do latim “status”, significa condição, foi utilizada no sec. XVI, na obra O Príncipe (1532), de Maquiavel, e tinha a ideia de se referir a uma sociedade política organizada e permanente.

Apesar dos estudiosos tentarem buscar resquícios históricos para se aproximar de uma teoria do surgimento do Estado, é praticamente impossível precisar, pois desde os primórdios, com o desenvolvimento intelectual do homem, ele vem se organizando (tentando) de alguma forma. Por óbvio que nos primórdios da humanidade, o Estado não era da forma como conhecemos hoje.

Portanto, só conseguiremos ter uma noção aproximada dos fatos, e nunca um relato preciso.

Darcy Azambuja, (2005) nos mostra que o Estado se caracteriza em três elementos: território, população e governo. As sociedades primitivas, nos relatos mais arcaicos, eram nômades, constituídas de pessoas com mesmo interesse comum ou famílias. Apesar dessas tribos possuírem lideranças, em sua maioria religiosa, o constante deslocamento físico os impedia de constituírem o Estado.

Segundo Azambuja (2005, p. 107) “Quando as sociedades primitivas, compostas já de inúmeras famílias, possuindo autoridade própria que as dirigia, se fixaram num território determinado, passaram a constituir um Estado”.

Nicéas (2015?) em seu artigo, assim elucidou:

A hierarquização destes grupos familiares era realizada pelos anciãos por intermédio dos conselhos tribais; a harmonização social era alicerçada em práticas religiosas, tendo relações sociais unicamente pessoais.

Findando-se o nomadismo e iniciando as práticas da agropecuária, surge-se a necessidade das propriedades privadas que desperta o interesse de garantias sucessórias, nascendo, portanto, as famílias patriarcais com vínculo monogâmico (por parte da mulher), podendo, todavia, garantir a hereditariedade dos bens privados.

Constatou-se que, a certeza da paternidade com o fito de acautelar a transmissão hereditária da propriedade privada não era o necessário para garantia da segurança dos bens.

Portanto, objetivando o resguardo das posses, criou-se uma estrutura política rudimentar capaz de assegurar os direitos, ora ameaçados por ladrões ora por invasores; também foi possibilitado a criação de cooperativas para trabalhos conjuntos onde toda a sociedade ou grande parte dela se beneficiava, como pontes, barragens, estradas, canais, etc.

Após essa união social institucionalizada, e liderada dentro de uma estrutura política, pode-se, todavia, identificar a gênese do Estado. Estes tinham como principal características o poder absoluto teocrático, constituído no monarca que era considerado divindade.

O próximo relato histórico do Estado foi verificado na Grécia com as chamadas polis (comunidades organizadas) formadas pelos politikos (cidadãos); cabendo mencionar dentre elas, as cidades-estados, Atenas, Esparta e Corinto.

É claro que não se pode olvidar, conforme já dito, que essas hipóteses não necessariamente ocorreram uniformemente em todo local onde o Estado se constituiu.

Azambuja (2005, p.108) pontuou em seu livro:

Só um fato é permanente e dele se promanam outros fatos permanentes: o homem sempre viveu em sociedade. A sociedade só sobrevive pela organização, que supõe a autoridade e a liberdade como elementos essenciais; a sociedade que atinge determinado grau de evolução, passa a constituir um Estado. Para viver fora da sociedade, o homem precisaria estar abaixo dos homens ou acima dos deuses, como

disse Aristóteles, e vivendo em sociedade ele natural e necessariamente cria a autoridade e o Estado.

Infinitas são as teses sobre a formação do Estado e o momento histórico em que isso se deu. No entanto, podemos tratar do Estado como instituição de Direito a partir da criação de uma Constituição, já que esse é o principal marco democrático de todos os países e também a ferramenta que legitima o Estado.

É claro que nem sempre será possível precisar essa data, exceto nos casos de Constituições escritas, promulgadas por uma Assembleia ou outorgadas por um governo.

3 O CONTRATO SOCIAL

A ideia de contrato social, teve maior relevância nos séculos XVI e XVIII, quando os filósofos Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau escreveram sobre o tema.

Precipuamente trata-se da transição do homem de seu estado primitivo, conhecido como Estado natural, para um estado de mais civilidade, ou seja, um estado de harmonia na convivência com seus iguais.

Esse processo só foi possível porque através desse contrato social o homem outorgou a um terceiro, que mais tarde ficou conhecido como Estado soberano, o direito de decidir o que se pode ou não fazer dentro de um sociedade organizada.

Cada um dos filósofos citados tem uma visão diferente sobre o Estado natural no qual vivíamos, e sobre o papel do Estado enquanto uma instituto de Direito.

3.1 THOMAS HOBBS

Thomas Hobbes (1588- 1679) foi um estudioso e filósofo inglês, autor de *Leviatã* e *Do cidadão*. Na obra *Leviatã*, explanou os seus pontos de vista sobre a natureza humana e sobre a necessidade de um governo e de uma sociedade forte.

Hobbes viveu no período do Absolutismo. Para ele o Estado de natureza é anterior a formação do Estado enquanto instituição, onde não existiam leis e a guerra por sobrevivência era constante.

Partia do princípio que a natureza humana é ruim, o homem nasce mal e por isso ele não pode confiar em si mesmo para lidar com os problemas da vida em sociedade.

De acordo com as ideias de Hobbes (2014, p. 111):

Uma vez que a condição humana é a da guerra de uns contra os outros, cada qual governando por sua própria razão, e não havendo algo de que o homem possa lançar mão para ajudá-lo a preservar a própria vida contra os inimigos, todos tem o direito a tudo, inclusive ao corpo alheio. Assim perdurando esse direito de cada um sobre todas as coisas, ninguém poderá estar seguro (por mais forte e sábio que seja) de que viverá durante todo o tempo que normalmente a Natureza nos permite viver.

Devido a essa essência ruim dos seres humanos, para Hobbes o homem deve abdicar de sua liberdade plena, entregando-a a um rei absolutista para governar através de imposição de Leis, garantindo com isso a ordem civil.

A propriedade privada pertence ao governante, ou seja, ao estado Absolutista. Todavia, o povo pode rebelar-se quando a ordem não é garantida pelo soberano absolutista, tendo o direito de eleger um novo governante.

Fica claro que, para o filósofo, o poder estava centrado no Rei absolutista, que possuía uma certa divindade, sendo comparado ao Leviatã, um monstro marinho citado no Antigo Testamento, que possuía um cajado na mão representando o poder religioso, e na outra mão uma espada, representando o poder militar, uma coroa representando o Poder legislativo, executivo e judiciário. Ou seja, as Leis existiam para manter a ordem mas o rei estaria a cima de tudo, inclusive das Leis.

3.2 JOHN LOCKE

John Locke (1632-1704), filósofo inglês Iluminista que viveu no séc. XVII. Ele pertencia a burguesia e, portanto, era contra o Estado Absolutista de Thomas Hobbes.

Para Locke o Estado de natureza é um Estado inseguro, diferente de Hobbes, ele acreditava que o Homem não nascia bem e nem mau, ele poderia ser influenciado por suas vivências pessoais.

Apesar do homem não assumir uma natureza boa ou ruim, Locke acreditava que o homem possuía direitos inalienáveis: como a vida, a liberdade e a propriedade.

Ninguém pode tirar a vida de ninguém, nem o Estado. Ninguém poderia decidir sobre sua liberdade de ir e vir, liberdade religiosa, etc. A propriedade para

Locke, apesar de ser inalienável, não significa que todos deveriam tê-la, somente poderia quem tivesse condições de adquiri-la.

Locke participou do estabelecimento da Monarquia Parlamentarista Inglesa no Século XVII, e por isso se opõe ao Absolutismo e defende a Democracia representativa, na qual os proprietários seriam a base política. Esse modelo se aproxima muito do que vivemos hoje no Brasil. O povo não governa, apenas elege representantes para governar.

Dessa forma, o principal objetivo do Estado é de garantir os direitos inalienáveis.

3.3 JEAN JACQUES ROUSSEAU

Jean Jacques Rousseau (1712- 1778) filósofo nascido na suíça. Para ele no Estado de Natureza os homens nascem bons e se corrompem com suas relações sociais.

As pessoas são boas porque são individuais, elas não precisam se relacionar e depender dos outros, é justamente a relação com o outro que torna ele mal.

Para Rousseau o contrato social deve ser feito através de uma Democracia Participativa, o povo vai para a rua e praças tomar as decisões políticas. Essa forma era ideal principalmente nas pequenas cidades.

“Se um cidadão privado, diz Grotius, pode alienar sua liberdade e tornar-se escravo de um patrão, por que não poderia todo um povo alienar a sua e tornar-se súdito de um rei?” (ROUSSEAU, 2006 p. 16).

A função do Estado é de atender o interesse de todos, independentemente de qual camada da sociedade você pertence.

Para ele, a propriedade é a causa dos males da sociedade, é o que gera todas as desigualdades sociais.

4 O CONFLITO ENTRE ATUAÇÃO DO ESTADO E A VIDA PRIVADA

Resta claro, diante do exposto até aqui, as motivações que levaram ao surgimento do Estado - ou o homem se organizava ou então a sua sobrevivência não perduraria por muito.

Por este motivo, e pela natureza humana ser ruim, segundo Hobbes, neutra segundo Locke e influenciável, segundo Rousseau, é que o Estado durante toda

história passou a ter uma relevância maior, sendo escolhido pelo povo, na figura de seus representantes políticos, para saciar o anseio de todos.

Não obstante ao fato de que sem governantes a vida seria uma catástrofe e retomaríamos o estado natural, o que vem se questionando são os limites da atuação do Estado, que vem interferindo cada vez mais na vida privada e, no entanto, não consegue alcançar seus objetivos precípuos, quais sejam: justiça, fim das desigualdades sociais, paz entre os povos, entre muitos outros. Pelo contrário, o que se vê é um clima, em que a barbárie parece estar cada vez mais próxima do Estado natural.

Importante lembrar que o tamanho do Estado, no tocante ao seu poder de atuação, se difere em cada país, possuindo uma maior ou menor interferência. Contudo, a base para este trabalho é o Brasil.

Nos próximos tópicos elucidaremos melhor alguns dos conflitos estabelecidos entre a atuação do Estado e liberdade privada das pessoas.

4.1 DIREITO A PRÓPRIA VIDA

O Direito a vida é garantido na Carta Magna Brasileira, em seu artigo 5º que trata das garantias fundamentais, além de estar consolidado na Declaração Universal de Direitos Humanos no artigo 3º.

Trata-se de um direito indisponível, portanto, mesmo que você deseje dispor de sua própria vida, você não pode.

Observamos por exemplo, que no Brasil, se um indivíduo possui uma doença em estado terminal, sob forte sofrimento e dor, mesmo diante de tais circunstâncias, esse paciente ou algum ente familiar, não pode optar pelo desligamento dos aparelhos que o mantém vivo, procedimento conhecido como Eutanásia, sob o risco de, caso o faça, ser enquadrado no crime de homicídio ou auxílio ao suicídio, previstos respectivamente, nos artigos 121 e 122 do Código Penal.

Outro exemplo se dá no caso de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová, religião que não aceita que seus seguidores sob hipótese nenhuma recebam sangue de outra pessoa, mesmo que para salvar a sua própria vida. Mais uma vez o Estado interfere na questão e obriga os profissionais da saúde e realizarem o procedimento, mesmo que para tanto interfiram na liberdade religiosa de terceiro, assegurada pela Constituição no artigo 5º, VI.

São vários os exemplos em que o Estado acaba suprimindo a vontade individual dos cidadãos em prol de um suposto bem maior, conforme continuaremos a tratar.

4.2 DIREITO AO PRÓPRIO CORPO

Em todo o mundo, os Estados dizem, de alguma forma, como os indivíduos devem dispor de seu próprio corpo. Como exemplo, vemos a prostituição, que hoje em dia, em países como Brasil e Portugal, o seu consumo não se enquadra como ilícito, isso se o usuário for civilmente capaz e obtiver maioria. No entanto, quem fomenta, emprega, agencia, ou se de alguma forma obtém vantagem, é tipificado no Código Penal e pode sofrer sanção.

É considerável que se releve os seguintes dispositivos do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) acerca do assunto:

Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Casa de prostituição

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Rufianismo

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

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

Resta evidente que da forma como (não) é tratada a situação, não se pretende acabar ou desestimular a prostituição, pois ela é aceita e muito consumida.

O real efeito dessa falta de regulação, é que as mulheres (principalmente) tem seus direitos trabalhistas suprimidos por agenciadores de má fé que não se importam com a saúde e dignidade humana das mesmas, enquanto é o Estado quem deveria regular essa atividade para que essas profissionais fossem amparadas pelas Leis trabalhistas e previdenciárias, como qualquer outro trabalhador.

Podemos observar que na Holanda, por exemplo, a regulamentação dos prostíbulos e agenciadores vem funcionando, estabelecendo critérios humanos e razoáveis de execução de tais práticas, e por corolário, garantindo os direitos trabalhistas e previdenciários das profissionais

4.3 CRIME DE ABORTO

No Brasil, a situação das mulheres com aborto é latente. Além de não poder decidir sobre o próprio corpo, ainda existe o revés de ser criminalizada e até presa, isso se sobreviver aos riscos do aborto clandestino.

A legislação vigente, disciplina o assunto da seguinte forma:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54) Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (Código Penal. BRASIL, 1940)

Somente não é passível de sanção o aborto, nos seguintes casos:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (Código Penal. BRASIL, 1940)

Vejamos que se trata de um assunto espinhoso, que é tratado dessa forma no Brasil devido à grande influência da religião cristã na sociedade e na política.

Ora, a responsabilidade deveria ser na esfera da saúde pública e não na esfera criminal.

Da mesma forma como a prostituição e o consumo de drogas (lícitas e ilícitas) é algo que jamais irá cessar na sociedade, acreditar que as mulheres deixarão de decidir sobre o próprio corpo, e por conseguinte não abortarão mais, é de uma ingenuidade tamanha. Tais práticas são massivas e o único meio de se reduzir os danos, é através da regulamentação.

Hoje as mulheres pobres morrem em decorrência de aborto ilegais realizados sem o mínimo de dignidade, enquanto quem pertence à família abastada, realiza procedimentos caros e segue com sua vida normalmente.

O site jornalístico HuffPost Brasil (2018), apontou que estudo publicado pela Guttmacher Institute - organização internacional trabalha para estudar, educar e promover a saúde e os direitos sexuais e reprodutivos, com atuação nos Estados Unidos e nos países em desenvolvimento – estima que foi gasto aproximadamente US\$ 232 milhões em procedimentos pós-aborto no ano de 2014, nos países em desenvolvimento. Ainda na mesma reportagem da HuffPost Brasil (2018) destaca o atendimento precário que a mulheres tem de passar, revelando que se todas mulheres que demandam o serviço fossem atendidas, o custo seria US\$562 milhões, por outro lado, o estudo estima que se todos abortos fossem feitos de forma legalizada o custo cairia para US\$ 20 milhões.

Nesse mesmo diapasão, se regulamentado fosse, o SUS poderia oferecer mecanismos de tornar essa decisão menos dolorosa a mulher e sua família, além de preservar sua vida e sua liberdade de decisão. Mesmo porque, nenhuma pessoa seria

obrigada a abortar, somente poderia fazê-lo, caso desejasse, de forma segura e digna.

4.4 UNIÃO CIVIL

É recente na história do Brasil a desconstrução da família tradicional, perante o judiciário, constituída a partir de um homem e uma mulher. Somente em maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, e posteriormente, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), permitiu que os cartórios registrassem casamentos homoafetivos.

Se o reconhecimento, no âmbito legal, veio a duras penas, quem dirá no cultural. O preconceito ainda é muito latente, e se espera o dia em que as pessoas deixarão por completo suas amarras culturais e aceitarão a opção de cada um.

Até a questão ser pacificada pelo STF, as legislações eram omissas, e acabavam por não garantir a isonomia e direitos iguais, como preceitua nossa Constituição, o que desencadeava uma série de problemas, como por exemplo no âmbito de sucessões, partilhas de bens, provimento de alimentos, problemas em contratos civis onde há necessidade de comprovação de renda familiar, incentivos do governo para a família, contratos em que o cônjuge figura como dependente, dentre vários outros.

No tocante a este tema, não há como negar que a legislação evoluiu, embora tardiamente. Todavia, era mais uma interferência, nesse caso através da omissão, em que o Estado agia de forma a limitar a opção de vida de seus cidadãos.

4.5 LIBERDADE RELIGIOSA

A Declaração Universal de Direitos Humanos adotada pelos 58 países membros das Nações Unidas, em dezembro de 1948, em Paris (França) preconizava a liberdade de religião e leciona em seu artigo 18:

Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Embora na história da humanidade já predominou um entendimento no qual Estado e Igreja se confundiam, as experiências de guerra, que até hoje perduram, como no Oriente Médio, fizeram o Brasil ir de encontro a DUDH (Declaração Universal

de Direitos Humanos), colocando os mesmos princípios em seu diploma máximo, a Constituição Federal (BRASIL, 1998):

Inciso VII do artigo 5º é assegurado, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

Inciso VII do artigo 5º estipula que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Artigo 150, VI, b, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto, salientando no parágrafo 4º do mesmo artigo que as vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Artigo 226, § 2º, assevera que o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Portanto, a despeito de existir muito preconceito com as religiões de matriz africana e uma histórica e majoritária disseminação do cristianismo, o Estado Brasileiro interfere no cerne da questão, deixando claro que todas as crenças estão amparadas pela Lei.

4.6 USO DE DROGAS

O proibicionismo perpetrado no Brasil, através da adoção da política de Guerra as Drogas, nunca foi óbice aos usuários, que conseguem facilmente acesso aos entorpecentes.

Tal realidade se verifica em todo mundo. Por este motivo, os países com índices melhores de desenvolvimento já observam que o caminho mais viável para reduzir os danos de saúde pública, e ao mesmo tempo enfraquecer os narco traficantes, seria a regulamentação ou legalização do uso e venda de determinadas drogas, que são as atividades de maior rentabilidade ao tráfico.

Gomes-Medeiro D. et al (2019) mostram que o fascínio do homem pelo consumo de substâncias psicoativas, conhecidas como “drogas” é um fenômeno antigo e ainda persistente, e como as mesmas possibilitam a alteração dos estados

de consciência, alguns dos motivos pelo uso seria a busca pelo prazer, alívio de preocupações e tensões, controle do humor e a já citada expansão da consciência. Os autores citam que apenas populações habitantes de regiões desprovidas de vegetação não se relacionaram com tais substâncias, as demais, em diferentes épocas e lugares a fizeram. Gomes-Medeiros D. et al (2019) nos aponta que:

Nesse sentido, é adequado destacar que o consumo de substâncias psicoativas é um fenômeno histórico-cultural com implicações médicas, políticas, religiosas e econômicas. Igualmente pertinentes devem ser as necessidades de se distinguir entre uso ocasional/recreacional e dependência de drogas (evitando-se de apontar o usuário como dependente potencial) e a importância de se estabelecer as diferenças entre os diversos tipos de psicoativos e os danos que provocam.

Ao longo do século XX algumas substâncias se tornaram parte de um campo de atenção, debate e preocupação por parte do Estado e ao ser elevadas ao patamar de questão social a situação envolvendo as drogas passou a ser norteadas por três formações discursivas, a medicalização, criminalização e moralização. Ressalta-se também uma forma específica de atuação do Estado nesse assunto, a postura proibicionista, resultado de uma conjunção de fatores sociais, políticos e econômicos; a radicalização política do puritanismo norte-americano, medo dos membros das elites em relação à uma desordem urbana, conflitos geopolíticos e interesses da indústria farmacêutica são exemplos (Gomes-Medeiro D. et al, 2019).

Segundo Fiori (2019) e Faria (2017) *apud* Gomes-Medeiro D. et al:

O sucesso do proibicionismo contemporâneo consolidou, assim, uma verdadeira cruzada mundial contra as drogas, legitimada por duas premissas fundamentais, conforme definidas por Fiore: (a) o consumo de drogas é uma prática prescindível e danosa, o que justifica sua proibição pelo Estado; e (b) a atuação ideal do Estado para combater as drogas é criminalizar sua circulação e seu consumo. Faria (p. 45), em sua Dissertação de Mestrado, expande a definição do paradigma proibicionista de Fiore, propondo um conjunto de princípios que definiria o "Ideário da Guerra às Drogas": (1) a percepção das drogas, e por extensão, aquele que as usa e as vende, como inimigas ou indesejáveis em si mesmas; (2) o uso de recursos militares e policiais como meio principal para se lidar com o

problema; (3) a ideia de que as drogas ilegais e seu uso podem e devem ser erradicados; (4) o conceito implícito de que a solução para o uso problemático de drogas é a abstinência; (5) o incentivo de que modalidades de encarceramento – criminal ou sanitário – poderá resolver o problema das drogas.

A guerra às drogas produz como uma de suas consequências o aumento da violência e a taxa de mortalidade por homicídio; a demanda pela mercadoria segue estável e seu comércio gerando lucro, o qual vai para uma economia paralela gerida por redes criminosas (Gomes-Medeiro D. et al, 2019).

Outro resultado da postura de guerra em relação às drogas são as altas taxas de encarceramento. O Brasil tem a terceira maior população prisional do mundo e o tráfico de drogas é o que mais contribui isoladamente para o aumento do encarceramento no país (26% da população carcerária masculina e 62% da feminina), ainda, como demonstram Gomes-Medeiro D. et al (2019):

Os dados demonstram, ainda, que o aprisionamento resultante de crimes relacionados às drogas envolve, na maior parte das vezes, pequenas quantidades de substâncias: até 19% das prisões relacionadas à cocaína e 54% das relacionadas à maconha ocorrem por quantidades de drogas que seriam consideradas de uso pessoal em outras legislações

Segundo o 3º Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira realizado pela Fiocruz em 2015:

A maconha é a substância ilícita mais consumida no Brasil, segundo a pesquisa. Dados do 3º Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira, divulgado pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), apontam que 7,7% dos brasileiros de 12 a 65 anos já usaram maconha ao menos uma vez na vida. A segunda droga com maior consumo no país é a cocaína em pó (3,1%).

Portanto, diante de tais levantamentos e estudos, não se mostra viável prender e recriminar usuários, enquanto poderia ser feito um trabalho voltado a área da saúde, com controle e prevenção.

Ademais, na página eletrônica do portal de notícias G1 Mundo (2019) constatamos o importe de R\$533 milhões de reais arrecadados no Canadá provenientes da venda de maconha. Salienta-se que tal valor foi somente nos

primeiro cinco meses da legalização e os dados foram divulgados pelo departamento de estatísticas do país.

Diante de tais dados, fica a reflexão do quanto poderia ser arrecado no Brasil com a produção e venda da maconha. O Estado poderia utilizar desse dinheiro arrecadado para investir em campanhas educacionais sobre os riscos e malefícios de usar qualquer tipo de droga.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme discutido no presente trabalho, o Estado é a instituição legítima para julgar e se for o caso aplicar sanções, sob a égide de representar a vontade da população.

É por esse motivo que o Estado intervencionista está cada vez mais presente em questões banais, sua finalidade deixou de ser a busca pela solução de conflitos e paz social e passou a ser regida por interesses escusos, dentre eles o precípua no tocante a economia, favorecendo determinados grupos em detrimento de tantos outros.

Nossa Constituição é pautada em muitos princípios, um dos mais importantes é o Princípio da Intervenção mínima, que consiste em um freio no poder do Estado de incriminar, o que quer dizer que somente nos casos em que os bens jurídicos de maior relevância para sociedade estão em risco, é que se aplicará a lei penal, como último recurso (*ultima ratio*).

Claramente não é a forma de agir no Brasil, haja vista o Estado preocupado cada vez mais com temas que só dizem respeito as liberdades do indivíduo ou da família, como exemplo os livros proibidos na bienal do livro no Rio de Janeiro, a proibição do uso de drogas leves, entre outros.

O Estado social teve origem na extrema necessidade da humanidade sobreviver e evoluir, porém não podemos manter um *modus operandi* em que somente o interesse de alguns são atendidos, de forma que caminhamos para um formação de Estado totalitário, onde existe interferência em todos os âmbitos e o interesse da nação é colocado de lado.

Nessa formatação de Estado, a democracia vai sucumbindo aos poucos, os meios de comunicação são censurados, há interferência em qualquer tipo de relação contratual, as relações trabalhistas são afetadas, imposição de uma única religião, interferência na vida familiar, repressão à ideologias diversas, entre outras características.

Curioso notar que no atual momento do Brasil, muitas das características citadas estão em curso, e isso se deve justamente pelo crescimento do intervencionismo, motivo que deve preocupar a todos que estão do lado do Estado de Direito Democrático.

Diante das questões até aqui levantadas, resta claro que o ideal é um equilíbrio, onde o Estado interfira apenas em questões realmente imprescindíveis, como acontece nos países mais desenvolvidos como Suíça, Holanda, França, entre outros.

Importante salientar também que a falta do Estado nos levaria de volta ao Estado natural, onde reinaria o caos e a guerra, sem que pudesse se vislumbrar prosperidade para a humanidade.

Enquanto o Brasil adotar essa política excessivamente intervencionista, dificilmente conseguirá êxito na diminuição dos problemas sociais que essa política, em tese, visa proteger.

Esses são só alguns exemplos de como um Estado minimalista poderia ser mais eficiente no Brasil e solucionar os problemas sociais, atendendo ao chamado da população ao invés de privilegiar somente algumas camadas da sociedade.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, DARCY. **Teoria Geral do Estado**. 44 ed. São Paulo: Editora Globo, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 set. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 abril. 2020.

BRASIL. Código Penal. Decreto lei 2848, 7 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 jan. 2020.

CORRÊA, Douglas. **Fiocruz: 7,7% dos brasileiros usaram maconha pelo menos uma vez**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-08/fiocruz-77-dos-brasileiros-usaram-maconha-pelo-menos-uma-vez>> Acesso em: 09 de março 2020.

Declaração universal direitos humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 04 de jan. 2020.

FERNANDES, Marcella. **Aborto no Brasil: Como os números sobre abortos legais e clandestinos contribuem no debate da descriminalização.** Disponível em: <<https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os-numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao-a-23486575/>>. Acesso em: 28 de março 2020.

GOMES-MEDEIROS, Débora. et al. Política de drogas e Saúde Coletiva: diálogos necessários. **Caderno de Saúde Pública** 2019; 35(7):e00242618. Disponível em: <<https://scielosp.org/pdf/csp/2019.v35n7/e00242618/pt>> Acesso em: 18 de março 2020.

G1 MUNDO. **Canadá arrecada US\$ 139 milhões com venda de maconha.** Canada: 2019. Disponível em <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/06/19/canada-arrecada-us-139-milhoes-com-venda-de-maconha.ghtml>>. Acesso em: 04 abril. 2020.

HOBBS, THOMAS. **Leviatã.** 1 ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2014.

NICÉAS, G. **Colisão entre a atuação do estado e a vida privada: limites do intervencionismo.** Jusbrasil.com.br. [S.I.] [2015?]. Disponível em: <<https://giovaneandreas.jusbrasil.com.br/artigos/144430825/colisao-entre-a-atuacao-do-estado-e-a-vida-privada-limites-do-intervencionismo>> Acesso em: 11 de março 2020.

ROUSSEAU, JEAN-JACQUES. **O Contrato Social ou Princípios do direito político.** Séria filosofar. São Paulo: Editora Escala Educacional, 2006.

NOTA:

[1] Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br

AS ARMAS DO FANTÁSTICO: OMISSÃO DE DADOS, POLÍTICA DESARMAMENTISTA E A MÍDIA

PEDRO GUILHERME MÜLLER KURBAN:

Advogado. Bacharel em Direito pela PUCRS. Pós-graduando em Ciências Penais pela PUCRS. Tesoureiro do Instituto Lia Pires (ILP). Formação Complementar: Direito Penal Empresarial (PUCRS); Introdução ao Direito Penal Internacional - Introduction to International Criminal Law (Case Western Reserve University, EUA); Compliance Criminal, Anticorrupção e de Dados (ESA/OAB-RS).

No domingo, 19 de julho de 2020, o programa Fantástico, da Rede Globo, exibiu uma longa e controversa reportagem de dezessete minutos discorrendo acerca da política de armas no Brasil, apontando uma virtual nova escalada de violência tendo como causa o aumento das armas em circulação no país, visando imputar a responsabilidade na conta do governo, por ser abertamente favorável ao direito de portar armas.

Essa inspiração política e axiomática encontra assento na segunda emenda da Constituição estadunidense - *the right to bare arms*, que dispõe o direito, em tradução livre, a "uma Milícia bem regulada, sendo necessária à segurança de um Estado livre, o direito das pessoas a manter e portar armas, não serão violados."¹

Como sói ocorrer *democraticamente* na imprensa, de notável matiz progressista, a famigerada reportagem colheu depoimento de 07 especialistas desarmamentistas, e, como contraponto, por exatos 32 segundos, o presidente da Frente Parlamentar da Segurança Pública, Deputado Capitão Augusto. Um desses experts contra-armamentista apresentou estudo relacionando que, a cada aumento de 1% na circulação de armas, os homicídios subiriam 2%.

A premissa midiática-acadêmica é: mais armas, mais violência; menos armas, menos violência. Para subsidiar e alarmar, a reportagem assinalou gráfico indicando um incremento substancial na venda de armas de fogo desde 2017, destacando um acréscimo mais acentuado no ano de 2019, primeiro ano do governo Bolsonaro, além de ressaltar o número de 140 mil armas vendidas só no corrente ano de 2020. Desse modo, vincula-se o governo

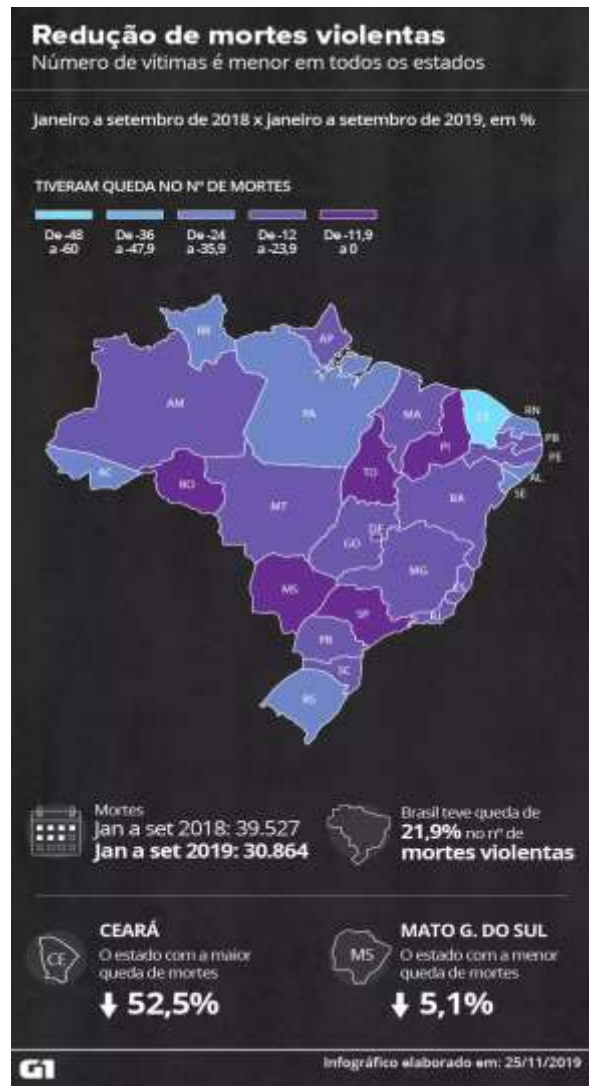
¹ Amendment 2 - Right to Bear Arms. Ratified 12/15/1791: A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed. Disponível em: <https://d396qusza40orc.cloudfront.net/constitution/Constitution.pdf>. Acesso em 24 jul.2020.

ao aumento de armas e, pressuposto do capcioso silogismo jornalístico, ao aumento da violência.

O que a reportagem obliterou, entretanto, foi que, em 2019, os homicídios tiveram significativa redução de 19%, e as mortes violentas de quase 22%, sendo que todos os estados do país apresentaram redução dos assassinatos no período, de acordo com o *Monitor da Violência*, parceria do G1 com o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Conforme infográficos do G1, portal de notícias *online* da própria Rede Globo:



²<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/14/numero-de-assassinatos-cai-19percent-no-brasil-em-2019-e-e-o-menor-da-serie-historica.ghtml>. Acesso em 20 jul.2020.



Portanto, ao contrário do argumento central da reportagem, os dados desmentem *ipso facto* a causalidade entre aumento de armas e de mortes violentas. Embora não se possa associar a queda dos indicadores de violência ao incremento das armas no país, ao invés, pode-se seguramente asseverar que a maior quantidade de armas não provocou mais crimes, muito menos criou o cenário apocalíptico de velho oeste descrito pela reportagem e por abordagens símiles.

Outro dado deturpado na reportagem se refere aos alegados efeitos benéficos do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03); segundo o Fantástico, os índices de segurança

³<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/11/25/brasil-registra-queda-de-22percent-nas-mortes-violentas-em-9-meses-revela-indice-nacional-de-homicidios.ghtml>. Acesso em 20 jul.2020.

pública só melhoraram após a entrada em vigor da draconiana legislação desarmamentista. Todavia, ocorre que o número de homicídios com armas de fogo cresceu durante esse período - de 2003 (um ano antes do Estatuto entrar em vigor) a 2017, saltando de 36.115 a 47.510, aumento, pois, na órbita de 23,9%, consoante o Atlas da Violência, filiado ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)⁴:



Pais	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
BRA	36.115	34.167	33.419	34.921	34.147	35.676	36.624	36.792	36.737	40.077	40.369	42.755	41.817	44.475	47.510

Nesse aspecto, ainda que não abordado na reportagem, o astucioso raciocínio desarmamentista imperante é que, mesmo aumentando, o *crescimento diminuiu* em relação aos períodos anteriores ao Estatuto do Desarmamento. Veja-se: crescimento diminuir soa favoravelmente retórico pelo último verbo empregado, sinalizando *a priori* redução; porém, é bom que se deixe claro, crescimento, sob qualquer prisma, é aumentar. Trata-se de uma artimanha de manipulação linguística, moeda corrente da ginástica teórica dos *scholars* e da mídia, manejado para favorecer a abordagem desarmamentista tão cara à grande imprensa, às classes falantes universitárias e aos chamados especialistas em segurança pública. "O vocabulário e a sintaxe afirmam o que nega o pensamento implícito neles e, na disputa entre eles, é o pensamento que sai derrotado."⁵

⁴ <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/31>. Acesso em 20 jul.2020.

⁵ SCRUTON, Roger. **Uma filosofia política**: Argumentos para o conservadorismo. Tradução Guilherme Ferreira Araújo. 3.ed. São Paulo: É Realizações, 2017, p.207.

Não se pode olvidar, aliás, que, quando do referendo popular sobre a aplicação do Artigo 35 do Estatuto do Desarmamento⁶, a Rede Globo, em associação com ONG's do jaez de "Sou da Paz" e "Viva Rio", fez campanha explícita em favor do "Sim", para fins de proibir todo e qualquer comércio de armas no país. Convém lembrar que a população majoritariamente rejeitou tal disposição, votando maciçamente pelo "Não", que computou robustos 63,94% dos votos.

Com efeito, retomando a sofisticada pirueta teórica do *crescimento diminuído*, giza-se que crescer menos não deixa de ser um indicador ruim, suficiente, ao menos, para demonstrar a ineficácia e inocuidade do Estatuto do Desarmamento no controle da violência e da escalada de mortes.

Ademais, o progresso do ritmo de crescimento tende a diminuir à medida que os números absolutos aumentam; se o salto for de 01 homicídio para 02, tem-se um aumento de 100%, e de 02 para 03, de 50%. Ora, o crescimento foi percentualmente menor, não obstante o número de mortes tenha sido o mesmo. Ainda, quanto mais homicídios acumulados, mais difícil fica de ampliá-los; obviamente que dos longínquos 4.770 homicídios por arma de fogo em 1979 para 30.865 no ano 2000⁷, o crescimento foi maior, pois o parâmetro de base (4.770) é menor, comparativamente à base de mais de 36.000 homicídios em 2003.

Da mesma forma que em uma medição econômica de crescimento; dificilmente um país rico terá um aumento de riqueza superior a um país em desenvolvimento, com condições de pujança econômica em ambos. Por exemplo, os EUA provavelmente não crescerão na casa de dois dígitos do PIB, já a China, ou até mesmo o Brasil, têm maior probabilidade de crescer assim, por ter uma base de riqueza inferior. De fato, é mais fácil crescer aquele que tem menos em relação a quem tem mais. Nesse diapasão, insta registrar que a multiplicação dos homicídios no transcurso do Estatuto do Desarmamento coincidiu com os anos de bonança econômica do governo Lula, o que desmistifica, pelo menos em parte, o também dogmático binômio pobreza-criminalidade.

Claro que as informações omitidas na reportagem, por serem desagradáveis à mídia *bem-pensante* e à *nomenklatura* acadêmica, sequer foram consideradas para fazerem parte

⁶ Art. 35. *É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei. § 1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005, in BRASIL. Lei 10.826, de 22 de Dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento). Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, edição 249, Brasília, DF, ano 140, n. 249, p.1, 23 dez. 2003. PL 1555/2003.*

⁷ <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/31>. Acesso em 20 jul.2020.

das estatística expostas, seja por ignorância analítica fruto do sectarismo progressista, seja por ocultação deliberada. Independentemente do porquê, fato é que o contraditório efetivamente não existe na imprensa tradicional, como se conclui diante desses fatos e dados, apartados de qualquer teoria político-ideológica. As Informações faltantes (queda nos índices de criminalidade), a supressão do contraditório (ausência ou desproporção de especialistas pró armas), as sutis distorções (crescimento a menor) são armas - com o perdão da expressão - recorrentes e históricas da grande imprensa tradicional, e apontar aí o menor sinal de incoerência ou desequilíbrio é visto com histriônico pavor e indignação, dissimulado como se ataque à imprensa ou à liberdade de expressão fossem, quase crime de lesa-pátria.

Para arrematar a ardilosa reportagem, ao tratar das mudanças no Estatuto do Desarmamento atualmente no Senado, a jornalista Sonia Bridi coloca do seguinte modo a sua conclusão: *"o que deve prevalecer: o direito individual a ter uma arma, ou o direito de todos a mais segurança?"* A lógica enviesada é evidente, o direito à arma é um capricho individualista e perigoso em detrimento do direito coletivo à segurança e ao bem-estar. Só faltou combinar com os números.

A INDENIZAÇÃO POR ROUBO, FURTO E EXTRAVIO DE JOIAS EMPENHADAS EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS DEVE SER ARBITRADA COM BASE NO VALOR DE MERCADO DOS ITENS PERDIDOS

HEITOR JOSÉ FIDELIS ALMEIDA DE SOUZA:

Advogado Cível, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) e atualmente cursa pós-graduação (lato sensu) em Direito Empresarial na FGV-SP (GVLAW).

*O consumidor que teve suas joias empenhadas roubadas, furtadas, ou extraviadas da agência bancária em que se encontravam depositadas, pode e deve procurar um advogado especializado para auxiliá-lo na reparação de eventuais prejuízos patrimoniais, caso a indenização ofertada pela instituição financeira não corresponda à real extensão do dano, qual seja, o **valor de mercado** dos bens/joias perdidos.*

No Brasil, infelizmente, os noticiários nos regalam com mais manchetes[1] de grandes assaltos a bancos do que gostaríamos de ver. E, em parte considerável dos casos, a ação criminosa é minuciosamente orquestrada, contanto com armamento pesado, explosivos potentes e informações privilegiadas sobre as agências bancárias visadas pela empreitada criminosa. Nem mesmo o Banco Central escapou da ação dos bandoleiros: em 2005, cerca de R\$ 164 milhões foram surrupiados dos cofres da sede do Banco Central em Fortaleza, em uma operação criminosa de proporções cinematográficas, que ficou conhecida como o maior assalto a banco da história do Brasil.[2]

Entretanto, o produto destes crimes nem sempre é dinheiro em espécie. Houve casos em que as agências bancárias selecionadas pelos criminosos serviam como depósito para joias empenhadas pelos clientes, em troca de empréstimos. Para ilustrar, há pouco menos de três anos, em agosto de 2017, uma agência da Caixa Econômica Federal, situada em bairro nobre da capital do Estado de São Paulo, foi alvo de quadrilha criminosa que – em plena luz do dia – logrou êxito em roubar mais de R\$ 4 milhões em joias empenhadas.[3]

Este artigo versará sobre a segunda hipótese, mais especificamente sobre os direitos do consumidor que teve suas joias empenhadas roubadas durante ação criminosa. Com efeito, não é raro que os contratos bancários de penhor subavaliem os bens empenhados e, ainda por cima, limitem a indenização devida em caso de furto, roubo ou extravio. Neste contexto, seria válida a cláusula contratual que atenua (ou até mesmo exclui) o dever de indenizar do banco em relação ao cliente lesado em casos semelhantes?

Ora, a relação jurídica havida entre cliente e instituição financeira é de natureza consumerista, conforme estabelecido pelo art. 2º c/c art. 3º, *caput* e § 2º do Código de Defesa do Consumidor ("CDC") e pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça ("STJ") na Súmula n. 279: "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.*"

Sendo o CDC aplicável ao caso, é indiscutível que a responsabilidade dos bancos em relação ao evento de furto, roubo ou extravio de bens empenhados incide em sua modalidade objetiva, conforme prescreve o art. 14, *caput* e § 1º, do CDC.

Isto porque, no exercício de sua frutuosa atividade empresarial, os bancos têm (ou deveriam ter) conhecimento de que assaltos (especialmente em agências nas quais se mantêm depositadas centenas de joias empenhadas) são um risco inerente ao seu negócio; e, como não há repartição de lucros com clientes-consumidores, também não pode haver repartição de riscos e prejuízos. Trata-se da consequência lógica e jurídica da teoria do risco do empreendimento. A este propósito, CAVALIERI FILHO[4] elucida que:

"Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos." (grifos nossos).

Vale dizer: assaltos a agências bancárias consistem em fortuito interno, inerente à atividade empresarial dos bancos, fato que atrai a responsabilidade objetiva, nos termos da Súmula n. 479 do STJ: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.*"

Superada a questão da responsabilidade das instituições financeiras em caso de roubo de agências, analisemos a questão do dever de indenizar. No ordenamento

jurídico pátrio, o valor da indenização deve corresponder à efetiva extensão do dano experimentado pela vítima, conforme dispõe o art. 944 do Código Civil: "*Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.*"

Assim, qualquer cláusula contratual que estipular indenização inferior ao valor de mercado da joia empenhada será nula de pleno direito, por força do art. 51, I e IV, do CDC, que prescreve a nulidade das cláusulas que: (a) "*impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos*"; e (b) "*estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*". Neste sentido se consolidou a jurisprudência do STJ:

" CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PENHOR. JOIAS. FURTO. FORTUITO INTERNO. RECONHECIMENTO DE ABUSO DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE LIMITA O VALOR DA INDENIZAÇÃO EM FACE DE EXTRAVIO DOS BENS EMPENHADOS. VIOLAÇÃO AO ART. 51, I, DO CDC. OCORRÊNCIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. No contrato de penhor é notória a hipossuficiência do consumidor, pois este, necessitando de empréstimo, apenas adere a um contrato cujas cláusulas são inegociáveis, submetendo-se à avaliação unilateral realizada pela instituição financeira. Nesse contexto, deve-se reconhecer a violação ao art. 51, I, do CDC, pois mostra-se abusiva a cláusula contratual que limita, em uma vez e meia o valor da avaliação, a indenização devida no caso de extravio, furto ou roubo das joias que deveriam estar sob a segura guarda da recorrida. 2. O consumidor que opta pelo penhor assim o faz pretendendo receber o bem de volta, e, para tanto, confia que o mutuante o guardará pelo prazo ajustado. Se a joia empenhada fosse para o proprietário um bem qualquer, sem valor sentimental, provavelmente o consumidor optaria pela venda da joia, pois, certamente, obteria um valor maior. 3. Anulada a cláusula que limita o valor da indenização, o quantum a título de danos materiais e morais deve ser estabelecido conforme as peculiaridades do caso, sempre com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 4. Recurso especial provido." [5] (grifos nossos).

Em conclusão: o consumidor que teve suas joias empenhadas roubadas, furtadas, ou extraviadas da agência bancária em que se encontravam depositadas, pode e deve procurar um advogado especializado para auxiliá-lo na reparação de eventuais prejuízos patrimoniais, caso a indenização ofertada pela instituição financeira não corresponda à real extensão do dano, qual seja, o **valor de mercado** dos bens/joias perdidos.

NOTAS:

[1] < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/07/botucatu-sp-tem-madugada-de-panico-com-assaltos-tiroteios-explosoes-e-incendios.shtml> > Acesso em 30.07.2020.

< <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,roubo-milionario-ao-itau-da-paulista-foi-planejado-por-um-ano,796743> > Acesso em 30.07.2020.

[2] < <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-foi-o-maior-assalto-realizado-no-brasil/> > Acesso em 30.07.2020.

[3] < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1912443-bandidos-rendem-vigilantes-e-invadem-agencia-da-caixa-no-morumbi-em-sp.shtml> > Acesso em 30.07.2020. Caso semelhante, de dezembro de 2019: < <https://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2019/12/20/criminosos-levaram-joias-estimadas-em-r-1-milhao-durante-assalto-a-banco-no-interior-de-sp-diz-policia.ghtml> >

[4] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade civil*. 11ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 544.

[5] STJ. REsp n. 1155395 / PR, 4ª Turma, Min. Rel. Raul Araújo, j. em 01.10.2013.

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A MATERNIDADE

LETICIA FERREIRA VERAS DA CUNHA:

Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes.

Artigo científico apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação jurídica da professora Gisele Alves.

RESUMO: O presente estudo propõe uma análise crítica acerca da precária condição do sistema penitenciário brasileiro, que foi reconhecido perante o Supremo Tribunal Federal, em razão da contínua violação de direitos e da reiterada omissão estatal, como um sistema de coisas inconstitucional. Abordará, com maior ênfase, a realidade vivenciada pelas gestantes e recém-mães que, por estarem cumprindo penas privativas de liberdade, são submetidas à ambientes insalubres, com falta de produtos de higiene básicos, sem os cuidados médicos mínimos necessários e com violação generalizada dos direitos previstos tanto na Constituição Federal quanto nas normas infraconstitucionais. Ainda, analisará o efeito negativo causado no desenvolvimento dos filhos das presas, principalmente daqueles que, em função da privação de liberdade de suas respectivas genitoras, nascem e crescem encarcerados. Os resultados demonstram que o Brasil possui uma ampla legislação vigente que visa a proteção dos presos, principalmente das mulheres gestantes, mães e puérperas, dentro do sistema carcerário. Entretanto, apesar do surgimento cada vez maior de leis e decisões judiciais que ampliam os direitos da população prisional, a realidade ainda é marcada pela falta de acesso à justiça, à saúde e às necessidades básicas para subsistência com dignidade humana, principalmente no que tange às singularidades do universo feminino.

Palavras-Chave: Maternidade no cárcere. Violação de direitos fundamentais. Alternativas.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DA ADPF N. 347 DO STF; 2 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FEMININOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO; 2.1 EFEITOS DA PRISÃO NO CRESCIMENTO DA CRIANÇA ENCARCERADA; 3 ATUAIS ALTERNATIVAS ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS NO EXERCÍCIO DA MATERNIDADE NO CÁRCERE; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a recorrente violação dos direitos garantidos, inclusive constitucionalmente, a todos os cidadãos brasileiros, ainda que estes estejam privados de sua liberdade em razão de determinação judicial. De maneira mais específica, será demonstrada a realidade vivenciada pelas mulheres presas, principalmente as gestantes, puérperas e mães, dentro das prisões femininas de todo o território nacional. Ainda, será retratada a problemática envolvendo o nascimento de crianças dentro do cárcere.

O referido trabalho tem como objetivo expor os direitos que são diariamente violados no sistema penitenciário nacional onde, apesar da existência de normas constitucionais, infraconstitucionais e jurisprudências no sentido de proteger essa parcela da população, há constante omissão do Poder Judiciário, que utiliza a pena privativa de liberdade até mesmo em casos que são cabíveis pena diversa, e do Poder Público, de um modo geral, que se omite em relação a realidade vivenciada pelos detentos. Nesse sentido, o referido trabalho irá expor as alternativas existentes para conter o atual cenário degradante encontrado nos estabelecimentos penais, demonstrando, ainda, por qual razão tais medidas não são efetivamente cumpridas.

A pesquisa elaborada é juridicamente relevante, pois demonstra o total descaso do Poder Público com uma parcela da população que, apesar de estar com sua liberdade privada, possui direitos que deveriam ser garantidos, mas, na realidade, são constantemente violados. Possui, também, relevância social, uma vez que a própria população, apesar de ter conhecimento do cenário vivenciado pelos presos, ignora as condições indignas que estes são submetidos, idealizando que a prisão deve proporcionar apenas a punição do preso, e não a sua reinserção na sociedade.

A abordagem aplicada para execução do presente trabalho teve o uso do método dedutivo, tendo como base pesquisa bibliográfica, documental, legislativa e jurisprudencial.

1 A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DA ADPF[1] N. 347 DO STF

A política criminal pode ser definida como o conjunto de princípios e regras dos quais o Estado se utiliza para prevenir e reprimir as práticas de infrações penais, com finalidade de combater a criminalidade, tendo como base as normas da legislação penal em vigor (GARCIA apud FILHO, 2015, online).

No Brasil, pode-se afirmar que prevalece a política criminal repressiva, ou seja, a prisão é vista como a opção de maior peso nas decisões judiciais (ITTC, 2017,

online). A aplicação da pena privativa de liberdade tornou-se regra, de modo que é aplicada pelos órgãos julgadores até mesmo em casos onde é cabível a aplicação de pena diversa, ocasionando, esta prática, em um aumento, cada vez maior, da população carcerária.

Até junho de 2017, o Brasil contava com uma população prisional de 726.354 pessoas, considerando os sistemas prisionais estadual, federal e as carceragens das delegacias. Havia aproximadamente 349 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Apenas entre os anos de 2000 a 2017, a taxa de aprisionamento aumentou mais de 150% em todo território nacional. Só o estado de São Paulo continha 229.031 presos, sendo o estado com maior número de pessoas encarceradas do país (INFOPEN, 2017, p. 7 e seg).

Tais dados fazem com que o Brasil ocupe a posição de terceira maior população carcerária mundial, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Contudo, os dois primeiros colocados já possuem políticas de desencarceramento para reduzir suas respectivas populações carcerárias, enquanto a quantidade de presos no Brasil só aumenta.

Estudos estimam que, mantendo-se a taxa de crescimento da população prisional brasileira dos últimos anos, uma média de 8,3% ao ano, em 2025 o Brasil chegará ao total de 1,5 milhões de pessoas presas (VASCONCELOS, 2019, online).

O problema do encarceramento em massa reside nas condições sob as quais os indivíduos presos são submetidos, tendo seus direitos básicos e fundamentais, por muitas vezes, violados. A cobrança da mídia e a busca da opinião pública por soluções imediatas ao combate do elevado índice de criminalidade, têm levado ao agravamento das penas e de seu regime de cumprimento, sem considerar, entretanto, que essas medidas pouco ou nada contribuem para a melhoria da criminalidade (MENDES, 2015, online).

Para Cesare Beccaria, a maneira mais segura, ainda que a mais difícil, de conter a criminalidade, é aperfeiçoando a educação. Para o autor a crueldade das penalidades provoca, ainda, resultados contrários à finalidade de seu estabelecimento, que é de prevenir o delito (2015, p. 46, 98). Todavia, no lugar de investimento em educação, o que se vê é a insistência em endurecer as leis penais e idealizar o encarceramento em massa como a solução do problema (ROSA; LEITE, 2019, online).

A realidade vivenciada atualmente no sistema carcerário brasileiro é completamente contrária ao previsto no ordenamento jurídico vigente.

A Constituição Federal de 1988 define a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios absolutos e elenca, em seu art. 5º, os direitos e as garantias fundamentais, válidos para todos os cidadãos brasileiros, sem distinções de qualquer natureza. O inciso XLIX, do referido artigo, prevê, expressamente, que é direito dos presos o respeito à sua integridade física e moral. Ainda, um dos princípios que norteiam o Direito Penal brasileiro é o princípio da humanidade, que aduz a “inconstitucionalidade da criação de tipos penais ou a cominação de penas que violam a incolumidade física ou moral de alguém” (MASSON, 2015, online). No entanto, seja por indiferença do governo, pela corrupção nos próprios presídios ou, ainda, pelo desdém da sociedade, a veracidade encontrada é caótica.

Rogério Greco afirma que, embora as penitenciárias localizadas na América do Sul, em sua maioria, proibam penas corporais, a execução penal é cumprida de forma cruel, desumana e degradante (2015, p. 150). No Brasil, o Supremo Tribunal Federal confirma esse cenário.

Celas lotadas, sujas, sem iluminação, sem ventilação e, algumas vezes, sem camas ou colchões. Instalações inadequadas à existência humana. Ausência de critério de divisão de presos por celas. Áreas externas com exposição de esgotos abertos, nos quais escorrem urinas e fezes. Presos sem acesso à água e à alimentação de mínima qualidade que, em alguns casos, precisam comer com as mãos ou em sacos plásticos. Falta de material de higiene básico, como papel higiênico, escova de dentes e absorvente íntimo, no caso de alocações femininas, são exemplos comumente encontrados nos estabelecimentos prisionais de todo o país (ADPF n. 347, 2015, STF, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio).

A realidade passa longe do previsto na Lei de Execução Penal, que determina, em seu art. 3º, que “ao condenado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Além da generalizada ausência de direitos básicos, os presos contam com número insuficiente de agentes penitenciários, que não recebem treinamento ou materiais adequados e necessários para o cumprimento de suas atribuições (ADPF n. 347, 2015, STF, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio). Esse quadro contribui para um índice cada vez maior de violência dentro do cárcere. Maus tratos, agressões físicas e sexuais, abuso de autoridade e promiscuidade, são exemplos recorrentes nos estabelecimentos prisionais (MENDES, 2015, online).

Lamentavelmente, o que se pode perceber da análise das entidades penitenciárias é o inteiro desprezo do Poder Público. A impopularidade dos encarcerados faz com que reivindicar recursos públicos para investimento em

melhoria das instalações prisionais, bem como adotar medidas para elevar a condição vividas pelos presos não seja uma preocupação dos políticos.

Um dos piores problemas dos presídios brasileiros é a superlotação. A Lei de Execução Penal, em seu art. 88, determina que o condenado deve ser alojado em cela individual, que deve conter dormitório, lavatório e sanitário. Entretanto, em decorrência do aumento cada vez maior do número de encarcerados, os presos vivenciam um ambiente com celas superlotadas, que levam a situações insalubres. Há casos, por exemplo, de presos que se revezam para dormir, ou que se amarram junto às grades e dormem em pé pendurados, por não haver espaço suficiente para abrigar a todos os indivíduos deitados juntos (GRECO, 2015, p. 83).

Em junho de 2017, o Brasil possuía 1.507 unidades prisionais ativas, perfazendo um total de 423.242 vagas disponíveis no sistema, que eram disponibilizadas para mais de 726 mil pessoas. Havia, naquele momento, um déficit de 303.112 vagas. Todos os estados da Federação apresentaram déficit de vagas em seus respectivos sistemas prisionais, sendo o caso mais alarmante no estado do Paraná que, sozinho, contava com uma carência de 31.306 vagas (INFOPEN, 2017, p. 21-24).

Um fator que muito contribuiu para a piora desse cenário é o uso excessivo da prisão provisória por parte dos Tribunais do país. Apesar da Constituição Federal prever o cumprimento de regime provisório como forma excepcional^[2] e o Código de Processo Penal dispor, expressamente, sobre a necessidade de justificar rigorosamente a decisão que determina esse tipo de prisão, é notável uma prevalência à prisão provisória em detrimento de outras medidas (MENDES, 2015, online).

Sobre esse ponto, pesquisa feita pelo INFOPEN mostra que, do total de presos em junho de 2017, 33,29% era composto por presos sem condenação. Havia 235.241 presos provisoriamente para 139.267 vagas disponíveis para custódia provisória (2017, p.14, 25). E, ainda sobre esse aspecto, pesquisa feita pelo IPEA e pelo Ministério Público da Justiça, em 2014, aponta que mais de 37% dos detentos em prisão provisória são, ao final do processo, absolvidos ou condenados à pena diversa da privativa de liberdade, restando, portanto, desnecessárias as prisões provisórias nestes casos (ADPF n. 347, 2015, STF, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio).

Outro fator que contribuiu para esse quadro é a inadequada assistência judiciária aos presos. É comum verificar que existem pessoas que já cumpriram suas penas há um tempo considerável, mas continuam presas em razão da falta de

cumprimento de seus direitos. Os reclusos, normalmente, não possuem qualquer informação sobre o andamento de seus processos criminais. (ADPF n. 347, 2015, STF, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio).

As péssimas condições vividas pelos encarcerados contribuem para um cenário muito conhecido nos presídios brasileiros: as rebeliões. Cada vez mais é comum nos depararmos com casos em que presos entram em confronto com os agentes penitenciários e a polícia, acarretando, por muitas vezes, casos fatais.

Um caso muito conhecido ocorreu em 1992 na Casa de Detenção de São Paulo e, em razão da morte de 111 presos, ficou conhecido nacional e internacionalmente como “massacre do Carandiru”. Outro caso que demonstra a violência contida nos sistemas prisionais ocorreu em 2006, também em São Paulo. O líder de uma organização criminosa comandou, de dentro da própria prisão, uma rebelião simultânea em 73 presídios paulistas, além de uma onda de atentados no estado. O resultado foram 82 ônibus queimados, mais de 100 horas de pânico e 152 mortes, entre presos, cidadãos e policiais (GRECO, 2015, p. 174-175).

Em detrimento de toda a violência contida dentro dos presídios, é possível verificar que, na condição em que se encontra, o sistema prisional brasileiro não cumpre com seu papel de “ressocialização”, pelo contrário. Estima-se que a reincidência criminal no Brasil ocorra em 70% dos casos (ADPF n. 347, 2015, STF, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio).

Em muitos casos, o próprio sistema prisional brasileiro acaba agravando essa situação. As falhas encontradas na execução da pena restritiva de liberdade contribuem, muitas vezes, para a persistência do detento na vida criminosa, na medida que, ao ingressar no sistema prisional, ocasionalmente com a finalidade de garantir a sua sobrevivência, o detento pode acabar se vinculando a organizações criminosas e se envolvendo permanentemente no crime (ALVARENGA, 2018, online).

Ainda que os encarcerados se tornem pessoas indesejáveis, com pouca ou quase nula preocupação da sociedade para com eles, já existem algumas discussões jurídicas em andamento acerca da degradante situação encontrada nos estabelecimentos penais. O Recurso Extraordinário n. 580.252/MS, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, aborda a possibilidade do Estado indenizar, por meio de reparação pecuniária, os danos morais que presos possam vir a sofrer em função do sistema penitenciário. O Recurso Extraordinário n. 641.320/RS, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reconheceu o direito do condenado, estando em regime semiaberto e com ausência de acomodação adequada no sistema prisional, cumprir sua pena em regime aberto ou prisão domiciliar. Ainda, o Recurso Extraordinário n.

592.581/RS, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, assentou a possibilidade do Poder Judiciário obrigar a União e os estados a realizarem obras de melhoria nos presídios (ADPF n. 347, 2015, STF, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio).

Apesar disso, a realidade encontrada pode ser considerada inconstitucional por ferir, gravemente, os direitos básicos e fundamentais de milhares de cidadãos. Ainda que as discussões e os julgamentos estejam ocorrendo, são poucas as medidas que, de fato, são tomadas por parte do Poder Público para melhoria da situação.

Diante de situações específicas de omissão estatal e violação em massa de direitos humanos, a Corte Suprema passou a adotar uma técnica que busca, mais efetivamente, solucionar esses problemas, com foco em direcionar as políticas públicas a serem implantadas e controlar, mais firmemente, tal aplicação, nascendo, assim, o Estado de Coisas Inconstitucional – ECI (LIMA, 2018, online).

Apesar de não previsto na Constituição Federal ou em qualquer outra norma do ordenamento jurídico, para o reconhecimento do ECI é essencial pressupor uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais de um grande número de pessoas, em virtude da inércia ou incapacidade reiterada das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações, além de se mostrar necessária a intervenção da Corte para a solução do quadro enfrentado.

Ainda se encontra pendente de julgamento de mérito a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – n. 347, perante o Supremo Tribunal Federal. Proposta pelo PSOL – Partido Socialismo e Liberdade, a ADPF tem por objetivo o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e a adoção de medidas abrangentes para mudança da atual situação dos encarcerados. Aduz, para tanto que há violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e que inexistente outro meio de sanar tal lesividade.

Alega o requerente, ainda, que o argumento de escassez de recurso não pode prevalecer, uma vez que o Fundo Penitenciário Nacional, criado pela Lei Complementar n. 79/1994 e regulado perante o Decreto n. 1.093/1994, com a finalidade de financiar medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro, contém saldo de R\$ 2,2 bilhões, ante ao contingenciamento orçamentário pela União. Com base em pesquisa, menciona que, em 2013, foi identificado o uso de menos de 20% dos recursos do referido fundo, ante ao excesso de rigidez e burocracia da União para liberação dos valores aos demais entes federativos.

Diante do cenário narrado na inicial, requereu o deferimento de liminar para que seja determinado: *(a)* aos juízes e tribunais que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas; *(b)* aos juízes e tribunais que realizem audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante autoridade judiciária em 24 horas, a partir do momento da prisão; *(c)* aos juízes e tribunais que considerem, fundamentalmente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; *(d)* aos juízes que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão; *(e)* aos juízes da execução penal que venham a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos; *(f)* ao juiz da execução penal que abata, da pena, o tempo da prisão, quando constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas no ordenamento jurídico; *(g)* ao Conselho Nacional de Justiça que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no país, visando adequá-los às medidas pleiteadas; e *(h)* à União que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

No mérito, requereu, em suma, *(a)* que haja declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; *(b)* que seja determinado ao Governo Federal a elaboração e encaminhamento ao Supremo de um plano nacional, visando à superação do quadro; *(c)* que, uma vez homologado, seja determinado aos governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo planos próprios, em harmonia com o nacional; e *(d)* que o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital.

Com base em tais premissas, em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, diante das violações generalizadas de direitos e da reiterada inércia estatal, o sistema penitenciário brasileiro vive, de fato, um estado de coisas inconstitucional.

O Ministro Marco Aurélio, relator da ação, confirmou o cenário descrito pelo requerente, concluindo que “no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”, acrescentando, ainda, que a situação encontrada configura “tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia”.

Segundo o Ministro, os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente

segura e salubre”. Acrescentou que os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos e que, por vezes, acabam implicando em aumento da criminalidade, transformando “pequenos delinquentes em monstros do crime”.

Para o Ministro, há problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal, tornando a responsabilidade pelo estágio ao qual o cenário se encontra, dos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – bem como da União, dos estados e do Distrito Federal.

O Ministro Edson Fachin, além de confirmar o cenário descrito, aduziu que as questões atinentes aos direitos dos presos não encontram qualquer espaço na criação e implementação de políticas públicas e tampouco em qualquer atuação legislativa.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso acrescentou que a maior parte das prisões no Brasil não são por crimes violentos, mas por drogas e furtos, definindo, portanto, que se prende muito, mas se prende mal.

O mérito da presente ação ainda não foi julgado, porém, em 2015 foi proferido acórdão deferindo duas das oito medidas cautelares requeridas na inicial, determinando-se, assim, (a) aos juízes e tribunais que realizem, no prazo de 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; e (b) à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para o qual foi criado. Ainda no julgamento da liminar, o STF, por maioria, deferiu, de ofício, a proposta do Ministro Roberto Barroso, determinando à União e aos estados, especificamente ao estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

Apesar de passados mais de 4 anos da decisão, as medidas cautelares deferidas surtiram pouco ou nenhum efeito na melhoria da situação carcerária. O deferimento da medida cautelar que obriga a realização de audiência de custódia representa um avanço, mas não uma inovação. Sua constitucionalidade e obrigatoriedade já havia sido decidida, também em 2015 perante o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240. A medida cautelar dirigida ao Executivo, que importa no descontingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional, não surtiu impacto. No curso do julgado, conclui-se que o problema não é o contingenciamento dos recursos, mas sim a falta de um plano para alocá-los de maneira mais eficiente. Já a medida deferida de ofício não tem capacidade de melhorar o quadro de ECI, uma vez que importa apenas em

apresentar um diagnóstico acerca da situação do sistema carcerário de cada ente federativo individualmente (MAGALHÃES, 2019, online).

O cenário degradante vivenciado pelos presos dentro dos estabelecimentos prisionais do país, já é de conhecimento tanto do Poder Público quanto da população em geral. Muito se tem discutido acerca da situação vivenciada, mas ainda não há em curso medidas práticas que sejam capazes de mudar, por menor que seja, o quadro enfrentado.

Aos sentenciados à pena privativa de liberdade, é dever do Estado propiciar os requisitos para uma subsistência digna, zelando pela vida, saúde e integridade dos detentos. Resta claro, então, que o Estado necessita aplicar soluções práticas para atingir o cumprimento da pena, com a finalidade de que os presídios deixem de ter natureza puramente punitiva, e passem a cumprir a função que também lhe é atribuída, de reeducar e reinserir o preso na sociedade.

2 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

No século XVI, os crimes cometidos por mulheres eram diferentes dos que vemos na atualidade. Os crimes mais recorrentes eram alcoolismo, prostituição, furto, briga, aborto, adultério e bruxaria. Em decorrência de um número pequeno de infrações penais cometidas por mulheres, elas eram alocadas em celas improvisadas em presídios masculinos, ou em delegacias. Posteriormente, foram feitas melhorias em manicômios, e outras instituições, para abrigá-las (GONÇALVES, 2018, online).

Com a reforma do Código Penal, por volta de 1930, determinou-se que as mulheres deveriam cumprir suas penas em estabelecimentos penais próprios. Assim, em 1937, no Rio Grande do Sul, surgiu a primeira prisão exclusiva para o sexo feminino (GONÇALVES, 2018, online).

Atualmente, o número de mulheres presas aumentou e, com base em pesquisas, é possível determinar o perfil dessas mulheres. Dados do INFOPEN MULHERES (2018, p. 38 e seg) mostram que, em junho de 2016, 50% das mulheres presas eram jovens, consideradas entre 18 e 29 anos, 62% eram negras, 62% eram solteiras, 74% possuíam pelo menos um filho e 82% não haviam concluído o ensino médio.

Analisando, ainda, os tipos de delitos cometidos, é possível verificar que 62% das mulheres presas, em junho de 2016, respondiam à crimes relacionados ao tráfico de drogas, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontravam sob custódia do Estado respondiam por esse tipo de delito. Em seguida se encontravam

o roubo, 11% do total, e o furto, 9% do total. Os crimes que têm como resultado a morte, como homicídio e latrocínio, somavam, na época, 6% e 1% do total, respectivamente (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 53-54).

A partir desses dados é possível concluir que mais da metade das mulheres presas foram condenadas por algum envolvimento com tráfico de drogas. No entanto, um número mínimo dessas mulheres ocupa posição de comando em alguma organização criminosa do país ou tem alguma relação de poder no tráfico. O que se ignora ao prender essas mulheres é que, na maior parte dos casos, elas funcionam como mero transporte de drogas seja para o interior de presídios, seja entre países ou bairros da periferia (PANCIERI; CHERNICHARO; FIGUEIREDO, 2017, online).

O Brasil funciona como uma rota de exportação das drogas produzidas nos países da América Latina para a Europa e os Estados Unidos, e é nesse contexto em que atuam as chamadas “mulheres mulas”. Transportam as drogas junto ao corpo, em suas partes íntimas, ingerindo-as ou, em alguns casos, através de pequenas intervenções cirúrgicas (PANCIERI; CHERNICHARO; FIGUEIREDO, 2017, online). Ou seja, a relação entre as mulheres e o tráfico é meramente circunstancial, pois elas não desempenham outra função a não ser de instrumento de transporte de drogas.

Normalmente recebem as drogas já elaboradas, sendo chamadas apenas no momento de transportá-las, possuindo pouca informação sobre a rede de tráfico, e se colocando em situação de extrema vulnerabilidade, uma vez que a saúde dessas mulheres fica altamente em risco, pela forma como as transportam (PANCIERI; CHERNICHARO; FIGUEIREDO, 2017, online).

O STF já se posicionou nesse sentido, afirmando que “a atuação dos pacientes na condição de “mulas” não significaria, necessariamente, que integrassem organização criminosa. No caso, eles seriam meros transportadores, o que não representaria adesão à estrutura de organização criminosa” (Informativo n. 766, 2014). Ocorre que, atualmente, o Judiciário não leva em consideração estas singularidades e o Legislativo não adota políticas públicas e criminais que diferenciem essas mulheres das outras categorias de traficantes. Ainda que elas atuem como mero “correio de drogas”, são condenadas como se chefes do tráfico fossem (ITTC, 2014, online), recebendo pena privativa de liberdade, que pode chegar até 15 anos de reclusão (arts. 33 e 34 da Lei n. 11.343/06).

Dessa forma, ao ignorar essas premissas e determinar o cumprimento de longas penas privativas de liberdade por parte dessas mulheres, contribui-se para um aumento, cada vez maior, no número de mulheres presas no Brasil.

Em junho de 2016, haviam 42.355 mulheres presas. Apenas em São Paulo, haviam mais de 15.000 mulheres sob custódia do Estado. Em um período de 16 anos, entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres no Brasil aumentou em 455%. Havia aproximadamente 40 mulheres presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Considerando esta taxa, em 2016, o Brasil alcançava a terceira maior taxa de aprisionamento de mulheres no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da Tailândia (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 10 e seg).

Assim como ocorre nas prisões masculinas, a excepcionalidade das prisões preventivas não acontece da forma prevista em lei. Em junho de 2016, das 42.355 mulheres presas, 45% ainda aguardavam seus respectivos julgamentos. Nos estados do Amazonas, Bahia, Ceará, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Pernambuco, Piauí e Sergipe, haviam mais mulheres presas sem condenação do que presas condenadas (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 19-20).

Outro fator importante é que, apesar de haver previsão legal para a obrigatoriedade de estabelecimentos penais próprios para as mulheres (art. 82, §1º, Lei de Execução Penal), dos 1.418 presídios brasileiros existentes em 2016, apenas 6% do total era destinado exclusivamente para o sexo feminino, sendo 16% mistos, contando apenas com alas ou celas separadas para as mulheres (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 22).

A baixa quantidade de presídios destinados às mulheres faz com que o cenário de superlotação seja cada vez mais intensificado. Em junho de 2016, haviam 27.029 vagas disponíveis para mulheres, comportando 42.355 presas (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 10). Devido à grande carência de vagas femininas existem relatos de mulheres que são, ilegalmente, misturadas no sistema penitenciário masculino. Na cidade de Belém, no estado do Pará, um caso ficou mundialmente conhecido devido a reiterados abusos sexuais sofridos por uma jovem que foi alocada numa cela juntamente com vinte homens (GRECO, 2015, p. 200).

Além das poucas unidades prisionais exclusivas de mulheres, as existentes foram construídas e pensadas originalmente para homens, havendo, dessa forma, uma padronização ao tratamento conferido aos presos, sem considerar as singularidades e necessidades femininas (RODRIGUES; FERNANDES, 2015, p. 14). Além disso, há constante violação das normas vigentes.

O art. 14, da Lei de Execuções Penais, estabelece que a assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, deve compreender atendimento médico, farmacêutico e odontológico. O §3º do referido artigo, incluído pela Lei n. 11.942/09, assegura "acompanhamento médico à mulher, principalmente

no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”. Entretanto, a realidade é distinta.

Segundo dados do INFOPEN MULHER, dos 24.112 profissionais alocados em unidades femininas e mistas do Brasil, em 2016, apenas 8% eram ligados às atividades de saúde. Dos 265 médicos, apenas 28 eram especializados em ginecologia. A pesquisa demonstrou, ainda, que 6.386 mulheres se encontravam presas em unidades sem módulo de saúde. Nos estados do Acre e do Rio de Janeiro, mais de 70% da população carcerária feminina se encontrava nessa situação (2018, p. 58 e seg).

Sobre o momento do parto, a regra dos estabelecimentos penais é encaminhar a mulher à um hospital público para realização deste. Para tanto, as presas dependem de viaturas, onde relatam dificuldades. Além de viaturas indisponíveis declaram as presas que, normalmente, os agentes penitenciários desacreditam das mesmas, não atendendo ao pedido de escolta rapidamente. Por essa razão, há diversos relatos de mulheres que tiveram seus partos nos pátios, em cela das unidades prisionais e até mesmo no percurso ao hospital, dentro das próprias viaturas (RELATÓRIO SOBRE MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL apud BARBOSA; GOELLNER, 2018, online).

Naná Queiroz, em seu livro “Presos que menstruam”, exemplifica a realidade cotidiana do momento do parto para as mulheres presas:

Quatro dias depois de chegar à delegacia, a pressão emocional e as más condições adiantaram o parto em dois meses. Começou a sentir as contrações e pedir ajuda, mas os policiais alegaram que não havia viatura disponível para levá-la ao hospital. Dor, dor, dor. E foi só quando ela entrou mesmo em desespero e começou a gritar, a incomodar, que encontraram uma viatura para ela. A agonia era tanta que Gardênia até rasgou a farda do policial que a transportou até o carro. Entre uma contração e outra, ela foi observando a rua, as pessoas que olhavam o carro com medo, com curiosidade, com hipocrisia. A ninguém importava Gardênia ou o bebê que carregava. Eles eram o resto do prato daquela sociedade. O que ninguém quis comer. E seu filho já nascia como sobra (QUEIROZ, 2015, online).

Ainda, apesar da Lei n. 13.434/17 vedar o uso de algemas tanto na hora do parto quanto na fase de puerpério imediato, tal direito é violado. Pesquisa feita pelo

Conselho Nacional de Justiça, em 2018, apontou que 20,6% dos estabelecimentos penais não asseguravam o cumprimento da lei por distintos motivos (SANTOS; CRUZ, 2018, online).

A Lei de Execução Penal prevê, ainda, em seu art. 77, §2º, que nas prisões femininas, somente deve ser permitido o trabalho de pessoas do sexo feminino, estabelecendo como única exceção os casos em que se trate de trabalho técnico especializado. Contudo, tal direito não é praticado. Em 2016, os profissionais homens correspondiam a 58% do total em atividade tanto em unidades femininas quanto em mistas. Dos 265 médicos, mais de 50% eram profissionais do sexo masculino (INFOPEN MULHER, 2018, p. 57-58).

O que se encontra por trás das grades é uma vivência baseada em ambientes insalubres, celas lotadas, falta de água, alimentação precária e acesso à saúde extremamente limitado. Com pouca disponibilidade de médicos nas unidades prisionais, o atendimento depende de escoltas, as quais presas declaram se tornar mais um espaço de violência (SILVA; MARCONDES, 2017, online).

Além, os itens de higiene, em algumas prisões, são de responsabilidade das detentas, que dependem exclusivamente dos itens que os familiares disponibilizam nas visitas (CUNHA, 2018, online). No julgamento da ADPF n. 347 perante o STF (2015, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 24), foi constatado, através de informação obtida pela Clínica UERJ Direitos, que “em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual”. As presas vivem em situação degradante, em sentido completamente oposto aos direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição Federal brasileira de 1988.

Diferente do que ocorre com os homens encarcerados, as mulheres presas encontram, ainda, uma vivência marcada pela solidão. Cumprem suas penas sozinhas, com pouca, ou nenhuma, visitas de seus familiares. Sobre esse ponto, o Dr. Drauzio Varella (2017, online) afirma que “a sociedade é capaz de encarar com alguma complacência a prisão de um parente homem, mas a da mulher envergonha a família inteira” e completa que “isolar a mulher na cadeia por anos consecutivos causa distúrbios de comportamento, transtornos psiquiátricos e dificulta a ressocialização”.

O programa de visitas íntimas, por exemplo, apenas foi implementado no sistema prisional feminino em 2002, quase vinte anos após a implementação nos presídios masculinos. Entretanto são poucas as mulheres que gozam desse privilégio (VARELLA, 2017, online). Dados indicam que no Rio de Janeiro, das 2.104 mulheres

presas, apenas 34 são cadastradas no programa (RODRIGUES; FERNANDES, 2015, p. 59). Os números mostram que o abandono das presas, principalmente por parte de seus maridos ou companheiros, é uma questão recorrente.

A questão das mulheres presas constitui um dos aspectos mais bárbaros do encarceramento em massa. Isso porque o universo feminino está repleto de peculiaridades que não podem ser ignoradas, como gravidez, amamentação, e cuidados maternos, por exemplo (BRAGA; ANGOTTI, 2014, online). A atual Política Pública do Brasil, praticamente, ignora a realidade das mulheres, que normalmente são a principal ou única referência de cuidado dos filhos (RODRIGUES; FERNANDES, 2015, p. 14).

Apesar de haver previsão legal com determinações que demonstram a necessidade de considerar cada uma dessas singularidades, e, assim, dar um pouco mais de dignidade às presas enquanto estão sob a custódia do Estado, estas não são, na prática, corretamente cumpridas.

A Lei de Execução Penal prevê, às presas que dão à luz enquanto estão cumprindo pena, o direito de permanecer na companhia de seu filho por, no mínimo, 6 meses de idade. Para tanto, prevê também a necessidade de berçário, bem como sessão exclusiva para gestante e parturiente. Estabelece, ainda, que deve haver creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos (arts. 83, §2º e art. 89, LEP). Todavia, os números mostram que tais medidas não são cumpridas.

Apesar das 886 grávidas e lactantes presas, em junho de 2016, de todas as unidades prisionais existentes no território nacional, apenas 55 declararam apresentar cela ou dormitório exclusivo para gestantes. Apenas 14% das unidades femininas e mistas contavam com berçário e/ou espaço destinado a bebês. Apenas 9 unidades, em todo o Brasil, possuíam creche para crianças maiores de 2 anos. (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 29 e seg).

Já sobre o período em que a presa pode permanecer com seu filho no cárcere após o parto, não há uma média nacional de tempo, uma vez que a lei determina apenas o tempo mínimo de permanência, o que é cumprido nos estabelecimentos prisionais. Após o período obrigatório, o tempo de convivência é determinado conforme as condições de cada presídio. Há locais em que a criança pode permanecer com a mãe até os sete anos de idade, mas, na grande maioria das prisões, a separação entre a mãe e o filho ocorre entre os seis meses e o primeiro ano de idade (CUNHA, 2018, online).

Atualmente, já existem medidas previstas em leis, na Constituição Federal, bem como decisões dos Tribunais Superiores, no sentido de melhorar a condição

que vivem as mulheres encarceradas, principalmente no que tange às mulheres grávidas, lactantes e mães. Entretanto, o que se demonstra é uma extrema dificuldade do Poder Judiciário em fazer com que tais medidas se tornem eficazes e eficientes.

Ante ao exposto, é possível concluir que, assim como os homens, o quadro enfrentado pelas mulheres presas é de extrema violação de direitos e de inobservância do Poder Público quanto às possíveis melhorias desse cenário. Nesse sentido, mostra-se necessário uma alteração na política criminal do país para que se efetivem as medidas já impostas por normas legais e constitucionais, possibilitando, assim, uma vivência digna por parte das mulheres que se encontram com a liberdade privada.

2.1 OS EFEITOS DA PRISÃO NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA ENCARCERADA

O universo feminino, por si só, é repleto de peculiaridades que são desconsideradas pelo Poder Público ao se utilizar, basicamente, das mesmas regras estruturais contidas no sistema prisional masculino.

Uma das maiores problemáticas no encarceramento de mulheres grávidas e mães de recém-nascidos, e no indeferimento dos pedidos de prisões domiciliares das mesmas, se encontra na dupla punição que recebem. Além de ficarem com a liberdade privada, precisam lidar com a separação e ausência de seus filhos.

No Brasil, toda criança e adolescente deve, em regra geral, ser criado pela sua própria família. O direito à convivência familiar está presente no ordenamento brasileiro, sendo reconhecido constitucionalmente (art. 227, CF) e assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 19).

Nesse sentido, em âmbito internacional, as Regras de Bangkok foram aprovadas na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2010, e, nessa ocasião, o Brasil participou ativamente assumindo compromisso de aplicá-las em seu ordenamento jurídico. Ainda, em decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello perante o Supremo Tribunal Federal, em 2016, as Regras foram reconhecidas como meio de desencarceramento de mulheres (ITTC, 2016, online), uma vez que a Regra 61 define que a maternidade deve ser levada em consideração no momento da aplicação da pena, e a Regra 64 determina que, na prisão de mulheres gestantes e mães de crianças sob seus cuidados, deve-se dar preferência para outras medidas não privativas de liberdade.

Dentre as demais Regras, restou estabelecido que a mulher deve ter permissão de tomar as providências necessárias em relação aos filhos, incluindo a

possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, caso não haja familiares que possam cuidar da criança ou estes residam em outras localidades (OLIVEIRA, 2017, online).

Sob esses aspectos, as Regras de Bangkok estão de acordo com a legislação brasileira vigente. E, ainda, a Convenção sobre os Direitos da Criança, estabelece que todas as ações relativas aos menores “devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança” (art. 3.1).

Buscando beneficiar os menores e corroborar com o direito à convivência familiar, a Lei de Execuções Penais define, em seu artigo 83, §2º, que as mulheres que dão à luz enquanto presas, podem ficar na presença de seus filhos, para amamentá-los, durante o período mínimo de 6 meses. Sobre o período máximo, entretanto, a lei é omissa, aplicando cada penitenciária brasileira a sua própria regra.

Segundo pesquisa elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2018, pelo menos, 180 crianças viviam no interior de penitenciárias brasileiras em razão da prisão de sua genitora. Dos 19 estabelecimentos penais, que fizeram parte da referida pesquisa e continham crianças em seu interior, 50% utilizavam o período mínimo obrigatório como máximo para separação entre mãe e filho (SANTOS; CRUZ, 2018, p. 22-23).

E, apesar de 9 penitenciárias permitirem a permanência de crianças entre 6 e 24 meses de idade, nenhuma das 19 penitenciárias pesquisadas continham local adequado para abrigar crianças maiores de 6 meses, conforme determinação na Lei de Execuções Penais (SANTOS; CRUZ, 2018, p. 23).

O encarceramento de um dos pais, por si só, já gera um forte impacto na vida da criança, que vê as relações afetivas cotidianas interrompidas. Toda a rotina familiar é alterada, o que gera uma maior vulnerabilidade no menor que, em muitos casos, tem sua infância pausada para trabalhar e ajudar no sustento do lar (BORGES, 2015, online).

Entretanto, tratando-se de crianças que já nascem e, conseqüentemente, crescem encarceradas o impacto negativo é ainda maior. É na primeira infância que o desenvolvimento infantil acontece mais intensamente (CARVALHO, 2019, online) e o ambiente prisional é um espaço extremamente impróprio para um desenvolvimento saudável por ser um local, acima de tudo, fechado, depressivo, agressivo, agitado e conflituoso (GUIMARÃES apud BARBOSA, 2018, online).

Apesar de ser priorizada a convivência familiar, é preciso analisar os efeitos que a prisão causa no desenvolvimento da criança que cresce encarcerada. Manter

uma criança por um longo período de tempo submetida às condições estruturais que os cárceres brasileiros disponibilizam, ainda que na presença de sua mãe, é violar os direitos à liberdade, convivência em sociedade e desenvolvimento físico, psicológico e emocional saudáveis, garantidos aos menores. Além disso, é ir contra direito fundamental, previsto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal da República, que determina que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

O encarceramento dos menores se justifica pela manutenção do vínculo materno, além da necessidade de amamentação, porém os bebês necessitam de estimulação para possibilitar experiências sociais e afetivas (MACHADO apud BARBOSA; GOELLNER, 2018, online) e dentro dos presídios há níveis mínimos de estímulo, o que proporciona um desenvolvimento limitado.

O momento da separação entre mãe e filho é doloroso para ambos os lados. E, independentemente do tempo que a criança fica encarcerada junto com a mãe, em algum momento esta separação ocorrerá. Cumprindo o prazo estabelecido pela entidade prisional respectiva, a criança é levada para um familiar que se responsabilize ou, em alguns casos, é levada por um assistente social, que a deixará sob a guarda do Conselho Tutelar (VARELLA, 2017, online).

Pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2018, mostrou que em 70,56% dos casos, a criança é encaminhada a alguém da família (SANTOS; CRUZ, 2018, p. 25). Porém, ainda assim, o destino da criança é incerto, pois não é feito por escolha da mãe. Na maioria das vezes o vínculo com a mãe, que ainda está reclusa, é rompido totalmente durante o tempo de sua prisão. Há diversos relatos de presas que não recebem visitas dos filhos, que permanecem anos sem nenhum tipo de contato e, algumas vezes, não sabem qual seu atual destino, temendo que o mesmo esteja sob os cuidados de algum abrigo ou instituição (DOLCE, 2019, online).

A Dra. Nathalie Fragoso, advogada, esclarece que essa situação é mais recorrente do que se imagina. Afirma que há, até mesmo, casos em que a criança abrigada é colocada para adoção sem prévio conhecimento da mãe biológica:

Acontece com muitas crianças, temos muitos casos de perda familiar. Casos de mulheres presas provisórias que foram condenadas e quando saíram as crianças já haviam sido adotadas. Ou que a situação já tinha sido alterada do ponto de vista jurídico, mas era irreversível para aquela mãe voltar a ter a convivência familiar (FRAGOSO apud DOLCE, 2019, online).

O art. 23, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê expressamente que “a condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder

familiar”. Ou seja, na teoria, as mães encarceradas não perdem a guarda dos filhos, ainda que estes estejam sob a tutela de abrigos ou instituições. Entretanto, na prática, quando a criança é muito jovem e a mãe recebe uma pena muito alta, as Varas de Família e da Infância costumam determinar a perda da guarda (DINIZ apud DOLCE, 2019, online).

Segundo a defensora pública Maíra Diniz, as mulheres não participam do processo de adoção e, ainda, há casos em que as mulheres não são avisadas nem mesmo de que perderam a guarda dos filhos. O Estado considera seu desaparecimento ou abandono sem procurar saber se estão presas ou não (DINIZ apud DOLCE, 2019, online).

Pelo exposto, mostra-se necessário melhorar a visão do Poder Judiciário a fim de que a maternidade seja avaliada antes da aplicação da pena e que a prisão domiciliar seja preferencialmente aplicada, visando, sempre, o melhor interesse e desenvolvimento da criança.

3 ATUAIS ALTERNATIVAS ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS NO EXERCÍCIO DA MATERNIDADE NO CÁRCERE

A Constituição Federal de 1988 foi criada após o fim da ditadura militar, durante o processo de redemocratização do Brasil. Sua elaboração teve como prisma a incorporação dos direitos e garantias fundamentais, válidos para todos os cidadãos brasileiros. Diante deste cenário, as demais leis, ao serem criadas ou editadas, devem estar de acordo com o prisma utilizado na elaboração da Constituição, de modo a proteger os direitos trazidos pela Carta Magna.

Nesse sentido, a Constituição trouxe, em seu art. 6º, o dever de proteção ao exercício da maternidade, reiterando que tal direito é um direito previdenciário e de assistência social (arts. 201, III e 203, I). Sobre a população feminina carcerária, a Constituição determina, em seu art. 5º, L, que é direito da mulher presa permanecer com seu filho durante o período de amamentação, devendo as prisões darem condições para tal.

A Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84), expõe a forma como devem ser executadas as sanções relativas às condenações criminais no Brasil. Sobre a maternidade, a referida lei estabelece, em seu art. 14, §3º, que é assegurado o direito a acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto. Tal direito é, ainda, estendido ao bebê nascido sob a custódia do Estado. A lei aduz, também, sobre a obrigatoriedade de conter, em todo estabelecimento prisional feminino, berçário para as detentas amamentarem seus filhos, seção para gestante, além de

creche para abrigar os filhos desamparados após o período de permanência obrigatória (arts. 83, §2º e art. 89).

Sobre a prisão preventiva, o Código de Processo Penal, estabelece o direito de substituição pela prisão domiciliar às mulheres gestantes (arts. 318, V). A referida lei, determina, ainda, em seu art. 292, p. u., que é vedado o uso de algemas em mulheres grávidas no período preparatório e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres no período de puerpério imediato.

Sobre o menor de idade, a lei da primeira infância (Lei n. 13.257/16), determina que é prioridade absoluta assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, implicando como dever do Estado estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância, visando garantir seu desenvolvimento integral.

Além da citada legislação interna, o Brasil é signatário dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, participando de forma ativa na implementação dos planos trazidos pela Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento, que fala sobre o direito de saúde reprodutiva das famílias, incluindo a população carcerária, bem como daqueles trazidos pelas Nações Unidas nas Regras de Bangkok, que fala sobre o tratamento das mulheres presas e de medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (SIMAS, 2015, online).

Entretanto, as normas acima elencadas não são cumpridas, gerando como consequência um sistema penitenciário insalubre, violento e indigno (ADPF n. 347, STF, 2015, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio).

Em fevereiro de 2019, foi editada, pelo Ministro da Justiça, Sérgio Moro, a Portaria n. 157, que disciplina o procedimento de visita social aos presos nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima. Ficou estabelecido que as visitas sociais dos presos nos referidos estabelecimentos devem ocorrer sob supervisão necessária e ficam restritas ao parlatório^[3] e à videoconferência, não ocorrendo mais em pátio de visitação, com exceção dos presos que possuem perfil de réu colaborador ou delator premiado (art. 2º, §1º).

A portaria determinou, ainda, que as visitas em parlatório devem ocorrer semanalmente e que as mesmas devem ter agendamento prévio, duração máxima de três horas, e limite máximo de dois visitantes por preso. No caso de visitante criança, é necessária a permanência de um adulto visitante responsável dentro do parlatório e outro do lado de fora (art. 4º, §1º).

Em razão da violação dos direitos fundamentais que asseguram o afeto, a coexistência familiar e a vida sexual, ainda que de forma restrita, aos presos e seus parentes, o Instituto Anjos da Liberdade, atuando como *amicus curie*[4], juntamente com o Partido dos Trabalhadores, requereram ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 579, ainda pendente de julgamento, para declarar a referida portaria inconstitucional (RODAS, 2019, online).

Para tanto, aduziram que, ao restringir as visitas sociais e estabelecer que as mesmas ocorram sob supervisão de agente penitenciário, a Portaria fere preceitos constitucionais no âmbito da personalidade e, ainda, vai contra a proteção à família, garantida pela Constituição (arts. 5º, XLV e 227). Isso porque as restrições estabelecidas limitam os contatos das crianças e dos adolescentes com seus pais, o que pode lhes causar danos emocionais. Segundo a entidade, a restrição estabelecida pela Portaria, pode ser vista como uma forma de alienação parental por parte do Estado (ADPF n. 579, 2019, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Edson Fachin).

Ainda, em detrimento do atual cenário encontrado nos sistemas prisionais do Brasil, e com base nas políticas de proteção às crianças brasileiras, em maio de 2017, os membros do CADHu – Coletivo de Advogados em Direitos Humanos – impetraram o Habeas Corpus Coletivo n. 143.641, perante o Supremo Tribunal Federal, em favor de todas as mulheres que se encontram em prisão cautelar e estejam sob condição de gestante, puérperas, ou sejam mães de crianças de até 12 anos de idade, bem como em favor das próprias crianças que se encontram sob a custódia do Estado em função da privação de liberdade das respectivas genitoras.

Aduziram, para tanto, que a determinação de confinamento em estabelecimentos de privação de liberdade para estas mulheres é demasiadamente prejudicial, uma vez que subtrai-lhes “o acesso a programas de saúde pré-natais, a assistência regular ao parto e ao pós-parto, condições razoáveis de higiene e autocuidado”, além de “privar suas crianças de condições adequadas de desenvolvimento” (HC n. 143.641, 2018, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

Ante aos fatos narrados na inicial, requereram o deferimento de liminar para determinar a revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes e todas as mulheres com filhos de até 12 (doze) anos incompletos, expedindo-se os respectivos alvarás de soltura, ou, alternativamente, substituir as referidas prisões pela prisão domiciliar (HC n. 143.641, 2018, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator da ação, confirmou a existência de um “descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos”, reconhecendo, ainda, que “são evidentes e óbvios os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças” (HC n. 143.641, 2018, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

Com base nas alegações suscitadas, em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal, conheceu o pedido de Habeas Corpus Coletivo formulado pelo CADHu, concedendo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de todas as mulheres presas na condição de gestantes, puérperas, ou mães de crianças e pessoas deficientes, que estejam sob sua guarda, com exceção daquelas que praticaram crimes com violência ou grave ameaça ou crimes contra seus descendentes, devendo o juiz que denegar o benefício fundamentar sua decisão (HC n. 143.641, 2018, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

Ainda no julgamento da presente ação, foi determinado, de ofício, que a decisão se estenda às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional. Para apurar a situação de guardião dos filhos da mulher presa, decidiram os Ministros, que dever-se-á dar credibilidade à palavra da própria mãe. (HC n. 143.641, 2018, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

Após o julgamento do HC n. 143.641 pelo Supremo Tribunal Federal, foi editada a Lei n. 13.769/2018, que alterou a Lei de Execuções Penais e o Código de Processo Penal, introduzindo, nos respectivos ordenamentos, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar da mulher gestante e da mulher mãe, ou responsável, por crianças ou pessoas com deficiência.

A referida lei incluiu, ainda, na Lei de Execuções Penais, o direito à progressão de regime especial para as presas que se encontram nessas situações. Ou seja, nesses casos, independentemente do crime cometido, a mulher condenada que cumprir, ao menos, 1/8 da sua pena sob o regime de privação de liberdade, poderá obter transferência para terminar de cumpri-la em um regime menos rigoroso. Para tanto, é necessário que preencha, cumulativamente, com os requisitos legais, quais sejam: não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, não ter cometido crime contra descendente de primeiro grau ou dependente, ser primária, ter bom comportamento, e não ter integrado organização criminosa (art. 112, §3º, LEP).

Oito meses após a decisão do STF, em razão do não cumprimento do que restou decidido, o Ministro Ricardo Lewandowski reiterou a decisão concedida no

HC n. 143.641. Na oportunidade o Ministro informou que, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, haviam 10.963 mulheres que seriam, a princípio, elegíveis para a concessão da prisão domiciliar, entretanto, apenas 426 delas tiveram o benefício concedido. O Ministro utilizou como exemplo o estado do Mato Grosso do Sul onde, das 448 mulheres presas com filhos de até 12 (doze) anos de idade, apenas 68 foram beneficiadas pela substituição do regime penal (COELHO, 2018, online).

Pesquisa feita pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em março de 2019, aponta que uma em cada quatro mulheres do referido estado permanecem encarceradas, ainda que cumpram com todos os requisitos para obtenção da prisão domiciliar (VIEIRA, 2019, online). Ainda, estudo feito pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, em novembro de 2019, demonstrou que das 107 mulheres identificadas como mães ou gestantes no estado de São Paulo, que teriam direito a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, 67,3% permaneceram presas (ITTC, 2019, online).

Atualmente, dois anos após ser proferida a decisão do STF, de acordo com pesquisa feita pelo G1 (VELASCO, 2020, online), 3,5 mil mulheres grávidas ou mães de crianças deixaram a prisão. Entretanto, esse número ainda é pequeno. Mesmo com a concessão de ordem de soltura deferida pelo STF, e com a edição de lei no mesmo sentido, a medida encontra resistência na cultura brasileira de encarceramento em massa.

Falta de documentos, cuidado pelas avós, periculosidade da ré, e até contratação de banca eficiente para defesa são motivos que fazem os tribunais rejeitarem a prisão domiciliar de presas preventivas grávidas ou mães de crianças (VITAL, 2018, online). Os principais argumentos para negativa dos recursos estão no julgamento moral sobre a competência da mulher em ser mãe e, também, sobre o benefício da presença da mulher presa na vida dos filhos (MAESTRO apud DOLCE, 2019, online). As decisões, em sua maioria, não buscam saber o contexto social em que as mulheres vivem, antes de condena-las ou indeferir seus pedidos de prisão domiciliar (DINIZ apud DOLCE, 2019, online).

Da análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, resta claro que ficou reconhecida a dificuldade estrutural e sistemática no sistema penitenciário feminino com relação às singularidades do universo materno. Entretanto, a própria decisão, bem como as normas vigentes, permanece encontrando obstáculo na cultura de superencarceramento brasileira.

Apesar de positiva, a decisão ainda não é, de fato, cumprida a ponto de alterar para melhor a realidade das centenas de mulheres mães, grávidas e, até mesmo, das crianças que vivem sob a custódia do Estado. Mostra-se necessário, então, não só melhorar as condições de dentro das prisões, mas, também, alterar a cultura do Judiciário de utilizar a pena privativa de liberdade de forma genérica e sem analisar as questões inerentes à cada caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar a precária condição do sistema penitenciário brasileiro, dando ênfase na realidade vivenciada nos cárceres femininos, principalmente no que tange às singularidades das gestantes e recém-mães, além de analisar o efeito que o crescimento encarcerado causa nas crianças que nascem nas prisões, em razão da privação de liberdade de suas genitoras.

Na primeira seção, considerando pesquisas e relatórios publicados sobre o tema, demonstramos a realidade vivenciada pelos encarcerados: celas sujas, lotadas, sem diferenciação de presos por delito e com falta de material básico de higiene. Analisamos, também, a decisão proferida perante o Supremo Tribunal Federal que atribuiu ao sistema carcerário nacional o título de “estado de coisas inconstitucional” em decorrência da recorrente violação de direitos e da reiterada omissão estatal e social, devido a impopularidade dos presos.

Na segunda seção investigamos a problemática envolvendo o sistema penitenciário brasileiro feminino. Além da elevada taxa de condenação em decorrência de tráfico de entorpecentes, quando na verdade não passam de mero transporte de drogas, tendo pouca, ou nenhuma, relação de poder com o tráfico em si, o Poder Público ignora as singularidades do universo feminino, principalmente no que tange à gravidez e a maternidade dentro do cárcere. Verificamos que, apesar da existência de normas e tratados internacionais que protegem a mulher privada de sua liberdade no momento da gravidez, essas não são cumpridas.

Em outro ponto, ainda na segunda seção, demonstramos que, quando a mulher dá à luz ao seu filho dentro do cárcere, a questão sobre o que acontecerá com a criança, após o período mínimo de convivência, ainda é controvertida. Como não há norma que estabeleça uma regra geral sobre esse aspecto, cada penitenciária estabelece sua própria conduta. Na grande maioria dos casos, após os primeiros seis meses de vida, a criança precisa se separar da mãe, sendo encaminhada à algum parente disponível ou, em alguns casos, alocadas em abrigos. Em algumas penitenciárias, a criança permanece um período maior de tempo no cárcere junto à mãe, passando, em alguns casos, a primeira infância presa. Sobre esse ponto,

demonstramos, com base em artigos psicológicos, o efeito negativo que o crescimento no cárcere pode causar no desenvolvimento da criança encarcerada.

Apesar da ampla proteção à família, prevista na Constituição Federal do Brasil, com prioridade ao crescimento do menor junto aos familiares consanguíneos, acreditamos, com base no maior interesse da criança, que o melhor para seu desenvolvimento saudável é crescer fora do cárcere, devendo-se adotar o benefício da prisão domiciliar, conforme já decidido no HC n. 143.641, quando inexistir familiar próximo disponível para a criação do menor.

Na terceira e última seção, apontamos todas as normas constitucionais e infraconstitucionais, tratados internacionais e decisões judiciais no sentido de proteger e garantir uma vivência digna à mulher privada de sua liberdade. Contudo, demonstramos também que estas ainda não são efetivamente cumpridas, pois ainda há a necessidade de mudar a visão popular e judiciária de que a prisão é um lugar meramente punitivo e de que o apenado não precisa de proteção, direitos e empatia.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Vinícius. Estado de Coisas Inconstitucionais: Uma análise da ADPF 347 In **JUSBRASIL**, 2018. Disponível em <<https://viniciusalvarenga1.jusbrasil.com.br/artigos/574017550/estado-de-coisas-inconstitucionais-uma-analise-da-adpf-347>>. Acesso em 10 set 2019.

BARBOSA Euzimara Gonçalves; GOELLNER, Maria Beatriz. O Impacto emocional na criança: A mãe no ambiente prisional In **REVISTA CIENTÍFICA DA FACULDADE DE EDUCAÇÃO E MEIO AMBIENTE - FAEMA**, 2018. Disponível em <<http://www.faema.edu.br/revistas/index.php/Revista-FAEMA/article/view/608>>. Acesso em 10 abr 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6ª edição. São Paulo. Martin Claret, 2015.

BORGES, Thiago. Invisíveis até quando? O impacto do encarceramento na vida de crianças e adolescentes In **REDE NACIONAL PRIMEIRA INFÂNCIA**, 2015. Disponível em <<http://primeirainfancia.org.br/invisiveis-ate-quando-o-impacto-do-encarceramento-na-vida-de-criancas-e-adolescentes/>>. Acesso em 09 abr 2020.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Encarceramento de mulheres no exercício da maternidade no Brasil atual In **PORTAL DAS CIÊNCIAS SOCIAIS BRASILEIRAS**, 2014. Disponível em <<http://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/38-encontro-anual-da->

anpocs/spg-1/spg02-1/9241-encarceramento-de-mulheres-e-exercicio-da-maternidade-no-brasil-atual-algumas-reflexoes-e-propostas?path=38-encontro-anual-da-anpocs/spg-1/spg02-1>. Acesso em 05 out 2019.

BRASIL. **ADPF n. 347**. STF, 1º Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, Requerente PSOL, Publicação 19.02.2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em 13 ago 2019.

_____. **ADPF n. 579**. STF, 2ª Turma, Relator Ministro Edson Fachin, Requerente PT. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-579-pt-instituto-anjos-liberdade.pdf>>. Acesso em 18 mar 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 set 2019.

_____. **Convenção sobre os Direitos da criança**. Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em 08 abr 2020.

_____. **Decreto Lei n. 3.689/41**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 24 março 2020.

_____. **Habeas Corpus n. 143.641**. STF, 2ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Requerente CADHu, Publicação 09.10.2018. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>>. Acesso em 06 março 2020.

_____. **Informativo n. 766**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo766.htm>>. Acesso em 01 nov 2019.

_____. **Lei n. 7.210/84**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 13 set 2019.

_____. **Lei n. 11.343/06**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 30 março 2020.

____. **Lei** n. **13.257/16.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em 22 março 2020.

____. **Lei** n. **13.434/17.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm. Acesso em 6 abr 2020.

____. **Lei** n. **13.769/18.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm. Acesso em 22 março 2020.

____. **Portaria** n. **157/2019.** Disponível em http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/63210175. Acesso em 04 abr 2020.

CARVALHO, Maria Teresa V. de. **Primeira infância, a etapa mais importante na vida da criança** In UNOI EDUCAÇÃO, 2019 Disponível em <https://unoieducacao.com/2019/03/14/primeira-infancia-a-etapa-mais-importante-na-vida-da-crianca/>. Acesso em 9 abr 2020.

COELHO, Gabriela. **Substituição de pena – Lewandowski determina acompanhamento de HC coletivo a presas mães** In CONJUR, 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-out-24/ministro-cobra-cumprimento-hc-coletivo-presas-filhos>. Acesso em 20 março 2020.

CUNHA, Yasmin Bezerra da. A violação dos direitos humanos das mulheres grávidas no cárcere In **JUSTIFICANDO**, 2018. Disponível em <http://www.justificando.com/2018/08/27/a-violacao-dos-direitos-humanos-das-mulheres-gravidas-no-carcere/>. Acesso em 04 nov 2019.

DOLCE, Julia. Duplamente punidas: quando mães de crianças têm a prisão domiciliar negada In **EXAME**, 2019. Disponível em <https://exame.abril.com.br/brasil/duplamente-punidas-quando-maes-de-criancas-tem-a-prisao-domiciliar-negada/>. Acesso em 07 abr 2020.

FILHO, Antonio Carlos Santoro. Conceito de Política Criminal In **JUS**, 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/43624/conceito-de-politica-criminal>. Acesso em 04 abr 2020.

GONÇALVES, Mileny. Uma breve análise histórica da pena de prisão e a mulher no cárcere In **JUSBRASIL**, 2018. Disponível em

<<https://milenyvg.jusbrasil.com.br/artigos/549846929/uma-breve-analise-historica-da-pena-de-prisao-e-a-mulher-no-carcere>>. Acesso em 04 nov 2019.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional – Colapso atual e soluções alternativas**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Impetus, 2015.

INFOPEN – Levantamento nacional de informações penitenciárias In **DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL**, 2017. Disponível em <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio 2016 22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio%202016%2022111.pdf)>. Acesso em 10 out 2019.

INFOPEN MULHERES – Levantamento nacional de informações penitenciárias In **DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL**, 2018. Disponível em <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres arte 07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres%20arte%2007-03-18.pdf)>. Acesso em 14 ago 2019.

ITTC. INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **20 anos de luta: A prisão provisória como porta de entrada para o superencarceramento**, 2017. Disponível em <<http://ittc.org.br/20-anos-de-luta-prisao-provisoria-como-porta-de-entrada-para-o-superencarceramento/>>. Acesso em 11 out 2019.

____. **Mulheres “mulas”: Vítimas do tráfico e da lei**, 2014. Disponível em <<http://ittc.org.br/ittc-documenta-mulheres-mulas-vitimas-do-trafico-e-da-lei-3/>>. Acesso em 10 out 2019.

____. **STF reconhece Regras de Bangkok como meio de desencarcerar mulheres**, 2016. Disponível em <<http://ittc.org.br/stf-reconhece-regras-bangkok-como-meio-desencarcerar-mulheres/>>. Acesso em 08 abr 2020.

____. **Violação de direitos das mulheres mães e gestantes presas preventivamente**, 2019. Disponível em <<http://ittc.org.br/processos-de-instrucao-artigo-2/>>. Acesso em 06 março 2020.

LEITE, Ana Carolina Soares Warde; ROSA, Luísa Walter da. Diário de uma criminalista: reflexões sobre o cenário caótico do sistema prisional brasileiro In **JUSTIFICANDO**, 2019. Disponível em <http://www.justificando.com/2019/06/13/diario-de-uma-criminalista-reflexoes-sobre-o-cenario-caotico-do-sistema-prisional-brasileiro/>>. Acesso em 15 out 2019.

LIMA, Luís Eduardo Bonfim. O estado de coisas inconstitucional no contexto da crise carcerária brasileira In **REVISTA JUS NAVEGANDI**, 2018. Disponível em

<<https://jus.com.br/artigos/67628/o-estado-de-coisas-inconstitucional-no-contexto-da-cri-se-carceraria-brasileira>>. Acesso em 10 set 2019.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos In **REVISTA DIREITO GV**, 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322019000200203&script=sci_arttext>. Acesso em 10 set 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral**. 9ª edição. São Paulo. Método, 2015.

MENDES, Gilmar. Segurança Pública e Justiça Criminal In **CONJUR**, 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>>. Acesso em 11 out 2019.

OLIVEIRA, Fábio Silva de. Regras de Bangkok e encarceramento feminino In **CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS**, 2017. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/regras-de-bangkok-encarceramento/>>. Acesso em 08 abr 2020.

PANCIERI, Aline Cruvello; CHERNICHARO, Luciana Peluzio; FIGUEIREDO, Natália Sant Anna de. Uma trincheira aberta: O corpo feminino como objeto das drogas e o caso das mulheres mulas In **ACADEMIA**, 2017. Disponível em <https://www.academia.edu/34878889/Uma_trincheira_aberta_o_corpo_feminino_c_omo_objeto_das_drogas_e_o_caso_das_mulheres_mulas>. Acesso em 10 set 2019.

QUEIRÓZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Record, 2015.

RODAS, Sérgio. Convivência Familiar – Instituto pede que STF anule portaria que restringiu visita a presos In **CONJUR**, 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-22/instituto-stf-anule-portaria-restringiu-visitas-presos>>. Acesso em 06 abr 2020.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues; FERNANDES, Máira Costa; PANCIERI, Aline Cruvello. Mulheres encarceradas: Um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. In **ACADEMIA**, 2017. Disponível em <https://www.academia.edu/19036368/Mulheres_e_Crian%C3%A7as_Encarceradas_um_estudo_jur%C3%ADdico-social_sobre_a_experi%C3%A7%C3%A3o_da_maternidade_no_sistema_prisional_do_Rio_de_Janeiro>. Acesso em 09 set 2019.

SANTOS, Andremara dos; CRUZ, Luisa Helena Lemos da. Relatório Estatístico – Visita às mulheres gestantes e lactantes privadas de liberdade In **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**, 2018. Disponível em <<http://gmf.tjrj.jus.br/documents/10136/5929327/relatorio-estatistico.pdf>>. Acesso em 09 abr2020.

SILVA, Mariana Lins de Carli; MARCONDES, Nina Cappelo. Mulheres em prisão: Reflexões para o desencarceramento. In **ACADEMIA**, 2017. Disponível em <http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499267649_ARQUIVO_Artigo_Mulheresemprisao_reflexoesparaodesencarceramento.pdf>. Acesso em 09 set 2019.

SIMAS, Luciana et al. A Jurisprudência brasileira acerca da maternidade na prisão In **REVISTA DIREITO GV**, 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322015000200547&script=sci_abstract&lng=pt>. Acesso em 24 março 2020.

VASCONCELOS, Paloma. Com 812 mil pessoas, Brasil mantém a terceira maior população carcerária do mundo In **PONTE**, 2019. Disponível em <<https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>. Acesso em 30 out 2019.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. 1ª edição. São Paulo. Schwarcz, 2017.

VELASCO, Clara et al. Em dois anos, 3,5 mil mulheres grávidas ou com filhos pequenos deixam prisão após decisão do STF In **G1**. Disponível em <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/em-dois-anos-35-mil-mulheres-gravidas-ou-com-filhos-pequenos-deixam-prisao-apos-decisao-do-stf.ghtml>>. Acesso em 24 março 2020.

VIEIRA, Isabela. Após decisão do STF, mães e grávidas continuam presas no Rio In **AGÊNCIA BRASIL**, 2019. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-03/maes-e-gravidas-continuam-presas-no-rio-de-janeiro-diz-pesquisa>>. Acesso em 06 março 2020.

VITAL, Danilo. “Situações excepcionalíssimas” – Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas In **CONJUR**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/brecha-stf-tjs-resistem-aplicar-hc-coletivo-maes-presas>>. Acesso em 10 março 2020.

NOTAS:

[1] Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Trata-se de ação destinada a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público.

[2] O art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, prevê que ninguém será levado à prisão, ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

[3] Forma de visitação onde o preso e o(s) visitante(s) ficam separados por um vidro e se comunicam através de uso de interfone.

[4] Pessoa ou entidade estranha à causa, que vem auxiliar o tribunal, provocada ou voluntariamente, oferecendo esclarecimentos sobre questões essenciais ao processo.

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONHECIMENTO DA MATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

AMANDA LUIZ MORAES: Qualificação Acadêmica e Profissional: Bacharela em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL);

Resumo: A finalidade deste artigo é analisar os elementos que possibilitam o reconhecimento da maternidade socioafetiva e os efeitos jurídicos morais e patrimoniais decorrentes dessa relação materno-filial. A pesquisa quanto ao nível é de natureza exploratória e abordagem de natureza qualitativa. O procedimento de coleta de dados é classificado como bibliográfico, baseando-se em livros, teses, artigos e documentos eletrônicos; e documental, pela consulta na legislação e jurisprudência, dando maior embasamento ao tema. A pesquisa demonstrou que, diante as diferentes espécies de família e filiação, os efeitos jurídicos (morais e patrimoniais) serão inerentes a todos os tipos de filiação, sem qualquer discriminação e desigualdades entre esse grupo. Através do estudo, concluiu-se que a maternidade socioafetiva possui os mesmos requisitos de reconhecimento e de validade exigidos para a paternidade socioafetiva. Desse modo, o filho socioafetivo será reconhecido como se filho dessa mãe fosse, gozando de todos os direitos e deveres decorrentes da filiação biológica, não podendo haver discriminação.

Palavras-chave: Maternidade. Relações. Família.

Sumário: Introdução. 1. O instituto da filiação no ordenamento jurídico brasileiro. 1.1. Conceito e evolução histórica do instituto da filiação. 1.2. Espécies de filiação. 1.3. Formas de reconhecimento da filiação. 1.4. Efeitos jurídicos decorrentes da filiação. 2. Análise da possibilidade de reconhecimento da maternidade socioafetiva e seus efeitos jurídicos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O conceito de família evoluiu intensamente no ordenamento jurídico. A primeira Constituição brasileira a utilizar o termo "família" foi a de 1934, em que preceituava no artigo 144 que: "A família, constituída pelo casamento indissolúvel está sob a proteção especial do Estado". (BRASIL, 1934). Contudo, a redação de tal artigo acabava por dar a proteção do Estado apenas para aquelas constituídas a partir de um casamento indissolúvel. Com o mesmo intuito, com algumas modificações, a Constituição de 1946, em seu artigo 163, definia que: "A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado". (BRASIL, 1946). Apenas com a Constituição de 1988 houve a divisão entre a proteção

do Estado da família e o casamento. Nesse sentido, referida Carta Magna, em seu artigo 226, caput, dispõe que: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". (BRASIL, 1988).

Ademais, determinados princípios constitucionais norteiam o Direito de Família, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado o maior, pelo qual o Estado não tem apenas o dever de privar-se de praticar atos que vão contra a dignidade humana, mas sim promover essa dignidade a partir de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano. (SARMENTO, 2003 *apud* DIAS, 2016). Trata-se de princípio basilar, conferindo unidade e encorpamento ao ordenamento jurídico brasileiro, o que representa o valor absoluto de cada ser humano, destacando-se que, para a efetividade da dignidade humana, o Estado deve respeitar, proteger e promover condições básicas para o exercício dos direitos fundamentais. (DEGANI, 2014). Assim, dispõe a Carta Magna (art. 1º, II):

"A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]". (BRASIL, 1988).

Ainda, outro princípio importante é o da proteção integral à criança e ao adolescente, que assim está redigido no artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". (BRASIL, 1988).

Deste modo, o dever de proteção é direcionado à família, à sociedade e ao Estado, garantindo às crianças e adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, e, o mais importante, pondo a salvo toda forma de negligência, indignidade, violência e opressão. Sobre este princípio, Curry, Garrido de Paula e Marçura (2002 *apud* NOGUEIRA, 2014, p. 21) abordam que a proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Nesse sentido, rompe a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-

os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

Por sua vez, no que tange ao princípio da paternidade responsável, Pires (2013) afirma que “[...] o princípio da paternidade responsável constitui uma ideia de responsabilidade que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família”. Ademais, os filhos devem ser tratados com igualdade, sem distinção entre os filhos legítimos, naturais ou adotivos, em relação aos direitos morais e patrimoniais (GOMES, 2003). Assim, prescreve a Carta Magna (art. 227 § 6º):

“Art. 227. [...]

[...]

§ 6º, os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, dispõe o Código Civil (art. 1.596): “[...] os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (BRASIL, 2002). Portanto, independentemente do tipo de filiação, é vedado qualquer diferenciação entre os filhos, sendo perante a lei todos iguais, não podendo distinguir seus direitos se a filiação for consanguínea, por adoção ou por afetividade.

Relevante destacar que, com a evolução no Direito de família, surgiram novas espécies de filiação, não se restringindo apenas à biológica ou consanguínea, pois o art. 1593 do Código Civil estabelece que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. (BRASIL, 2002). Quando o referido artigo trata de outra origem, deixa evidenciado que o parentesco não é apenas o biológico, admitindo também a adoção e a filiação socioafetiva, essa última corresponde à verdade aparente e decorrente do direito à filiação, nesse caso, o filho é titular do estado de filiação, consolidando-se na afetividade. (DIAS, 2016).

A paternidade socioafetiva se funda no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, manifesta-se que a posse do estado de filho se constitui por circunstâncias que exteriorizam a condição do filho legítimo do casal que cria e educa, sendo também através da procriação ou adoção que se estabelece o estado de filho. Destaca-se ainda que, para se reconhecer a posse do estado de filho, analisam-se três aspectos: o *tractus*, quando o filho é tratado como tal, sendo criado,

educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; o *nominatio*, quando usa o nome de família e assim se apresenta; e o *reputatio*, conhecido pela sociedade como pertencente à família de seus pais. (LÔBO, 2010 *apud* DIAS, 2016).

Desse modo, se a legislação estabelece que não há distinção entre os filhos e todos devem ter tratamento de igualdade, no caso da filiação socioafetiva serão garantidos todos os direitos morais e patrimoniais inerentes à filiação biológica, podendo se considerar os filhos socioafetivos como herdeiros necessários de seus pais, cabendo divisão igualitária quanto aos bens, não podendo os pais fazer distinção entre ambos os filhos.

Destaca-se que a filiação socioafetiva, geralmente, decorre de uma relação entre a criança ou o adolescente e o padrasto ou em outra situação em que esses se afeiçoam a determinado homem por ausência do pai biológico, o que pode caracterizar a paternidade socioafetiva, dependendo da presença dos elementos que configuram a posse de estado de filho. Entretanto, deve-se considerar a possibilidade da constituição da maternidade socioafetiva, hipótese em que determinada relação materno-filial se efetiva em função da convivência entre uma criança ou um adolescente e a madrasta ou outra mulher, em virtude da ausência da mãe biológica.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a maternidade socioafetiva por entender que foram desenvolvidos laços afetivos entre a criança e a alteração no registro civil de nascimento da autora[I].

Por outro lado, o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul discorda do tema, deixando evidenciado que o simples fato do nome, trato e fama, não ensejam no reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva[II].

Desse modo, nota-se que o reconhecimento da maternidade socioafetiva é um tema que apresenta divergências na jurisprudência, entretanto, há possibilidade de se configurar a maternidade socioafetiva e seus efeitos jurídicos morais e patrimoniais, a partir da presença de determinados pressupostos, como se pretende analisar nesse estudo.

1. O INSTITUTO DA FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA FILIAÇÃO

A filiação possui muita abrangência atualmente. Com o avanço da sociedade, passou-se a reconhecer outros tipos de filiação, não mais reservada à filiação biológica e à civil. A filiação é o vínculo estabelecido entre pais e filhos, decorrentes

da fecundação natural, de técnicas de reprodução assistida, em virtude da adoção ou de uma relação pautada no afeto, ou seja, a socioafetividade que resulta da posse do estado de filho. (NOGUEIRA, 2001). Neste viés, mister se faz analisar a evolução histórica do instituto da filiação, destacando-se as constituições que expuseram o tema de maneira mais abrangente e clara.

Primeiramente, o Código Civil de 1916 classificava a filiação em: legítima, legitimada, ilegítima e adotiva. A filiação legítima era concebida na constância do casamento, com a presunção do *pater is est*, relativamente aos filhos nascidos 180 dias depois de estabelecida a convivência conjugal, e aos nascidos dentro dos 300 dias depois da dissolução da sociedade conjugal, por morte, desquite ou anulação. A certidão de nascimento era a prova da filiação, sendo inscrito no Registro Civil. A filiação legitimada, por sua vez, era aquela resultante do casamento dos pais, já sendo o filho concebido, ou depois de havido o filho, este era equiparado ao legítimo. Já a filiação ilegítima era a que não provinha do casamento entre os pais, não eram reconhecidos pelos pais voluntariamente, ao passo que apenas os filhos naturais poderiam ser reconhecidos deste modo. E, por fim, referida legislação tratava da filiação adotiva, instituída mediante escritura pública, limitando-se o parentesco ao adotante e o adotado. Os direitos e deveres do parentesco biológico se estendiam aos de parentesco adotivo. (FUJITA, 2011).

Entretanto, diversas mudanças na legislação brasileira se fizeram importantes quanto à evolução do instituto da filiação, tais como: a Constituição Federal de 1937, o Decreto Lei n.º 3.200/1941 e o Decreto Lei n.º 4.737/1942 estabeleceram o reconhecimento voluntário ou forçado, de filhos adulterinos após o desquite de seus pais; a Lei n.º 883/1949 fixou o reconhecimento dos adulterinos após a dissolução da sociedade conjugal, por qualquer modo, podendo, ainda, o filho promover ação declaratória de filiação; a Lei n.º 4.655/1965 legitimou a adoção, sendo que o legitimado adotivo detinha os mesmos direitos e deveres do filho legítimo; a Lei n.º 7.250/1984 determinou que "Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos". (BRASIL, 1984).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 modificou o conceito de família, admitindo a constituição de novos arranjos familiares. Desse modo, além da família formada pelo casamento, considera-se entidade monoparental, formada por um dos pais, e a decorrente da união estável entre homens e mulheres, o que, nas palavras de Azevedo (2002, p. 268), a Carta Magna "[...] promoveu o reconhecimento do concubinato puro, não adulterino nem incestuoso, como forma de constituição de família, como instituto, portanto, do Direito de Família".

Ademais, referido diploma legal estabeleceu a assistência do Estado à família na pessoa de cada um que a integra, criando mecanismos que diminuam a violência e a marginalidade, assegurando o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade das crianças e dos adolescentes. Ainda, instituiu o princípio da igualdade jurídica entre todos os filhos, conforme dispõe o art. 227, § 6º do texto constitucional: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (BRASIL, 1988).

Ainda, o Código Civil de 2002 (arts. 1.593, 1.596 e 1.597) trouxe outras alterações que permitiram melhorar as relações de parentesco, reafirmando o princípio constitucional de igualdade entre os filhos, estabelecendo que o parentesco pode resultar da consanguinidade ou de outra origem, como também, dispondo sobre a paternidade presumida, em determinados casos, como segue:

“Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem (BRASIL, 2002).

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 2002).

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. (BRASIL, 2002).

Desse modo, verifica-se que o instituto da filiação passou por muitas mudanças ao longo da história, sendo que hoje os filhos havidos ou não na constância do casamento, os filhos adotivos e os filhos surgidos da relação paterno-filial baseada no afeto possuem os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

1.2 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro admite diversos tipos de entidades familiares e espécies de filiação, pois qualquer pessoa possui a liberdade de escolher o planejamento familiar. Dentre as espécies de filiação, destacam-se: a filiação biológica ou consanguínea, que nos dizeres de Fujita (2011, p. 63) é “[...] a relação que se estabelece, por laços de sangue, entre uma pessoa e seu descendente em linha reta do primeiro grau”; a filiação jurídica ou civil em que o vínculo paterno-filial é reconhecido pela lei; e a filiação socioafetiva que se trata da relação paterno-filial em que não existe o liame sanguíneo entre os pais e os filhos, pois se baseia no afeto como elemento coeso de união entre as pessoas. (FUJITA, 2011).

A filiação biológica, também chamada de consanguínea, é aquela que ocorre da simples procriação dos pais. Pereira (1997, p. 1) nos ensina que

“A filiação biológica é um fenômeno excepcionalmente complexo. Antes de tudo biológico, é examinado pelos cientistas como forma de perpetuação das espécies; é um fenômeno fisiológico, um objeto de indagações sociológicas e históricas, um capítulo de Higiene e da Eugenia. Pertence ao mundo físico e ao mundo moral (Dusi), exprime simplesmente o fato do nascimento e a situação de ser filho, e, num desenvolvimento semântico dentro da Ética, traduz um vínculo jurídico. Compreende simultaneamente o fato concreto da procriação e uma relação de direito”.

Ocorre que, dentre esta espécie de filiação, há de se destacar a filiação matrimonial e a extramatrimonial. A primeira é aquela que tem origem num casamento válido dos pais, mesmo que depois este venha a ser anulado ou nulo, declarado ou não putativo, os filhos havidos nessa constância serão considerados matrimoniais.

O segundo trata de pessoas que não querem se casar ou que estão impedidas, em razão do casamento anterior ou de parentesco próximo. Nesse caso, os filhos podem ser classificados em: naturais, que são aqueles descendentes de pais que não havia impedimento matrimonial algum, quando esses foram concebidos; e os

espúrios, que são resultantes da união entre homem e mulher que havia impedimento matrimonial, dividindo-se estes, por sua vez, em adulterinos e incestuosos; os filhos adulterinos são nascidos de homem e mulher que não poderiam se casar, haja vista que possuíam algum parentesco civil ou afim; já os filhos incestuosos nascem da união de pessoas impedidas de casar-se em virtude do casamento anterior, ou seja, são resultados de uma traição. (FUJITA, 2011).

Na relação biológica natural, presume-se a veracidade da paternidade com o registro de nascimento, conforme alude o artigo 1.603 do Código Civil: "A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil". (BRASIL, 2002). O registro fará público o nascimento não podendo mais ser contestada a paternidade, visto que aquele que se apresenta como pai junto ao oficial do Registro Civil será considerado como, produzindo, inclusive, todos os efeitos legais perante o pai e o filho. Poderá ser inválido o registro apenas quando o pai incidir em erro ou falsidade. (art. 1.604, CC). (BRASIL, 2002).

Para Coelho (2012, p. 167),

"[...] na filiação biológica, os pais são os genitores; as pessoas identificadas como pai e mãe no registro de nascimento foram os fornecedores dos gametas empregados na concepção da pessoa, ocorrida *in vitro* ou *in útero*".

Assim, a filiação biológica é decorrente da relação sexual dos pais, ou ainda pode ocorrer por reprodução assistida, sendo a chamada filiação biológica não natural. Na filiação biológica não natural, os gametas são fornecidos pelos contratantes do serviço, quais sejam, o pai e a mãe que desejam serem pais, não sendo possível o modo natural. São técnicas de interferência no processo natural, permitindo a geração de vida, por método artificial, científico ou técnico (FACHIN, 2012 *apud* DIAS, 2016). Deste modo, independentemente de ser natural ou fertilização assistida homóloga, o filho portará a herança genética dos pais identificados na sua certidão de nascimento. (FUJITA, 2011).

Nesse sentido, a relação biológica, consanguínea ou natural é aquela decorrente da reprodução humana natural que "[...] envolve uma relação sexual entre homem e mulher com a conseqüente concepção, não importando se a origem advém de dentro do matrimônio ou fora dele". (FUJITA, 2011, p. 63). E, ainda, poderá decorrer de reprodução assistida, em que os pais, por métodos científicos ou artificiais, poderão conceber seus filhos, visto que a reprodução natural não seja eficiente a determinadas pessoas.

A filiação jurídica ou civil decorre de ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, estabelece-se o parentesco independentemente de laços consanguíneos ou afins, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dessa forma, a adoção se constitui como um vínculo de parentesco civil, em linha reta, determinado entre adotante e adotado, que define uma relação legal de paternidade e filiação civil. Esse tipo de filiação é definitivo e irrevogável, desligando do adotado os laços com os pais de sangue e criando verdadeiros laços de parentesco com a nova família, ou seja, o adotado e a família do adotante. (DINIZ, 2012). Ainda demonstra Coelho (2012, p. 181) que

“A adoção é processo judicial que importa a substituição da filiação de uma pessoa (adotado), tornando-a filha de outro homem, mulher ou casal (adotantes). Ela está regida, no direito positivo brasileiro, pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), quando o adotado tem até 12 anos de idade incompletos (criança) ou entre 12 e 18 anos de idade (adolescente) (CC, art. 1.618). Sendo maior de 18 anos o adotado, a adoção dependerá da assistência efetiva do Poder Público e de sentença judicial, aplicando-se subsidiariamente o ECA (CC, art. 1.619)”.

Para Nogueira (2001), a adoção surgiu como um instituto objetivando dar herdeiros para aqueles que não podem ter filhos de origem natural. Hoje em dia, adotar significa perpetuar laços jurídicos de filiação, revelando muito mais do que simplesmente vínculos hereditários, mas sim a afetividade, pois essa relação familiar é estabelecida perante uma opção, uma escolha para a comunhão de vida, ideias e amor. Sobre a ação de adoção, explicam Maluf e Maluf (2013, p. 567) que

“[...] constitui uma ação de estado, uma vez que atribui status de filho e de pais às partes envolvidas no processo, desvinculando o adotado de todo e qualquer vínculo com sua família biológica, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais”.

Contudo, a adoção requer o cumprimento de determinados requisitos que estão definidos no Estatuto da Criança e Adolescente (arts. 39 a 42, 47 e 48), como segue:

“Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei

§ 2º É vedada a adoção por procuração.

§ 3º Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando.

Art. 40. O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos". (BRASIL, 1990).

Assim sendo, a adoção levará em conta, sempre, o interesse do menor, propiciando condições mais dignas e justas ao adotado, e independente dos conflitos relativos à sucessão e à herança, este terá os mesmos direitos e deveres do que os filhos consanguíneos. Ademais, apenas os maiores de 18 anos de idade podem adotar, não podendo adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. O vínculo de adoção sempre deve ser constituído por sentença judicial, isto é, deve ser assistido pelo poder judiciário. O adotado poderá conhecer sua origem genética tendo acesso ao processo, isso se, maior de 18 anos, ou se menor, assistido pela assistência jurídica e psicológica. (BRASIL, 1990).

Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um processo de adoção no Brasil leva em média um ano, dependendo do perfil da criança e de quem pretende adotá-la, pois as pessoas que pretendem adotar devem se submeter a um trâmite burocrático destinado a analisar se elas estão ou não aptas para a adoção; e, quando aptas, são inseridas no Cadastro Nacional de Adoção. (PAIANO, 2017).

Ademais, a adoção pode ser considerada: *post mortem*, à brasileira, ou *intuiti personae*. (PAIANO, 2017).

A adoção *post mortem* ou póstuma é aquela em que ocorre o falecimento do adotante no curso do processo de adoção, retroagindo os efeitos da sentença até a data do falecimento do adotante. Todavia, apenas a prova incontestável do *de cuius* em adotar, obtendo tratamento público e notório de como se filho seu fosse, já é concreto para reconhecimento da adoção.

A adoção à brasileira é aquela em que o pai se declara como se assim o fosse e registra a criança em seu nome; essa modalidade não tem amparo legal, pois se considera ilícito penal previsto no Código Penal, como segue:

"Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos". (BRASIL, 1940).

Por sua vez, a adoção *intuitu personae* é aquela que ocorre quando os genitores entregam o filho para uma terceira pessoa, para que esta seja o novo genitor; trata-se de medida ilegal, pois o ato é realizado sem passar pelos trâmites legais, ou seja, a pessoa que vai ficar com a criança ou adolescente não está inscrita no Cadastro Nacional de Adoção. Todavia, levando-se em conta o melhor interesse do menor, atualmente, vários tribunais têm julgado procedente a ação desse tipo de adoção, que tem por primazia a valorização da afetividade, permitindo a regularização de uma adoção à princípio ilegal quando já comprovado a existência de forte vínculo afetivo consolidado entre adotante e adotado, e não havendo indícios de maus-tratos, negligência ou abuso. (SIMONASSI, 2018).

Entretanto, uma vez transitada em julgado a sentença de adoção, ela se tornará perfeita e acabada, não podendo se desfazer esse vínculo filial, e os efeitos jurídicos (nome, parentesco, alimentos e sucessão) dos filhos biológicos passam a ser os mesmos dos filhos adotivos.

A filiação socioafetiva é aquela pautada no afeto entre as pessoas, ou seja, pode decorrer de uma afeição entre um padrasto e o enteado, que assim deseja ser pai deste, do mesmo modo de uma madrasta que queira de fato ser mãe da pessoa escolhida, ou até mesmo pessoas aleatórias que encontram no outro afeto, carinho e amor, querendo, deste modo, ser pai, mãe, da mesma entidade familiar. O pai ou mãe afetivos são aqueles que desempenham papel, na vida do filho, de pai e mãe, como se assim o fosse. É como se fosse uma espécie de adoção de fato, pois esse pai e essa mãe darão abrigo, carinho, educação, amor e proteção. Caracteriza uma paternidade/maternidade que existe não pelo fato biológico ou por presunção legal, mas sim pela convivência afetiva. (BOEIRA, 2004).

Sendo assim, entende-se que a filiação socioafetiva pode ser entendida como aquela em que inexistente o vínculo sanguíneo entre pai/mãe e filho, a relação paterno-filial é baseada no afeto, construída no dia a dia, com cuidado, amor, carinho, proteção e todas as formas de afeição existentes. Contudo, para gerar efeitos jurídicos, depende de reconhecimento judicial.

1.3 FORMAS DE RECOHECIMENTO DA FILIAÇÃO

O reconhecimento da filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, conforme dispõe Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 27):

“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”. (BRASIL, 1990).

Desse modo, quando nasce uma criança, faz-se necessário que o pai ou a mãe reconheça a pessoa nascida ou não na constância do casamento e providencie a inscrição do seu nome no Registro Civil, para que conste a filiação. Conforme Almeida (2008), sem o reconhecimento, embora indiscutível a relação biológica entre pai e filho, não ingressa ela no mundo jurídico, podendo o reconhecimento ser de forma voluntária, judicial ou automática.

O reconhecimento automático ocorre das relações advindas do casamento, por conta da presunção legal da filiação. Nesse caso, o termo de nascimento acontece quando os pais comparecem no cartório de Registro Civil, para declarar o nascimento da criança e registrar no livro de registro de nascimento. Se os pais forem casados, deverá comparecer pelo menos um dos cônjuges para providenciar o registro, apresentando a certidão de casamento atualizada. Assim, o filho nascido no casamento tem a presunção em lei de que ele é filho do marido da mãe. (PAIANO, 2017). Sendo assim, segundo o Código Civil (art. 1.600): “Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”; pois mesmo que a mulher confesse a traição, a presunção de paternidade não é afastada de pronto, necessitando de maiores provas, como é o caso do exame de DNA.

O reconhecimento voluntário ocorre nos casos de filhos havidos fora do casamento, podendo se dar de forma conjunta ou separadamente pelos pais, conforme preceitua o Código Civil: “Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”. (BRASIL, 2002). Segundo Luz (2009), o reconhecimento do filho havido fora do casamento, denominado também de perfilhação, é o meio que estabelece juridicamente o parentesco entre pai e filho, sendo uma confissão, onde a lei admite que nos casos de filiação fora do casamento, o reconhecimento da filiação poderá ser efetuado por perfilhação, podendo ocorrer por registro de nascimento, por escritura pública ou particular, a ser arquivado em cartório; por testamento; por manifestação direta e expressa perante o Juiz, conforme narra o Código Civil (art. 1.609), como segue:

“Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes". (BRASIL, 2002).

O reconhecimento por testamento é aquele em que o testador declara expressamente que certa pessoa é seu filho.

Já, o reconhecimento por escritura pública ou particular é válido, mesmo que não tenha a finalidade específica para tal ato, devendo-se ter firma reconhecida que de fato reconheceu o filho. O pai e mãe deverão comparecer no cartório do Tabelião de Notas, a escritura pública será lavrada por um tabelião, levando a certidão de nascimento. Depois de feito esse procedimento os pais serão encaminhados para o Cartório de Registro Civil onde a criança foi registrada. O documento é analisado pelo oficial de registro e expedido ao Fórum para o parecer do promotor de justiça, depois encaminhado ao juiz para a sua outorga, para que seja feita a averbação do reconhecimento de paternidade, expedindo nova certidão. (CARVALHO; YUNES, 2014).

Por sua vez, o reconhecimento por manifestação direta e expressa perante o juiz, mesmo que o objeto da demanda seja a averiguação de paternidade, isto porque o juiz possui fé pública, e, assim, simplificará o ato. Nesse sentido, o Código Civil (art. 1.614) dispõe que o filho maior não poderá ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor poderá impugnar o reconhecimento dentro dos 4 (quatro) anos que seguirem maioridade ou emancipação. (BRASIL, 2002). Assim, no reconhecimento voluntário, a anuência do reconhecido é necessária para o ato produzir os necessários efeitos jurídicos. Sobre a anuência do filho menor, Silva (2001, p. 37) ensina que

"Se o filho for menor de 21 anos, o reconhecimento não dependerá da sua anuência. É o que se extrai do art. 362 Código Civil O filho maior – diz tal artigo – não poderá ser reconhecido sem seu consentimento. Logo a lei permite o reconhecimento de filho menor de 21 anos sem a sua anuência. No entanto, abre o reconhecimento a possibilidade de impugnar judicialmente o reconhecimento feito pelo pai".

Desse modo, o menor não poderá negar que o pai o reconheça, porém quando completar 18 anos terá até quatro anos para contestar e recorrer do reconhecimento.

O reconhecimento forçado ou judicial, nos dizeres de Silva (2001), é um ato legítimo do Estado e “[...] independentemente da vontade do pai, assim o Estado chama para si não só a tarefa de investigar a paternidade como também de declarar o réu pai do autor”. Esse tipo de reconhecimento decorre de uma ação de investigação de paternidade ou maternidade, tendo como autor o filho que quer o reconhecimento. Do mesmo modo, Pereira (2015, p. 45) afirma que

“Na ação de investigação de paternidade, a sentença declara o vínculo de parentesco e determina, ou não, a consequente alteração nos registros públicos de nascimento. A investigação de paternidade é gênero das espécies investigação de paternidade, investigação de maternidade e investigação de origem genética”.

Conforme o Código Civil (art. 1.616),

“A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento, mas poderá ordenar que o filho seja criado e educado fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade”. (BRASIL, 2002).

Assim, esta sentença tem efeito de reconhecimento voluntário, produzindo os mesmos efeitos.

Sendo assim, o filho nascido na constância do casamento possui o reconhecimento de forma automática, presumindo-se que é filho do marido da mulher. Contudo, o que nasce fora do casamento precisa ser reconhecido, ou por ato voluntário ou ato judicial. Portanto, analisa-se que existem diversas formas que visam proteger o filho, a fim de que este possa ter seus direitos jurídicos assegurados, tais como: nome, sucessão, alimentos e outros, possuindo para tanto um pai, ou uma mãe, sejam eles biológicos ou socioafetivos.

1.4 EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA FILIAÇÃO

Os efeitos jurídicos decorrentes da filiação, independentemente da espécie, são os seguintes: nome de família, registro civil, guarda e visita, alimentos e direitos sucessórios.

Nome de família: Almeida (1989) afirma que o nome de família é o primeiro direito que resulta da condição de ser filho; trata-se de ato que estabelece o vínculo entre pai/mãe e filho, capaz de assegurar os demais direitos. Nesse sentido, o Código

Civil preceitua que: “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. (BRASIL, 2002). Assim, é um direito personalíssimo da pessoa, pois esta é uma das formas que a individualiza. Deste modo, depois de feito o reconhecimento voluntário ou forçado, insere-se o sobrenome do pai ao nome do filho. Desta feita, ensina Dias (2016, p. 129) que

“Cada vez mais a jurisprudência vem sendo sensível e admite a alteração do nome quando o registro não preserva o próprio direito à identidade. Assim possível é a supressão do sobrenome do pai registral, mediante prova do abandono. Também é possível a substituição pelo sobrenome do guardião”.

Registro civil: Pereira (1997, p. 250) leciona que

“Em relação ao aspecto público, o direito ao nome está sempre ligado a um dever, ou seja, o registro civil com uma obrigação que a lei impõe a todo indivíduo. Sob o aspecto individual, assegura a toda pessoa a faculdade de se identificar pelo seu próprio nome”.

Independentemente da espécie de filiação, o filho terá direitos inerentes ao nome do pai e da mãe, mediante o reconhecimento automático, voluntário ou judicial no registro do nascimento.

Guarda: Para Strenger (2006, p. 22), “[...] a guarda é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar, a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daqueles que a lei considera nessa condição”. Trata-se de instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente, regularizando a posse de fato. Na maioria dos casos, as melhores pessoas para desempenharem esse papel são o pai e a mãe, conjuntamente, visto que leva em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente. Entretanto, segundo o Código Civil (art. 1.612), enquanto menor, o filho reconhecido ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu ou se ambos o reconheceram e não houver um acordo, ficará sob a guarda de quem melhor atender seus interesses. (BRASIL, 2002). No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 21) dispõe que

“O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de

discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”. (BRASIL, 1990).

Nessa linha de entendimento, Dias (2016, p. 460) afirma que

“Como os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CF 226, § 5º), a autoridade parental cabe a ambos os genitores. Tanto a titularidade como o exercício do poder familiar se divide igualmente entre os pais (CC, 1.631). Durante o casamento (CC, 1.566, IV) e na vigência da união estável (CC, 1.724) ambos são detentores do poder familiar. Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do divórcio (CC, 1579) ou pela dissolução da união estável dos genitores. Em caso de divergência, qualquer um dos pais pode socorrer-se da autoridade judiciária (CC, 1.631, parágrafo único)”.

Assim, a regra aplicada é que a guarda seja compartilhada entre ambos os genitores, em que esses devem ter igualdade na educação, no lazer, na assistência, dentre outros deveres, visando-se garantir uma convivência baseada no afeto, carinho e cuidados tanto com a mãe, quanto com o pai. Porém, a guarda será excepcionalmente atribuída a um só dos genitores, quando o outro expressamente manifesta seu desejo de não exercer a guarda, sendo a chamada guarda unilateral. Contudo, independentemente de a guarda ser atribuída a um terceiro, ser a criança e o adolescente inserido em uma família substituta ou, ainda, ocorrer a suspensão ou a extinção do poder familiar, os genitores têm a obrigação alimentar. (FUJITA, 2011).

Direito de visitas: Zannoni (2006) afirma que o direito de visitas é aquele que se estabelece para o genitor que não possui a guarda da criança e do adolescente, para que, deste modo, possa controlar sua educação, formação e assistir materialmente e moralmente seu filho, não o privando de ter um contato afetivo com seu pai/mãe. Destaca-se que o direito de visitas não abrange apenas ao pai ou a mãe, ele se estende também às pessoas que possuem envolvimento com a criança e o adolescente, e guardam carinho e afeto para com este, como é o caso dos parentes (avós, tios, padrinhos de batismo, pai/mãe de criação e outros). Nesse sentido, a IV Jornada de Direito Civil (de 26 e 27 de outubro de 2006) aprovou o Enunciado n.º 333 que alude que “O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenham vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse”. (TRINDADE, 2018, p. 01). Dessa forma, o direito a visita, além dos

pais, estende-se aos parentes que possuam relação de afeto com a criança e o adolescente.

Alimentos: O fundamento desta obrigação de prestar alimentos é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade social e familiar. Trata-se de dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão do parentesco, do vínculo conjugal ou convencional que o liga ao alimentando. (RODRIGUES, 1980 *apud* DINIZ, 2012). Dias (2016) explica que os alimentos podem ser naturais, aqueles indispensáveis à subsistência (alimentação, vestuário, saúde, habitação, educação, etc.), ou civis, os destinados a manter a qualidade de vida do credor, preservando o mesmo padrão e *status* sociais do alimentante.

O Código Civil (art. 1.694) assim disciplina a questão dos alimentos:

“Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”. (BRASIL, 2002).

Desse modo, os parentes, cônjuges, companheiros podem pedir alimentos quando necessitam, devendo ser proporcional à condição do alimentante e fixados na proporção da necessidade do alimentado. De acordo com Pereira (2009), toda pessoa que não tem condição de se manter não deve ser deixada a sorte até parecer pela falta de alimento. É dever da sociedade, por meio de seus órgãos, prover-lhe subsistência e proporcionar-lhe meios de sobrevivência. Ademais, conforme o Código Civil (arts. 1.695, 1.696, 1.697 e 1.698), os alimentos são devidos quando a pessoa não possui bens suficientes para se sustentar e a quem se reclama possui condições para fornecê-los. A prestação de alimentos é um direito dos pais para com os filhos na juventude, e dos filhos para com os pais na velhice; é uma forma de assistência recíproca, sendo que, na falta de ascendentes, o direito alimentício se estenderá aos descendentes, respeitando a ordem de sucessão, e, faltando estes, os irmãos sejam eles germanos ou unilaterais. Outrossim, se o parente que dever alimentos não tiver condições de sozinho fornecê-los, concorrerão com este, os de grau imediato, sendo, portanto, uma responsabilidade solidária. (BRASIL, 2002).

Desse modo, os alimentos são devidos tanto para os filhos menores quando da dissolução da sociedade conjugal, quanto para os filhos maiores, para o cônjuge ou companheiro, e para os idosos, sendo esta relação recíproca entre os envolvidos.

Direitos sucessórios: No direito sucessório, quando houver herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de 50% (cinquenta por cento) do seu patrimônio. Então, ocorre na ordem de vocação hereditária, em que primeiro se chamam os parentes mais próximos (filhos), depois se chamam os parentes em linha reta, ascendentes (pais); em seguida o cônjuge, como herdeiro necessário. Se por acaso não existir descendentes ou ascendentes, o cônjuge recebe a herança por direito próprio. (DIAS, 2016). E, por fim, os colaterais, que herdaram se inexistirem outros herdeiros que antecedem na ordem de vocação hereditária. Assim, dispõe o art. 1.829 do Código Civil

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais”. (BRASIL, 2002).

Portanto, o filho menor ou maior (a depender do caso) possuirá os direitos sucessórios do pai ou da mãe, pois os direitos sucessórios são garantidos aos filhos sem discriminação, desde que reconhecidos, pois todos têm direito a receber a herança em igualdade, quer em relação aos pais ou aos parentes.

2. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA MATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

A afetividade, como pressuposto jurídico fundamental ao novo Direito de família, nada mais é do que a expressão que vincula a autonomia da vontade de cada pessoa constituir sua família, gerando por consequência todos os efeitos vinculantes decorrentes. Essa vontade, para ser reconhecida, deve se sujeitar a pressupostos que

o sistema jurídico impõe em toda e qualquer relação, como ensina Dias (2016, p. 110):

“A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face das considerações de caráter patrimonial ou biológico. O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família”.

Desse modo, o princípio da afetividade é norteador do Direito de família, sendo este baseado no afeto das pessoas. Esse afeto molda cada indivíduo em sua formação e desenvolvimento social, garantindo a dignidade e produzindo satisfação nos indivíduos. (TORRES, 2019). Neste alicerce, Pereira (2011, p. 194) entende que “[...] sem afeto não se pode dizer que há família. Ou, onde falta o afeto a família é uma desordem, ou mesmo uma desestrutura”. Logo, o afeto ganhou muito valor jurídico em todas as espécies de família, que configurado o carinho e amor, estes são suficientes para uma relação familiar plena, duradoura e feliz. (PESSANHA, 2011).

Nesse sentido, o afeto é de suma importância em todas as relações entre indivíduos, pois impulsiona as relações entre homem e mulher e entre pais e filhos; é o princípio da afetividade que embasa o reconhecimento das relações paterno-filiais, capaz de gerar os efeitos jurídicos decorrentes da filiação. Ora, a afetividade é primordial para as relações familiares, principalmente as decorrentes de relação paterno/materno-filial. Deste modo, nos ensina Fachin (2009, p. 317-318):

“[...] na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma ‘comunidade de sangue’ e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma ‘comunidade de afeto’. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível [...]. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias do renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de

identidades, espectro cultural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis, então, o direito ao refúgio afetivo”.

O reconhecimento do afeto nas relações familiares, como dever jurídico, veio através das transformações sociais que modificaram o Direito de família conhecido, fazendo com que novos conceitos nas relações de parentesco fossem criados, retratando o atual cenário, como é o caso do parentesco socioafetivo ou psicológico; paternidade/maternidade socioafetiva; filiação socioafetiva ou posse do estado de filho, todas caracterizando o vínculo afetivo existente na relação paterno-filial (DIAS, 2016; GAGLIANO, PAMPLONA, 2017 *apud* DAMIAN, 2019, p. 117). Nesta linha de pensamento, o Enunciado 339, IV da Jornada de Direito Civil de 2006 estabelece que “[...] a paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. (JORNADAS, 2012, p. 56).

Cabe destacar que o Código Civil é omissivo em relação à filiação socioafetiva, porém, por analogia ao artigo 1593 do referido diploma legal, pode-se extrair que: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. (BRASIL, 2002). Desta feita, segundo referido artigo, ao tratar do parentesco resultante de outra origem, abre-se margem para a filiação socioafetiva. Deste modo, nos ensina Damian (2019, p. 119):

“A verdade socioafetiva não é menos importante que a verdade biológica, pois a realidade jurídica da filiação não está somente fundamentada no vínculo biológico, mas também no vínculo afetivo, em que o afeto une pais e filhos, manifestando-se em sua subjetividade no grupo social e na família”.

Portanto, apesar de não conter expressamente nos diplomas constitucionais e infraconstitucionais, a filiação socioafetiva é uma forma de parentesco que vem ganhando seu espaço no direito de família contemporâneo. Assim, a filiação socioafetiva não decorre do nascimento, mas sim do ato voluntário ou involuntário de pessoas que se unem em família através do vínculo afetivo que pode se sobrepor e ser tão estável quanto à verdade biológica. (DAMIAN, 2019). Nesse seguimento, Coelho (2012, p. 179) afirma que:

“A filiação socioafetiva constitui-se pelo relacionamento entre um adulto e uma criança ou adolescente, que sob o ponto de vista das relações sociais e emocionais, em tudo se assemelha

à de pai ou mãe e seu filho. Se um homem, mesmo sabendo não ser o genitor de criança ou adolescente, trata-o como se fosse seu filho, torna-se pai dele. Do mesmo modo, a mulher se torna mãe daquele de quem cuida como filho durante algum tempo”.

Dentre as questões que envolvem a filiação socioafetiva, destaca-se a prova da existência do afeto nas relações paterno-filiais, como explica Póvoas (2012, p. 30),

“O afeto deve permear as ações do dia a dia na relação familiar, de modo que ele se exterioriza pelo cuidado e zelo, pelas demonstrações espontâneas de carinho e cuidado. [...] uma vez estabelecida a afetividade, basta que se prove que até o momento do início do litígio entre as partes, ela se manteve. Feita esta prova, não há como afastar a existência da aludida relação pelo fato de terem as partes iniciado uma ação judicial em lados opostos”.

No plano jurisprudencial, a filiação socioafetiva é aceita pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo qual o reconhecimento de paternidade se reflete na existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos, sendo que a ausência de vínculo biológico é fato que, por si só, não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento, como segue:

“RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de pre questionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar,

onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo. A contrário sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido (STJ. Recurso Especial nº 878941DF 2006/0086284-0. Terceira Câmara. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 21/08/2007". (BRASIL, 2007).

Desse modo, a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos deve ser demonstrada para que se reconheça a filiação socioafetiva. Destaca-se que a posse de estado é o exercício de fato representado pela aparência de um estado donde se presume sua existência, de tal forma que ela permite provar a filiação de afeto. (DELINSKI, 1997 *apud* NOGUEIRA, 2001). No caso da filiação socioafetiva, a posse do estado de filho abrange os atos das famílias que deixam evidente a existência do vínculo natural de filiação entre o filho, o pai e a mãe.

Brauner (2000, p. 205) aborda o instituto da posse do estado de filho, afirmando que

"A ideia de posse do estado de filho não é recente, mas contrariamente, ela é muito remota, pois antes que os países civilizados organizassem o sistema de registro de nascimentos, os elementos da realidade fática, ou seja, os fatos que demonstram o tratamento de um adulto dispensa à uma criança, os cuidados com o sustento e o afeto serviam para considerar a existência de um laço de filiação entre elas. A posse do estado de filho consistiria, então, num reconhecimento espontâneo de filiação, num relacionamento fático que faz transparecer tal vinculação biológica".

Portanto, a posse do estado de filho possui maior significado quando se trata do instituto da filiação socioafetiva, pois constitui a forma de comprovação da relação de afeto entre o adulto e a criança ou o adolescente. Nesse sentido, "[...] a posse de estado de filho é um conjunto de fatos que estabelecem, por presunção, o reconhecimento da filiação do filho pela família a qual pretende pertencer". (SANTOS, 1934, p. 381). Ademais, Nogueira (2001, p. 115) afirma que

“A posse do estado de filho é o um elemento decisivo para suplantar um sistema que, baseando-se na presunção da paternidade, através da pura aplicação da “*pater in est*”, impõe a muitas situações fáticas uma mentira jurídica em favor de um fingimento hipócrita para a manutenção da paz das famílias matrimonia lizadas”.

A posse do estado de filho para Rodrigues (2004, p. 292) “[...] consiste no desfrute público, por parte de alguém, daquela situação peculiar ao filho, tal o uso do nome familiar, o fato de ser tratado como filho pelos pretensos pais [...]”.

“Posse de estado, prova por testemunhas. As provas mais diretas, quando não haja ou seja defeituoso o termo do nascimento, são a posse de estado de filho concebido na constância do casamento e a prova por testemunhas. Tal posse de estado de filho consiste no gozo do estado, da qualidade de filho havido da relação de casamento e das prerrogativas dela derivadas. Os antigos escritores exprimiam isso, concisamente, em três palavras, dizendo que são elementos necessários: *Nomen*: isto é, que o indivíduo use o nome da pessoa a que atribui a paternidade. *Tractatus*: que os pais o tratassem como filho, e nessa qualidade lhe tivessem dado educação, meios de subsistência etc. *Fama*: que o público o tivesse sempre como tal. Conforme a máxima *Probatio incumbit ei qui agit*, incumbe ao reclamante, que invoca a posse de estado, provar os fatos que a caracterizem. Tal prova pode ser testemunhal, ou por qualquer outro meio de prova admitido em direito”. (MIRANDA, 1971 *apud* PAIANO, 2017, p. 75).

Desta feita, o reconhecimento da filiação socioafetiva se fundamenta em elementos externos que traduzem os elementos internos, conhecidos por meio dos requisitos *tractatio*, *reputatio* e *nominato* ou nome, trato e fama, que configuram a posse de estado de filho.

O *nominativo* é quando o filho tem o sobrenome dos pais, sendo conhecido também como patronímico ou apelido de família, indicando que o alguém, ou seja, o filho é de fato filho de determinada pessoa e que faz parte da família a qual possui o nome. (CARVALHO, 2012). Assim, o nome de família é de suma importância para o reconhecimento das pessoas, vinculando a referência paterna ou materna e sendo utilizada nas relações sociais para diversos fins, que, segundo Pereira (1997, p. 171-

174), “[...] pelo nome (sobrenome) que, grosso modo, se verifica sua filiação pela procedência familiar”. Porém, apesar de o nome ser um dos requisitos da posse do estado de filho, a doutrina entende que este elemento não é tão relevante quanto os demais elementos, haja vista que o filho quase sempre é chamado e identificado pelo prenome, ou seja, seu primeiro nome. (FONSECA, 1940 *apud* WELTER, 2003). E, ainda, dispõe Boeira (1999 *apud* DAMIAN, 2019, p. 122), que “[...] os doutrinadores entendem que referido elemento pode ser dispensável, quando os demais, trato e fama, estiverem presentes, pois, ainda que o filho nunca tenha usado o nome dos pais, a socioafetividade não se desconfigura”.

O elemento *tractatus* surge quando alguém é tratado como filho pelo pai e mãe, sendo por estes criado e educado. (FUJITA, 2011, p. 16). Ou seja, é o tratamento cotidiano que os pais dirigem aos filhos, protegendo, educando, sendo responsável, dando amor, carinho, alimentação, recebendo em troca as expressões de afeto, respeito e obediência. (CARVALHO, 2012). Sendo o tratamento um conceito variado entre pai/mãe e filhos, de modo que estes se relacionam de diversas maneiras, o simples fato de alegar que moram ou não juntos não é elemento configurador. (CARVALHO, 2012).

Nessa linha, ensina Fachin (1996, p. 29) que

“A inexistência de permanente coabitação não implica a dissolução da comunhão de vida. Por isso mesmo a verdade socioafetiva não se reduz à apreensão ou proximidade física. Daí porque a posse de estado de filho não se confunde com a mera aparência: quem apenas vê, a rigor pouco vê”.

O trato se refere a uma realidade objetiva construída por um conjunto de manifestações, de atos voluntários do pretense pai, de natureza moral, econômica e social, em face do pretense filho. (BOEIRA, 1999; SILVA, 1989, WELTER, 2003, *apud* DAMIAN, 2019).

A *reputatio* ou fama comprova o reconhecimento como filho, nos olhares da família e da sociedade, sendo, portanto, a publicidade de filho, conforme entendimento de Fujita (2011). Tal elemento origina-se do fato de o pai ou a mãe apresentarem a pessoa como filho (a) e este apresentar o adulto como pai ou mãe. Pimenta (1968, p. 164) esclarece que “[...] é a reputação de quem goza o dito filho, junto da generalidade das pessoas que o conhecem ou que pelo menos sabem da sua existência de ter por pai o investigado”.

Por fim, Damian (2019, p. 122) explica que

“[...] trata-se da exteriorização da filiação socioafetiva perante a sociedade, através da qual terceiros consideram o indivíduo como filho de determinada pessoa. Baseia-se em fatos concretos, a reputação deve ser contínua, na medida em que não servem de prova os fatos intermitentes, avulsos, sem concatenação e sequência lógica. Deste modo, avaliados, exclusivamente, no caso concreto, os elementos nome, trato e fama caracterizam o reconhecimento da posse de estado de filho”. (BOEIRA, 1999; WELTER, 2003, *apud* DAMIAN, 2019, p, 122).

Deste modo, a posse de estado de filho é elemento importante para estabelecer a paternidade, visto que o verdadeiro pai é aquele que cria, demonstrando no dia a dia a convivência harmoniosa entre a família, pela relação afetiva dos pais com os filhos e vice-versa, pelo exercício dos direitos e deveres que caracterizam o poder familiar para assegurar, proteger e zelar os filhos. (DAMIAN, 2019, p. 122-123).

Portanto, a noção que deve prevalecer nos casos de conflito de paternidade, quando a presunção jurídica não é suficiente para o convencimento ou quando os laços biológicos não demonstram com exatidão a verdadeira relação entre pais e filhos, visto que não há relação afetiva entre esses, deve-se aplicar a posse do estado de filho, fundada nos laços de afeto, da demonstração de tratamento diário de cuidados, alimentação, educação, proteção e amor, o que será primordial para resolução do conflito. Desse modo, a posse do estado de filho está vinculada à filiação socioafetiva, em que o pai/mãe ou terceiro terá uma relação paterno-filial como se de fato, pai ou mãe e filhos o fossem. Trata-se de relação jurídica de afeto, comprovada pelo estado de filho afetivo, através da posse do estado de filho, como se filho seu fosse, capaz de gerar os efeitos jurídicos decorrentes.

Ademais, destaca-se que no ordenamento jurídico brasileiro, a filiação socioafetiva abrange as seguintes formas: filiação afetiva na adoção; filiação sociológica do filho de criação; filiação eudemonista por reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade/maternidade; filiação socioafetiva na adoção à brasileira (WELTER, 2003); e filiação por inseminação heteróloga. (DAMIAN, 2019).

A *filiação afetiva na adoção* ocorre de um processo judicial, em que, por conta da vontade das partes, dá-se o vínculo de socioafetividade. Assim, a adoção é um ato de vontade, em que prevalece o fator emocional, afetivo e não laços sanguíneos ou questões biológicas. Já, a *filiação sociológica do filho de criação* se verifica quando não há vínculos nem biológicos, nem jurídicos entre os pais e filhos; ou seja, ocorre quando terceiros cuidam do filho de outro como se fosse seu, responsabilizando-se

por prover assistência moral, material e intelectual ao menor, tendo nascido do afeto esse relacionamento. Por sua vez, a *filiação eudemonista* no reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade se dá quando uma pessoa registra uma criança ou adolescente ou um adulto. Nesse caso, Fachin (1996, p. 124) afirma que “[...] aquele que toma o lugar dos pais, pratica, por assim dizer, uma adoção de fato, sendo que o pai jurídico tem o seu lugar ocupado pelo pai de fato”; ou seja, desta relação, a pessoa registrada possuirá um pai/mãe socioafetivo, e a esse ensinará todos os efeitos jurídicos, morais e patrimoniais. Ademais, a *filiação socioafetiva na adoção à brasileira* é aquela em que o pai/mãe se declara como se assim o fosse e registra a criança ou o adolescente em seu nome, mesmo não sendo seu filho; embora seja algo ilícito, deve-se levar em conta o interesse dos pais que registram essa criança ou adolescente, pois, apesar de ser uma conduta ilegal, a relação paterno-filial nasceu do afeto, do carinho e do amor, podendo o ilícito se reverter em posse de estado de filho, configurando a filiação socioafetiva. Por fim, segundo Damian (2019, p. 133), a *filiação por inseminação heteróloga*:

“[...] está prevista no Código Civil (Art. 1.597, V), pelo qual: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido” (BRASIL, 2002). Trata-se da filiação em que o filho concebido resulta do sêmen de um doador que não o marido ou o companheiro, sendo imprescindível o expresso consentimento do parceiro; utiliza-se material genético alheio do doador anônimo, em banco de sêmen ou de óvulo; o consentimento do marido ou a vontade de ser pai faz nascer o vínculo da filiação socioafetiva; nesse caso, o pai vai criar e registrar a criança como seu filho, ainda que ausente o vínculo biológico. Os filhos oriundos de técnicas de fertilização assistida, terão os mesmos direitos da filiação biológica”. (CASSETTARI, 2017; MADALENO, 2017 *apud* DAMIAN, 2019, p. 133).

Desse modo, a socioafetividade deve ser analisada nos diversos tipos de filiação, para que havendo o seu reconhecimento sejam assegurados todos os efeitos jurídicos aplicáveis ao instituto da filiação. Nesse seguimento, destaca-se o entendimento de Dias (2016, p. 402), pelo qual “[...] a filiação socioafetiva corresponde à verdade construída pela convivência e assegura o direito à filiação”. Nessa linha de pensamento, o Enunciado n.º 6 do IBDFAM disciplina que “Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental”. (IBDFAM, 2017).

Já existem entendimentos de que a filiação socioafetiva pode e deve ser reconhecida de pronto, visto que levará, primeiramente, o melhor interesse da criança e adolescente, e, na maioria dos casos, o afeto e carinho dessas relações sempre prevalecerá. Nesse sentido, afirma-se que a família moderna é socioafetiva, pois elevou o afeto a uma categoria jurídica, dados seus efeitos jurídicos, sendo um reconhecimento judicial de que o que liga duas pessoas e as faz crer que manterão esse vínculo por toda a vida é o amor. (SCALQUETTE, 2010 *apud* PAIANO, 2017).

Nesse sentido, Barboza (2013, p. 111) leciona que o reconhecimento da filiação socioafetiva precisa ser feito por sentença judicial para que tenha efeitos jurídicos, provando-se que o afeto existe no campo externo (socialmente evidenciado) e interno (afetividade). Sendo assim, o reconhecimento da filiação socioafetiva sempre ocorre com base no interesse do filho, se menor, regendo o princípio do melhor interesse da criança, e se maior, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM encaminhou em 15 de junho de 2015 uma sugestão para padronizar o reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva perante os oficiais de Registro civil ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Destaca-se que, embora não haja previsão no Código Civil de 2002, em alguns Estados brasileiros (Pernambuco, Ceará, Maranhão, Amazonas e Santa Catarina) já é possível o reconhecimento voluntário na via extrajudicial. (PAIANO, 2017).

Ademais, destaca-se que em 14/08/2019, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento n.º 83, que altera o artigo 10 do Provimento n.º 63, de 14/11/2017, que passa a vigorar com a seguinte redação: *“O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais”*. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

As transformações da sociedade influenciam os novos conceitos no Direito de família contemporâneo. Desse modo, assim como se reconhece a paternidade socioafetiva, também é possível se admitir a maternidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, a maternidade também pode se basear no afeto que a pessoa do filho possui para com a mulher, segundo os esclarecimentos de Cassettari (2017, p. 79),

*“Tradicionalmente, no Direito de Família, sempre se aplicou a regra de que *mater semper certa est*, em que se reconhecia que a mãe sempre é certa. Porém, essa máxima perdeu relevância nos dias atuais em razão da técnica médica de gravidez de substituição, na qual nem sempre a mãe que dá à luz uma*

criança é a biológica, e, também, nos casos de troca de bebês em maternidades que, infelizmente, estão cada vez mais recorrentes em todo o mundo. Nesses dois casos, motiva-se a existência da ação declaratória de maternidade”.

Nessa mesma linha de entendimento, Falcão (2013, p. 861) ensina que o vínculo da socioafetividade está previsto na natureza do ser humano, quando este estabelece laços afetivos de relacionamento, sendo observados na convivência entre pais e filhos. Tem-se, portanto, a filiação socioafetiva quando um indivíduo assume o papel de pai ou mãe em relação a outro. Então, isso significa dizer que os mesmos fundamentos jurídicos que sustentam a consagração da paternidade socioafetiva são hígidos para sustentar a maternidade socioafetiva, desde que presente os seus requisitos. Não há como se ter conclusão distinta, visto que os dispositivos que tratam de modo distinto a paternidade e a maternidade não são óbices para tal reconhecimento. (CALDERÓN, 2017).

Nesse sentido, já entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina ao admitir a maternidade socioafetiva quando há o reconhecimento público da relação e comprovado o tratamento como se filho fosse, apesar de não haver previsão legal, o indivíduo merece gozar de proteção, inclusive na esfera patrimonial, como expressão do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, como segue:

“APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE RELAÇÃO MATERNO-FILIAL. TESTEMUNHOS UNÍSSONOS QUE AFIRMAM A EXISTÊNCIA DE RELACIONAMENTO AFETIVO E POSSE DO ESTADO DE FILHA, HÁ LONGA DATA, POR PARTE DA DEMANDANTE. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGISTRO CIVIL DA MÃE BIOLÓGICA. INCLUSÃO DA MÃE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. Dispõe o artigo 333 do Código de Processo Civil (artigo 373 do NCPC) que incumbe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito. Estando a alegação de maternidade socioafetiva devidamente comprovada mediante robusta prova testemunhal e documental, o pedido comporta guarida. Apesar de não previsto na legislação, o reconhecimento socioafetivo de filho insere-se na dinâmica social hodierna e, como tal, havendo reconhecimento público da relação e comprovado o

tratamento como se filho fosse, o indivíduo merece gozar de proteção, inclusive na esfera patrimonial, como expressão do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF/88). O registro civil comporta a sua alteração, a fim de adequá-lo à realidade dos fatos e expressar, com fidelidade, a situação que se pretende atestar. Em sendo assim, em razão da dinâmica própria do Direito de Família e das questões sociais mais sensíveis, é admitida a inclusão de pessoa como mãe no cadastro, ainda que se mantenha a menção à genitora biológica (TJSC. Apelação n. 0002485-19.2011.8.24.0074, de Trombudo Central. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Sebastião César Evangelista. Julgado em: 04/08/2016)". (SANTA CATARINA, 2016a).

Neste diapasão, a maternidade socioafetiva exige os mesmos requisitos da paternidade, sendo ambos regidos pelo mesmo elemento caracterizador para constituição de família: o afeto. Assim, de grande valia se faz apresentar o disposto na doutrina, conforme leciona Madaleno (2011. p. 471).

"A paternidade e a maternidade têm um significado mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor filial e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, um vínculo de filiação construído pelo livre-desejo de atuar em interação entre pai, mãe e filho do coração, formando verdadeiros laços de afeto, nem sempre presentes na filiação biológica, até porque a filiação real não é biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento cultivados durante a convivência com a criança e o adolescente".

Neste sentido, o reconhecimento da maternidade socioafetiva é igualado ao da paternidade, sendo possível a decisão judicial, que, nos dizeres de Gagliano e Pamplona Filho (2017), se ingressará com ação de investigação da paternidade/maternidade socioafetiva, que mesmo sem possuir prova técnica, será apto a conceder decisão favorável ao reconhecimento da relação paterno-filial ou materno-filial socioafetiva, gerando efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais, atendendo o princípio da dignidade da pessoa humana e o maior interesse da criança e adolescente. Por outro lado, será possível, ainda, o reconhecimento espontâneo e livre praticado pelos pais socioafetivos. (DAMIAN, 2019, p. 126).

Dessa forma, o reconhecimento da maternidade socioafetiva, assim como a paternidade socioafetiva, gera todos os efeitos jurídicos decorrentes da filiação. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a maternidade socioafetiva em decorrência dos laços de afetividade desenvolvidos ao longo da vida entre mãe e filho, com a consequente alteração do registro civil de nascimento da autora, como segue:

“RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – FAMÍLIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE EXTINGUIRAM O FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, SOB O FUNDAMENTO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA AUTORA. CONDIÇÕES DA AÇÃO – TEORIA DA ASSERÇÃO – PEDIDO QUE NÃO ENCONTRA VEDAÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO – POSSIBILIDADE JURÍDICA VERIFICADA EM TESE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Ação declaratória de maternidade ajuizada com base com os laços de afetividade desenvolvidos ao longo da vida (desde os dois dias de idade até o óbito da genitora) com a mãe socioafetiva, visando ao reconhecimento do vínculo de afeto e da maternidade, com a consequente alteração do registro civil de nascimento da autora. 1. O Tribunal de origem julgou antecipadamente a lide, extinguindo o feito, sem resolução do mérito, por ausência de uma das condições da ação, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido. 1.1. No exame das condições da ação, considera-se juridicamente impossível o pedido, quando este for manifestamente inadmissível, em abstrato, pelo ordenamento jurídico. Para se falar em impossibilidade jurídica do pedido, como condição da ação, deve haver vedação legal expressa ao pleito da autora. 2. Não há óbice legal ao pedido de reconhecimento de maternidade com base na socioafetividade. O ordenamento jurídico brasileiro tem reconhecido as relações socioafetivas quando se trata de estado de filiação. 2.1. A discussão relacionada à admissibilidade da maternidade socioafetiva, por diversas vezes, chegou à apreciação desta Corte, oportunidade em que restou demonstrado ser o pedido juridicamente possível e, portanto, passível de análise pelo Poder Judiciário, quando proposto o debate pelos litigantes. 3. In casu, procede a alegada ofensa ao disposto no inciso VI do artigo 267 do

Código de Processo Civil e ao artigo 1.593 do Código Civil, visto que o Tribunal de origem considerou ausente uma das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido), quando, na verdade, o pedido constante da inicial é plenamente possível, impondo-se a determinação de prosseguimento da demanda. 4. Recurso especial PROVIDO, para, reconhecendo a possibilidade jurídica do pedido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, de modo a viabilizar a constituição da relação jurídica processual e instrução probatória, tal como requerido pela parte. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Presidente) e o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 22 de outubro de 2015 (Data do Julgamento) MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI Presidente. MINISTRO MARCO BUZZI, Relator (STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.357 RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI . Julgado em: 2017)". (BRASIL, 2017).

No mesmo sentido, entende o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que a fixação de alimentos para o pai socioafetivo também é medida aceitável, ao passo de que nada exclui sua responsabilidade mesmo que a criança seja registrada também com o nome do pai biológico, pois, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos, como segue:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. DEMANDA AJUIZADA CONTRA A GENITORA E O PAI SOCIOAFETIVO. PROVA PERICIAL (EXAME DE DNA). PATERNIDADE BIOLÓGICA DO AUTOR COMPROVADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MAGISTRADO QUE ENTENDEU PELA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECURSO DO DEMANDANTE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE.

VIABILIDADE. RECONHECIMENTO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO DA DUPLA PARENTALIDADE. DETERMINAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL PARA CONSTAR O NOME DO PAI BIOLÓGICO COM A MANUTENÇÃO DO PAI SOCIOAFETIVO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO QUE NÃO EXCLUI O BIOLÓGICO. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DE AMBOS. PREVALÊNCIA INTERESSE DA CRIANÇA. TESE FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS A PEDIDO DO AUTOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos" (STF, RE n. 898.060/SP. Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.9.2016) (TJSC. Apelação Cível n. 0302674-93.2015.8.24.0037, de Joaçaba. Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Saul Steil. Julgado em: 17/04/2018)". (SANTA CATARINA, 2018a).

Ainda, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina manifestou entendimento citando os ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lobo, pelos quais a relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é desconhecido pelo Direito. Se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica, motivo em que, mesmo criando e possuindo laços de afeto com a criança/adolescente, são fatores essenciais para reconhecimento da filiação socioafetiva, como segue:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM PEDIDO DE ADOÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM FAVOR DO PAI AFETIVO, QUE CRIOU A FILHA DE SUA ESPOSA, FRUTO DE UMA RELAÇÃO EXTRACONJUGAL, DESDE O NASCIMENTO DA MENOR (EM 1997) E A MANTÉM NO SEIO FAMILIAR, CONSTITUÍDO PELO CASAL E MAIS TRÊS FILHOS. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL, DECLARANDO A INFANTE COMO FILHA LEGÍTIMA DO ORA RÉU, PAI BIOLÓGICO, INSUBSISTENTE. AUTOR E FILHA

SOCIOAFETIVA RECOLOCADOS À SITUAÇÃO LEGAL JUSTA, BASEADA EM FATO CONCRETIZADO, QUE NÃO MERECEIA TER SOFRIDO ALTERAÇÃO NA ESFERA DO DIREITO. PREVALÊNCIA DA RELAÇÃO BASEADA NO AMOR, NA SOLIDARIEDADE E NO SENTIMENTO PURO DE ACEITAÇÃO RECÍPROCA.

Doutrina do professor Paulo Luiz Netto Lobo ensina que

"[...] O estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica.

[...] Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos. Portanto, não pode haver conflito com outro que ainda não se constituiu.

[...] Os estados de filiação não-biológica [...] são irreversíveis e invioláveis, não podendo ser contraditados por investigação de paternidade ou maternidade, com fundamento na origem biológica, que apenas poderá ser objeto de pretensão e ação com fins de tutela de direito da personalidade.

[...] O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue.

[...] O pai biológico não tem ação contra o pai não-biológico, marido da mãe, para impugnar sua paternidade. Apenas o marido pode impugnar a paternidade quando a constatação da origem genética diferente da sua provocar a ruptura da relação paternidade-filiação. Se, apesar desse fato, forem mais fortes a paternidade afetiva e o melhor interesse do filho, enquanto menor, nenhuma pessoa ou mesmo o Estado poderão impugná-la para fazer valer a paternidade biológica, sem quebra da ordem constitucional e do sistema do Código Civil.

[...] O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou

maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram. [...]” (TJSC – APC 2008.018013-7, de Blumenau (Vara da Infância e Juventude, Quarta Câmara de Direito Civil, Relator Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. 05/05/2011)”. (SANTA CATARINA, 2011a).

Considerando-se que os filhos socioafetivos são verdadeiramente filhos, não se permitindo quaisquer distinções entre eles, entende-se que os mesmos têm direito aos alimentos, bem como a todos os direitos inerentes aos filhos, tais como, guarda, visitas, hereditários, entre outros. (SILVA, 2014).

Nesse sentido dispõe o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina sobre guarda reconhecendo o direito à mãe socioafetiva, como segue:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. DECISÃO QUE POSTERGOU A ANÁLISE DO PLEITO LIMINAR DE FIXAÇÃO DA GUARDA PROVISÓRIA. RECURSO DA DEMANDANTE. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. FILIAÇÃO RECONHECIDA EM ACORDO CELEBRADO EM AUDIÊNCIA. PERIGO DE DANO. CRIANÇA AFASTADA DO CONVÍVIO MATERNO. IMPOSSIBILIDADE, PORÉM, DE APRECIÇÃO DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ANÁLISE QUE DEVE SER FEITA COM A BREVIDADE POSSÍVEL PELO MAGISTRADO A QUO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (TJSC. Agravo de Instrumento nº 40056782120198240000/Araranguá. Primeira Câmara de Direito Civil. Relator: Raulino Jacó Bruning Julgado em: 13/06/2019)”. (SANTA CATARINA, 2019b).

Nessa lógica, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manifestou entendimento esclarecendo que, de acordo com a legislação civil, a filiação socioafetiva constitui umas das modalidades de parentesco civil (artigo 1.583, CC), sendo vedado qualquer tipo de discriminação decorrente desta relação (artigo 1.582, CC2), sejam eles de caráter moral ou patrimonial. Então, a paternidade engloba diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, devendo ser

assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação, como seguem:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO- DIREITO DE FAMÍLIA- DIREITO SUCESSÓRIO- AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO/ PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM- RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA- VEDAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO MORAL OU PATRIMONIAL- ASSEGURAÇÃO DOS DIREITOS HEREDITÁRIOS DECORRENTES DA EVENTUAL COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE FILIAÇÃO- REGRA GERAL: RESERVA DO QUINHÃO HEREDITÁRIO- EXCEÇÃO: MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL NA FORMA DE PARTILHA DE BENS- RESPEITO À ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA.- De acordo com a legislação civil, a filiação socioafetiva constitui umas das modalidades de parentesco civil (artigo 1.583 do CC/02), sendo vedado qualquer tipo de discriminação decorrente desta relação (artigo 1.582 do CC/02), sejam eles de caráter moral ou patrimonial- Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a paternidade engloba diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação (REsp, 1618230/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 10/05/2017)- Em regra, a determinação de reserva de quinhão se mostra medida suficientemente apta a resguardar os interesses dos pretensos herdeiros até a resolução definitiva da ação na qual se discute o reconhecimento do estado de filiação (2º, do artigo 628 do CPC/15)- Nas hipóteses em que, excepcionalmente, o reconhecimento da filiação socioafetiva implicar, por força da ordem de vocação hereditária (artigo, 1.829 do CC/02), substancial modificação na forma da partilha dos bens, é recomendada a suspensão do inventário em curso (alínea a, do inciso V, do artigo 313 do CPC/15) – No caso, com o eventual acolhimento da pretensão deduzida pelo pretense filho socioafetivo, a ordem de vocação hereditária será substancialmente alterada, irradiando efeitos sobre o desfecho patrimonial do inventário, já que o autor da herança o teria como único herdeiro (inciso I, do artigo 1.829, do CC/02), o que autoriza a suspensão do processo de inventário (TJMG-

Agravo de Instrumento nº 10024143396489001. Relator: Ana Paula Caixeta. Julgado em: 10/04/2018). (MINAS GERAIS, 2018b).

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que o direito de visita não pode ser abrigado só em razão de vínculo parental biológico, mas do inequívoco vínculo parental socioafetivo entre a autora e a criança, já reconhecido, como segue:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE ACORDO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MÃE SOCIOAFETIVA. CUMPRIMENTO DAS VISITAS. MENOR. MANUTENÇÃO. O direito de visitação não pode ser abrigado só em razão do acordo judicial, pois decorre, em verdade, não de vínculo parental biológico, mas do (inequívoco) vínculo parental socioafetivo entre a autora e a criança, já reconhecido, aliás, no agrado de instrumento que fixou as visitas, antes do pacto judicial. Ademais, não há, nos autos, comprovação de que o convívio entre o infante e a autora possa trazer prejuízo ao menor, pois, embora determinada a avaliação psicológica, e nomeada profissional, a demandada deixou de efetuar o pagamento. Nesse contexto, não havendo, no feito, comprovação de resistência do menor quanto ao convívio com a autora, e nem mesmo que este convívio possa trazer prejuízo ao infante, e apenas resistência da mãe biológica, após a separação da companheira, em manter a visitação ao infante, não há como ser obstaculizada a visitação avençada (TJRS. AC nº 70057350092 RS. Sétima Câmara Cível. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 11/06/2014)”. (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Por outro lado, há de se destacar as decisões contrárias ao reconhecimento dos efeitos jurídicos decorrentes da relação materno-filial. Nessa linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não reconheceu a maternidade socioafetiva por entender que a mera convivência e afeto nutrido pela falecida ao autor, por ser filho do seu companheiro, não caracteriza posse de estado de filho, como segue:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA. A relação jurídica de filiação decorre ou de vínculo biológico, ou do liame socioafetivo, resultando este da posse do estado de filho. O reconhecimento da maternidade/

paternidade socioafetiva deve vir acompanhada de elemento anímico. Não havendo liame biológico, não se pode imputar paternidade a quem assim não deseja. A mera convivência e afeto nutrido pela falecida ao autor, por ser filho do seu companheiro, não caracteriza posse de estado de filho, mormente havendo controvérsia na prova (TJRS).” (RIO GRANDE DO SUL, 2011b).

Quanto aos alimentos na maternidade socioafetiva, Ribeiro (2014) esclarece que o pai ou mãe afim não estão obrigados a custear as despesas de sustento e manutenção de filhos que não são seus e que vivem em seu lar. Porém, a comunidade de vida complica singularmente as relações alimentares de maneira que o pai ou mãe afim jamais será poupado. A coabitação, por si só, não faz nascer uma vocação alimentar entre os membros de um mesmo lar, pois o legislador limitou as pessoas reciprocamente obrigadas a isto. De uma maneira geral, somente uma relação de parentesco ou de aliança instaura entre os interessados um direito aos alimentos. (GRISARD, 2010). Assim, alude o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo qual os dados de convicção carreados aos autos até o momento não são suficientes para comprovar a posse de estado de filho, o que também não têm força para que sejam fixados alimentos, como segue:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS FIXADOS À FILHA DA EX-COMPANHEIRA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. A alegação da existência de paternidade socioafetiva reclama prova cabal da posse de estado de filho. Os dados de convicção carreados aos autos até o momento não têm força suficiente para que sejam fixados alimentos. RECURSO PROVIDO LIMINARMENTE (TJRS. Agravo de Instrumento nº 70056727092/RS. Sétima Câmara Cível. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. 30/09/2013). (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

No que tange ao direito sucessório, destaca-se o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que não reconheceu a maternidade socioafetiva e o direito à sucessão, pois o fato de a recorrente estar reclamando o reconhecimento da maternidade socioafetiva, por ter sido criada pela *de cuius*, não lhe confere capacidade, como segue:

“INVENTÁRIO. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE SUCESSÓRIA. EXISTÊNCIA DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE

SOCIOAFETIVA. PEDIDOS DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA QUE HOMOLOGOU O PLANO DE PARTILHA. E DE REMESSA DE OFÍCIO AO REGISTRO DE IMÓVEIS. TUTELA ANTECIPADA. DESCABIMENTO. 1. A capacidade sucessória decorre da relação de parentesco ou de disposição testamentária, inexistindo outro título juridicamente válido de vocação hereditária. 2. O fato de a recorrente estar reclamando o reconhecimento da maternidade socioafetiva, por ter sido criada pela de cujus, não lhe confere capacidade (TJRS. Agravo de Instrumento nº 70048163414 RS. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 25/072012)". (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Em outra decisão, também o mesmo Tribunal não reconheceu o vínculo socioafetivo em adoção póstuma, por falta de provas quanto à posse do estado de pai/mãe, como segue:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AFETIVA CUMULADA COM RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL, PETIÇÃO DE HERANÇA E PEDIDO CAUTELAR DE RESERVA DE QUINHÃO. JUÍZO DA ORIGEM QUE JULGA IMPROCEDENTES OS PEDIDOS CONTIDOS NA EXORDIAL. INSURGÊNCIA DA AUTORA. ADOÇÃO PÓSTUMA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO POR MEIO DA COMPROVAÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, AINDA QUE NÃO AJUIZADO O PROCEDIMENTO EM VIDA PELOS ADOTANTES. [...]excepcionalmente, utiliza-se do vínculo socioafetivo para reconhecer a adoção póstuma, onde aqui deverá estar comprovada a posse do estado de pai/mãe, para que haja seu reconhecimento. Isso porque, por mais que se empreste, efeitos jurídicos à socioafetividade, há de se ter prudência ao fixar os limites de seu alcance. TERMO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE DA AUTORA OBTIDO PERANTE O JUIZ DE MENORES DA COMARCA DE LAGES NO ANO DE 1959, QUANDO A DEMANDANTE CONTAVA COM QUASE QUATRO ANOS DE IDADE. CIÊNCIA DA DEMANDANTE DE QUE NÃO ERA FILHA BIOLÓGICA, POIS SEMPRE UTILIZOU-SE DO NOME DA FAMÍLIA DE ORIGEM. PRESENÇA DA MÃE BIOLÓGICA EM SEU CASAMENTO EM 1976, AOS VINTE ANOS DE IDADE, E CONTATO, AINDA QUE ESPORÁDICO, COM ESTA, ATÉ

QUANDO FALECEU EM 1987. FALECIMENTO DOS PRETENSOS ADOTANTES, ELE COM 75 E ELA COM 88 ANOS DE IDADE, SEM EXTERNAREM EM VIDA SEU INTERESSE EM FORMALIZAR A ADOÇÃO E RECONHECER A AUTORA COMO FILHA PARA TODOS OS DIREITOS. CASAL QUE TINHA BOM NÍVEL CULTURAL E ECONÔMICO, NÃO LHE FALTANDO DISCERNIMENTO À EVENTUAL FORMALIZAÇÃO DA ADOÇÃO. DOAÇÃO FEITA EM VIDA PARA A APELANTE E APELADO EM FRAÇÕES DIFERENCIADAS. DISTINÇÃO ENTRE O FILHO BIOLÓGICO E A "FILHA DE CRIAÇÃO", AINDA QUE HAJA RELATOS DE TRATAMENTO AFETIVO SIMILAR. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE NÃO SE PRESTA À FORMAÇÃO DE UM JUÍZO SEGURO DE CONVENCIMENTO EM RELAÇÃO A INTENÇÃO DE ADOTAR. Recurso conhecido e Desprovido (TJRS. AC nº 20160132313. Quinta Câmara de Direito Civil. Relator: Rosane Portella Wolff. Julgado em: 11/04/2016". (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

Desta feita, foram apresentadas decisões favoráveis e desfavoráveis ao reconhecimento da maternidade socioafetiva e seus efeitos jurídicos decorrentes da filiação. Por isso, a maternidade socioafetiva atualmente é um tema de suma relevância, sendo cada vez mais conhecido pelos tribunais, pois dela decorrem os mesmos efeitos jurídicos da paternidade socioafetiva.

CONCLUSÃO

O objetivo geral desse artigo é analisar os elementos que possibilitam o reconhecimento da maternidade socioafetiva e os efeitos jurídicos morais e patrimoniais decorrentes dessa relação materno-filial.

O Direito de família foi influenciado pelas transformações da sociedade ao longo do tempo, e, desse modo, o conceito de família evoluiu, passando daquele em que o significado de família era baseado na união indissolúvel dos pais (casamento), havendo as desigualdades entre os filhos dessa união e os filhos havidos fora deste casamento, e, agora, abrange seu conceito, estendendo-se para não apenas os filhos consanguíneos, mas também os filhos de parentesco civil e filhos de relação

O princípio de maior relevância para este estudo é o princípio da afetividade, pautado no afeto existente entre as relações familiares, sendo capaz de criar laços rígidos e indissolúveis de carinho, amor, uma verdadeira relação de pai/mãe e filho.

Assim como o direito de família, o instituto da filiação passou por muitas mudanças ao longo da história, sendo que hoje independe de o filho ser ou não da constância do casamento, ser o filho adotivo ou filho surgido da relação paterno-filial baseada no afeto, terão todos os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Desta feita, a filiação pode ser consanguínea, por adoção ou filiação socioafetiva, possuindo ambos, os mesmos direitos relativos a nome, alimentos, registro, guarda, sucessão e todos os outros direitos relativos à moral e patrimônio, não havendo qualquer diferenciação ou desigualdades entre os filhos, possuindo inclusive previsão legal para tanto.

Por sua vez, o reconhecimento do filho pode se dar de forma automática, quando existe a presunção legal da filiação, nos casos de casamento; o reconhecimento voluntário, ocorrendo nos casos de filhos havidos fora do casamento; o reconhecimento por testamento ou por escritura pública ou particular também são formas de reconhecimento dos filhos; o reconhecimento forçado, em que é determinado judicialmente que o suposto pai faça prova de ser ou não pai do filho (teste de paternidade); por fim, o reconhecimento por manifestação direta e expressa perante o juiz, fato em que a simples presença e concordância do pai perante o juiz, já o faz declarar como se pai o fosse, não necessitando de meios probatórios como é o caso do reconhecimento forçado.

Nesse sentido, não se levando em consideração o tipo de família e nem mesmo a espécie de filiação, os filhos, em distinção, terão assegurados todos os efeitos jurídicos decorrentes dessa filiação, como: alimentos, visitas, guarda, registro civil, sucessão e outros.

A filiação socioafetiva nada mais é do que a relação paterna/materna com o filho baseada no afeto, carinho e amor com que estes possuem por aqueles e vice e versa. Essa relação pressupõe os mesmos efeitos jurídicos de qualquer outra espécie de filiação, motivo este pelo qual aos filhos socioafetivos recaem os mesmos direitos e deveres aos filhos consanguíneos e adotivos. O reconhecimento da filiação socioafetiva se fundamenta em elementos externos que traduzem os elementos internos, conhecidos por meio dos requisitos *tractatio, reputatio e nominato* ou nome, trato e fama, que configuram a posse de estado de filho.

Destaca-se que os entendimentos dos tribunais são uníssomos ao reconhecer a paternidade/maternidade socioafetiva como entidade familiar e espécie de filiação, analisando-se o caso concreto e observando-se a relação existe entre os membros da relação, todavia, há também entendimentos jurisprudenciais desfavoráveis, pois a

mera convivência de algum dos membros não configura a filiação socioafetiva, não preenchendo nem se quer os requisitos da posse do estado de filho.

Desta feita, no que tange a maternidade socioafetiva, esta é plenamente aceitável, de modo que todos os requisitos e especificações para o reconhecimento da paternidade se estendem para o reconhecimento da maternidade socioafetiva, divergindo apenas no gênero da pessoa.

Ante o exposto, confirma-se a hipótese desse trabalho, pela qual, dentre os elementos estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, é verificado que o instituto da filiação poderá abranger a filiação socioafetiva, modo pelo qual a relação parentesco se dá pela afeição, convivência com os cônjuges, ou apenas um deles, possibilitando, deste modo, o reconhecimento da maternidade socioafetiva, e, diante dela, reproduzir ao filho socioafetivo todos os direitos jurídicos morais e patrimoniais inerentes aos filhos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito Civil: família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **O novo estatuto da filiação**. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de família e a constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo Código Civil - Lei nº 10.406, de 10-01-2002. São Paulo: Atlas, 2002.

BARBOZA, Heloísa Helena. **Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo**. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD, n. 24, 2013. v.2.,

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Filiação e solução de conflitos de paternidade**. Curso de direito de família. Florianópolis: Vox Legem, 2004.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Brasília: DF, Presidência da República, 1935. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 03 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** Brasília: DF, Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 03 nov. 2019.

BRASIL. **DECRETO LEI N.º 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Código Penal, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. **LEI N.º 7.250, DE 14 DE NOVEMBRO DE 1984.** Acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7250.htm. Acesso em: 03 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** 1.291.357. Recurso Especial. Direito Civil e Processual Civil. Família. Ação Declaratória de Maternidade Socioafetiva. Instâncias Ordinárias que extinguiram o feito, sem resolução do mérito, sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido [...]. Relator: Ministro Marco Buzzi. 2017. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/504406522/maternidade-socioafetiva-possibilidade-juridica-reconhecida-pelo-superior-tribunal-de-justica-1>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 878941/DF 2006/0086284-0.** Reconhecimento da filiação. Ação Declaratória de nulidade. Inexistência de relação consanguínea entre as partes. Irrelevância diante do Vínculo Socioafetivo. T3 - Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. 21 ago 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8880940/recurso-especial-resp-878941-df-2006-0086284-0/inteiro-teor-13987921>. Acesso em: 03 nov. 2019.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos contornos do direito de filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, jun. 2000.

CALDERON, Ricardo Lucas. Maternidade socioafetiva: possibilidade jurídica reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. **GenJurídico**. 28. set. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/09/28/maternidade-socioafetiva/>. Acesso em: 03 nov 2019.

CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação socioafetiva e “conflitos” de paternidade ou maternidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

CARVALHO, Eliel Ribeiro; YUNES, Jessica Caroline Lacerda. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Dez. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34790/reconhecimento-de-paternidade-e-seus-efeitos>. Acesso em: 02 nov. 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAMIAN, Terezinha. **Direito de Família Contemporâneo: aspectos destacados sobre a família no ordenamento jurídico brasileiro**. Jundiaí/SP: Paco Editorial, 2019.

DEGANI, Priscila Marques. Princípio da dignidade da pessoa humana. In: **JusNavigandi**, setembro 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32131/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 25 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. ed. 27. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACHIN *apud* CUNHA, M. E. de O. O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, jan. 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>. Acesso em: 02 nov. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

IBDFAM. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Notícias. IBDFAM aprova Enunciados. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2E6N0DZ>. Acesso em: 10 nov 2019.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V. Enunciados aprovados/ coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2I9OMiv>. Acesso em: 10 nov. 2019.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. Barueri: Manole, 2009.

MDALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 10024143396489001/MG**. Agravo de Instrumento. Direito de Família. Direito sucessório. Ação declaratória de filiação/paternidade socioafetiva [...]. Relator: Ana Paula Caixeta. 10 abr 2018b. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566624412/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024143396489001-mg>. Acesso em: 03 nov. 2019.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NOGUEIRA, Wesley. Princípio da proteção integral da criança e do adolescente. In: **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://wgomes92.jusbrasil.com.br/artigos/140564425/principio-da-protacao-integral-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 25 abr. 2019.

PAIANO, Daniela Braga. **A família atual e as espécies de filiação, Da Possibilidade jurídica da Multiparentalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Filiação fora do casamento**. Instituições de Direito Civil: direito de família. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo, Saraiva, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. 19 dez 2019. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf. Acesso em: 18 nov. 2019.

PIMENTA, José da Costa. **Filiação**. Coimbra: Coimbra, 1986.

PIRES, Thiago José Teixeira. Princípio da Paternidade Responsável. **Revista Jus Navigandi**. Tereseina. ano 18, n. 3586, 26 abr. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24305>. Acesso em: 02 nov. 2019.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

RIBEIRO, Michelle Alves. **Famílias socioafetivas**: obrigação alimentar decorrente do vínculo socioafetivo. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34362/familias-socioafetivas-obrigacao-alimentar-decorrente-do-vinculo-socioafetivo>. Acesso em: 03 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70056727092/RS**. Agravo de Instrumento. Ação de dissolução de união estável. Alimentos fixados à filha da ex-companheira. Paternidade socioafetiva [...]. Sétima Câmara Cível. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, 30 set 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113390981/agravo-de-instrumento-ai-70056727092-rs?ref=serp>. Acesso em: 03 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70048163414/RS**. Inventário. Ausência de capacidade sucessória. Existência de ação declaratória de maternidade socioafetiva [...]. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 25 jul 2012.

Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22009720/agravo-de-instrumento-ai-70048163414-rs-tjrs?ref=serp>. Acesso em: 03 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70079187779**. Apelação Cível. Intempestividade. Inocorrência. Ação declaratória de filiação socioafetiva. Posse do estado de filho [...]. Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. 21 mar 2019a. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/691970205/apelacao-civel-ac-70079187779-rs/inteiro-teor-691970225?ref=serp>. Acesso em: 11 maio 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 2016.013231-3/SC**. Apelação Cível. Ação de reconhecimento de paternidade e maternidade afetiva cumulada com retificação de registro civil, petição de herança e pedido cautelar de reserva de quinhão [...]. Quinta Câmara de Direito Civil. Relator: Rosane Portella Wolff. 11 abr 2016b. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora. Acesso em: 03 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70041057712/RS**. Apelação Cível. Ação declaratória de reconhecimento de maternidade socioafetiva. Improcedência [...]. Sétima Câmara Cível. Relator: André Luiz Planella Villarinho. 13 jul 2011b. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20083297/apelacao-civel-ac-70041057712-rs>. Acesso em: 03 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70057350092/RS**. Apelação Cível. Ação de cumprimento de acordo. Obrigação de fazer. Mãe socioafetiva. Cumprimento das visitas. Menor [...]. Sétima Câmara Cível. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. 11 jun. 2014. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123401291/apelacao-civel-ac-70057350092-rs/inteiro-teor-123401301?ref=juris-tabs>. Acesso em: 03 nov. 2019.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva. 2004.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº 4005678-21.2019.8.24.0000**. Agravo de Instrumento. Ação declaratória de maternidade socioafetiva. decisão que postergou a análise do pleito liminar de fixação da guarda provisória [...]. Primeira Câmara de Direito Civil. Relator: Raulino Jacó Brüning. 13 jun 2019b. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora. Acesso em: 03 nov. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0002485-19.2011.8.24.0074 Trombudo Central.** Apelação cível. Família. Pedido de reconhecimento de maternidade socioafetiva post mortem. Sentença de procedência. Comprovação de relação materno-filial [...]. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Sebastião César Evangelista. 04 ago 2016a. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora. Acesso em: 03 nov. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 03026749320158240037 Joaçaba 0302674-93.2015.8.24.0037.** Apelação Cível. Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Demanda ajuizada contra a genitora e o pai socioafetivo [...]. Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Saul Steil. 17 abr 2018a. Disponível em: <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569422736/apelacao-civel-ac-3026749320158240037-joacaba-0302674-9320158240037?ref=serp>. Acesso em: 03 nov. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2008.018013-7/SC.** Apelação Cível. Ação de destituição do poder familiar cumulada com pedido de adoção [...]. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Ronaldo Moritz Martins da Silva. 05 maio 2011a. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora. Acesso em: 03 nov. 2019.

SANTOS, J.M. Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado.** Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934.

SILVA, André Jales Falcão. **Análise jurídica da filiação socioafetiva.** Fortaleza, 2013.

SILVA, Douglas Eduardo. Dos filhos socioafetivos e o direito a alimentação. **Jusbrasil.** 2014. Disponível em: <https://dolglas.jusbrasil.com.br/artigos/168104436/dos-filhos-socioafetivos-e-o-direito-a-alimentos>. Acesso em: 03 nov. 2019.

SILVA, Jose Luiz Mônico da. **O Reconhecimento de Paternidade.** São Paulo: Universitária de Direito, 2001.

SIMONASSI, Vanessa Perpétuo. Adoção "Intuitu Personae": É ilegal mas pode ser regularizada. **Jurídico Certo.** 27/01/2018. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/vanessaperpetuo/artigos/adocao-intuitu-personae-e-ilegal-mas-pode-ser-regularizada-4291>. Acessado em: 31 ago. 2019.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. 2. ed. São Paulo: DPJU, 2006.

TORRES, Luanda. **Princípio da Afetividade**. Ago. 2019. Disponível em: <https://luandatorres.jusbrasil.com.br/artigos/744435573/principio-da-afetividade?ref=feed>. Acesso em: 02 nov. 2019.

TRINDADE, Juliano. **Enunciados de direito de família e sucessões das jornadas de direito civil** (até 2018). 18/08/2018. Disponível em: <https://julianotrindade.com.br/enunciados-de-direito-de-familia-e-sucessoes-das-jornadas-de-direito-civil-ate-2018/>. Acesso em 06 set. 2019.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZANNONI, Eduardo A. **Derecho civil: derecho de familia**. 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 2006.

NOTAS:

[I] RECURSO ESPECIAL N.º 1.291.357

[II] APELAÇÃO CÍVEL N.º 70079187779

LEI 13. 431/2017: ESCUTA ESPECIALIZADA E DEPOIMENTO ESPECIAL

ISABELLA JUSTINO MININEL: Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Brasil.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. EDA LECI HONORATO SEIKE. Co-orientador: Prof. Me. ÉRICA CRISTINA MOLINA DOS SANTOS.

RESUMO: A violência é um mal que se alastra pelos séculos contaminando todos os setores da sociedade, a vista disso o mais atingidos por ela são os mais frágeis, assim as crianças e os adolescentes. Durante longo período eles não tiveram proteção ou direitos, e devendo trabalhar para ajudar em casa, com o passar dos anos saindo da roça para trabalhar nas indústrias. Porem com a evolução da sociedade e do sistema jurídico, eles passaram a terem direitos e principalmente proteção. No Brasil a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente garantindo todo o direito e proteção que eles necessitam, com o suporte de muitas entidades. E para assegurar ainda mais essa proteção foi sancionada a Lei 13. 431/17, fornecendo parâmetros de escuta para crianças e adolescentes que foram vítimas ou testemunhas de violência, para que desta forma não sofram com a revitimização, ou seja, para que não precisem relatar várias vezes os fatos, e assim não necessitando ficar lembrando a violência que sofreram.

Palavras-chave: Violência; Criança; Adolescente; Revitimização; Depoimento.

ABSTRACT: Violence is an evil that has spread over the centuries, contaminating all sectors of society, in view of this the most affected by it are the most fragile thus children and adolescents. For a long time they had no protection or rights, and they must work to help at home, over the years leaving the fields to work in the industries. However, with the evolution of society and the legal system, they started to have rights and mainly protection. In Brazil, the Federal Constitution and the Child and Adolescent Statute guaranteeing all the rights and protection they need, with the support of many entities. And to further ensure this protection, Law 13.431/17 was sanctioned, providing parameters for listening to children and adolescents who were victims or witnesses of violence, so that they do not suffer from the re-victimization, that is, so that they do not need to report the facts several times, and thus not needing to keep reminding the violence they suffered.

Keywords: Violence; Child; Teenager; Revictimization; Testimonial.

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. Evolução histórica; 2.1. Princípios norteadores dos direitos da criança e do adolescente; 3. Aspectos da violência e procedimentais da lei 13.431/17; 3.1. Forma de violência; 3.2 Escuta especializada; 3.3. Depoimento de crianças e adolescentes de forma especial; 3.4. Da revitimização; 4. Considerações finais; 5. Referencias.

1. INTRODUÇÃO

A violência contra a criança e ao adolescente é um mal transcorre os séculos, e ao fazer uma análise desde os primórdios da humanidade, observa que elas foram usadas como sacrifícios humano, fizeram partes de genocídios, usadas como soldados em guerras, serviram como escravas e mão de obra barata, além de muitos outros tipos de violência física e sexual, sem nenhum tipo de defesa.

Contudo, com a evolução da sociedade e do sistema jurídico, atualmente as crianças e adolescentes são reconhecidos como sujeitos de direito e tendo proteção, no Brasil por meio da Constituição Federal e pelo ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. Com o objetivo de aumentar a proteção às crianças e aos adolescentes que foram vítimas ou testemunhas de violência em 2017 foi sancionada a lei 13.431 de 2017, no qual altera o ECA, atribuindo a ele dois procedimentos para ouvir as crianças e adolescentes, e desta forma não permitindo que ocorra a revitimização, ou seja, evitar que reviva a situação de violência.

Esses dois procedimentos que foram previstos pela Lei 13.431/2017, sendo o primeiro a escuta especializada, que trata de uma entrevista que é realizada pelos órgãos que fazem parte da rede de proteção. E a segunda é o depoimento especializado que ocorre perante a autoridade policial ou judiciária, durante a oitiva da vítima ou testemunha.

Atualmente, mesmo com toda a proteção jurídica vigente a sociedade, de certa forma, muitos desconhecem seus direitos, assim sendo prejudicadas pela falta de informação. Desta forma, um tema tão grave como a violência contra a criança e ao adolescente, deve ser amplamente divulgado, para que todos tenham conhecimento.

Diante disso, o presente estudo tem por objetivo a realização de pesquisa bibliográfica e legislativa, a respeito da revitimização e a finalidade de demonstrar como é essencial que a vítima não reviva o trauma, além do crucial entendimento da importância da Lei 13.431/2017 e principalmente os dois procedimentos trazido por

ele, compreendendo o que são, sua importância e o procedimento adotado por cada um.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No decorrer de toda a história da humanidade, a violência é um dos fatos mais relatados. Acompanhando a sociedade desde seus primórdios, dominando todos os seus setores, alcançando todas as classes sociais e de todas as formas. Desta forma, os mais indefesos são os que mais sofrem, sendo elas crianças e os adolescentes.

Na história antiga encontra relatos de violência contra crianças, em livros como a Bíblia no livro de Êxodo, conta que o Faraó do Egito com medo do grande crescimento do povo do povo Hebreu, determinou que todo menino hebreu que nascesse deveria ser jogado no rio Nilo, para morrer. Já na Grécia, em especial na cidade-estado de Esparta, os meninos de sete a vinte anos, passava pelo agoge, que trata de um treinamento militar brutal e desumano, no qual passavam fome e espancamentos, além de serem incentivados a roubar e a matar.

O conceito de criança e adolescente, nesses períodos eram distintos do que temos hoje, assim analisado por Philippe Ariès:

essa sociedade via mal a criança, e pior ainda o adolescente. A duração da infância era reduzida a seu período mais frágil, enquanto o filhote do homem ainda não conseguia bastar-se; a criança então, mal adquiria algum desembaraço físico, era logo misturada aos adultos, e partilhava de seus trabalhos e jogos. De criancinha pequena, ela se transformava imediatamente em homem jovem, sem passar pelas etapas da juventude, que talvez fossem praticadas antes da Idade Média e que se tornaram aspectos essenciais das sociedades evoluídas de hoje. (ARIÈS, 1975, p.3)

Desta forma, na Idade Média não havia a diferenciação entre a criança e o adulto, sendo ela considerada um "mini adulto", e desta forma tendo a fase da infância muito curto, a criança vivia no mundo dos adultos, e assim devendo se comportar com um. Era um período difícil, em que as crianças trabalhavam e a grande maioria não tinha acesso aos estudos, não tinham direito e proteção, sendo que muitas vezes eram ignoradas e marginalizadas, vistas como moeda de troca, no qual eram oferecidas em casamento desde muito cedo, e normalmente casando antes dos 16 anos.

Com a chegada da idade moderna, o conceito de criança foi mudado e os adultos passaram a se importar com elas e com sua educação, assim analisado por Philippe Ariès, a respeito desta mudança.

A família tornou-se o lugar de uma afeição necessária entre os cônjuges e entre pais e filhos, algo que ela não era antes. Essa afeição se exprimiu sobretudo através da importância que se passou a atribuir a educação. Não se tratava mais apenas de estabelecer os filhos em função dos bens e da honra (...) A família começou então a se organizar em torno da criança e a lhe dar uma tal importância, que a criança saiu de seu antigo anonimato, que se tornou impossível perde-la ou substituí-la sem uma enorme dor que ela não pôde mais ser reproduzida muitas vezes, e que se tornou necessário limitar seu número para melhor cuidar dela. (Ariès, 1975, p.5)

Todavia as mudanças trazidas pela Revolução Industrial, as pessoas que viviam predominantemente no campo, migraram para as cidades em busca de uma vida melhor. Com isso as crianças que antes ajudavam os pais no campo agora passaram a trabalhar nas fábricas, para ajudar no sustento da família. Sendo assim elas trabalhavam com cargas horárias exaustivas, ganhavam salários muitos inferiores aos dos adultos, sendo consideradas mão de obra barata. Trabalhando em lugares precários e extremamente perigosas, nos quais poderiam acontecer acidentes de trabalhos fatais. Além de sofrerem constantes agressões físicas que eram aplicadas como punições. A vida das crianças não era fácil, a não ser se fossem de famílias abastadas, o que não era a situação da maioria.

Com a chegada do século vinte, houve grandes mudanças políticas e sociais. E desta forma houve avanços na proteção à criança e ao adolescente, ocorrendo manifestos e congressos para debaterem a respeito da proteção especial que elas devem ter. Contudo foi um século marcado por muitos conflitos militares e políticos; sendo um dos piores a Segunda Guerra Mundial, no qual muitas atrocidades aconteceram, como no holocausto que milhares de crianças foram levadas a campos de extermínio nazistas e mortas nas câmaras de gás, uma que ficou muito conhecida por ter mantido um diário foi Anne Frank. .

Após a Segunda Guerra, em 1945 foi criada a ONU (Organização das Nações Unidas), buscando impedir mais conflitos armados, e atuando em defesa dos direitos humanos. Sendo criada no ano seguinte por ela a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), trata de uma instituição centrada exclusivamente para as crianças e adolescentes, presente na maior parte dos países, tendo como objetivo garantir o

direitos, e a proteção aos que estão em estado mais vulneráveis. Lutando contra a miséria e todas as formas de violência.

A UNICEF foi inspiração para a criação de muitas ONGs e entidades governamentais ou não, que tem os mesmo objetivos, a proteção de crianças e adolescentes, bem como desenvolver programas que ajudam a levar infraestrutura e amparo, como saúde e educação.

No Brasil a Constituição Federal de 1988, confere à criança e ao adolescente a posição de sujeitos de direitos, e com proteção integral do Estado, da família, e toda a sociedade, devendo eles serem prioridade absoluta de todos e seus interesses e bem estar colocados em primeiro lugar, assim estabelecido no artigo 277 da Constituição.

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)

Em 13 de julho de 1990, entra em vigor a Lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente conhecida como ECA, que é a implantação da proteção integral prevista no art. 277 da Constituição Federal, abordando de forma mais específica os direitos e deveres, os tratamentos sociais e legais como a criação de Conselhos Tutelares, e desta maneira garantindo maior proteção. A vista disso, para aumentar ainda mais a proteção das crianças e adolescente, principalmente os foram vítimas ou testemunhas de violência entrou em vigor a Lei 13.431/ 17, no qual busca o depoimento sem danos, estabelecendo medidas de proteção durante o depoimento por meio de dois procedimentos, e assim não causando danos maiores na vítima.

Com a evolução da sociedade e do sistema jurídico, as crianças e adolescentes que no passado foram ignoradas e esquecidas, além de sofrerem todos os tipos de violências, atualmente recebem por lei todas a proteção integral do Estado e sociedade, e serem reconhecidos como sujeitos de direitos.

2.1. PRINCIPIOS NORTEADORES DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A crianças e os adolescentes tem seus direitos garantidos na Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescentes (Lei nº 8.069/90), tendo esta lei

como essência uma série de princípios que são norteadores para que ela seja uma legislação eficaz, sendo eles:

A) Princípio da Proteção Integral: este princípio está previsto no artigo 1º do ECA, sendo que respaldado pelo artigo 227 da CF, sendo um dos princípios mais importantes para a formação do sistema jurídico de proteção criança e o adolescente. Consiste em uma conjuntura de direitos, no qual juntos proporcionam o integral prioridade a indivíduos que não detentores de sua capacidade plena, e desta forma devendo a família, a sociedade e o Estado tutelar por eles até seu desenvolvimento completo. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

B) Princípio da Prioridade Absoluta: previsto no artigo 4º do ECA, respaldado pelo artigo 227 da CF, este princípio estabelece que as crianças e adolescentes sejam atendidos pela sociedade e pelo Estado com absoluta prioridade em seus direitos e garantias fundamentais, como assistência de serviços e políticas públicas.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

C) Princípio da Municipalização: previsto no artigo 88 do ECA, com respaldo no artigo 204, inciso I e 227, §7º da CF, este princípio tem o objetivo de descentralizar a responsabilidade de atendimento a crianças e adolescentes da União e dos Estados, para os municípios, pois sabem da necessidade da cidade

Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

I – municipalização do atendimento;

D) Princípio da Convivência Familiar: previsto no artigo 19 do ECA, respaldado pelo artigo 227 da CF, este princípio assegura o direito fundamental da criança e do adolescente de crescerem em convivência familiar, sendo ela que dá suporte para o desenvolvimento emocional e do caráter, dando afeto e apoio.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

3. ASPECTOS DA VIOLÊNCIA E PROCEDIMENTAIS DA LEI 13.431/17

O legislador visando resguardar a garantia e direitos das crianças e adolescentes, sancionou no dia 4 de abril de 2017 a Lei 13.431, estabelecendo padronização nos parâmetros de escuta de crianças e adolescentes que sofreram ou presenciaram situações de violência.

O artigo 2º, caput desta lei, referente ao artigo 3º do Estatuto da criança e do adolescente, assegura os direitos fundamentais e o princípio da proteção integral, desta forma devendo as crianças e os adolescente terem igualdade de direitos igual a todos, todavia necessitando ter a proteção de toda a sociedade, por serem indivíduos absolutamente incapazes ou relativamente incapazes.

Art. 2º A criança e o adolescente gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas a proteção integral e as oportunidades e facilidades para viver sem violência e preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social, e gozam de direitos específicos à sua condição de vítima ou testemunha.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios desenvolverão políticas integradas e coordenadas que visem a garantir os direitos humanos da criança e do adolescente no âmbito das relações domésticas, familiares e sociais, para resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, abuso, crueldade e opressão.

A vista disso, o parágrafo único do artigo 2º prevê a implantação de integração operacional entre as entidades de proteção e do sistema de justiça, assim propiciando um atendimento mais eficaz e humanizado. Para que possa alcançar esse objetivo é necessário que as instituições de proteção formem uma estrutura como a resolução de membros e regimento interno, sendo feitas por meio de Resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3.1. FORMA DE VIOLÊNCIA

A violência é definida pela Organização Mundial da Saúde como sendo “O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.” (OMS, 2002, p. 5)

A lei 13. 431/17 em seu artigo 4º tipifica as forma de violência que são cometidas contra as crianças e adolescentes, sendo elas:

A) Violência física, prevista no inciso I, é uma forma de maltrato realizado por alguém mais velho, partir do uso excessivo de força física sendo de natureza intencional, por meio de socos, tapas, perfurações, arranhões, queimaduras, etc. Causando sofrimento físico e a saúde.

B) Violência psicológica, prevista no inciso II, está é a interferência negativa que o adulto provoca no desenvolvimento da criança e adolescente, por meio de “depreciação ou desrespeito... mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática...” (linha a), ou de ato de alienação parental e por conduta que submeta à criança (linha b) ou adolescente contra membro de sua família ou da rede de apoio (linha c).

C) Violência sexual, previsto no inciso III, no qual prevê “qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso”, abrangendo atos como abuso sexual (linha a), exploração sexual (linha b) e tráfico de pessoas (linha c).

D) Violência institucional, prevista no inciso IV, é a espécies de violência praticada por instituições estatais, sendo praticada por agentes que deveria proteger as crianças e os adolescentes.

Além das formas de violências previstas no do artigo 4º, uma violência muito comum que ocorre, é a negligência sendo ela uma omissão dos responsáveis da

criança ou adolescente que não fornece as necessidades básicas que são essenciais para o bem estar e desenvolvimento saudável da criança. A negligência pode ocorrer de forma física, quando a falta de alimentação, de higiene, e de vigilância ou descuido que pode causando acidentes domésticos, e a falta de cuidados com a saúde; de forma emocional, quando privada de afeto, demonstração de amor e carinho, não fornecendo o suporte emocional, assim afetando o desenvolvimento e causando diversos danos; e de forma educacional, quando os responsáveis não proporcionam a educação necessária para a formação intelectual e moral, como privação a educação básica

À vista disso, a violência é extremamente lesiva às crianças e adolescente, se não forem tratados com ajuda dos profissionais certos, poderão causar danos para o resto de suas vidas. Dentro esses danos podemos elencar o uso de drogas, o alcoolismos, a ansiedade, a depressão, a fobia social, o comportamento agressivo, a reprodução de violência com os filhos e cônjuge, e até mesmo chegar ao suicídio.

3.2 ESCUTA ESPECIALIZADA

A escuta especializada é dos procedimentos para a coleta do relato de criança e adolescente que possa estar vivendo uma situação de violência, já era utilizado antes da lei 13.431/17 ser sancionada, contudo agora passa a ser reconhecida como uma medida válida. É previsto no artigo 7º, desta lei, no qual prevê seu conceito.

Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade

A rede de proteção citada no artigo consiste em entidades que atuam para garantir o apoio e preservar os direitos das crianças e adolescentes, sendo constituída por grupos de educadores, conselheiros tutelares, entidades sociais com Centro de Referências da Assistência Social e Centro de Referência Especializado de Assistência social, policiais de delegacias especializadas, promotores, defensores públicos e juízes de Vara da Infância e Juventudes. Devendo utilizar protocolo de escuta baseado na particularidade de cada serviço.

Ao iniciar a escuta o profissional incumbido de prestar o atendimento deve perceber qual as necessidades demonstradas pela criança ou adolescente, sempre com o máximo cuidado visto que a criança se encontra em um estado de vulnerabilidade. O profissional deve perguntar se é a primeira vez que a vítima procura apoio, assim evitando perguntas que já foram feitas.

O primeiro relato deve ser apenas para garantir o acompanhamento integrando, não devendo ter um sentido investigativo e nunca colocar em dúvida o relato. As perguntas feitas pelo profissional devem ser específicas para o encerramento dessa etapa, visando recolher o máximo de informações possíveis também com a família e entre outras pessoas.

O artigo 10º, prevê o local em que a criança ou adolescente deve ser ouvido, devendo ter geral conforto e segurança, e principalmente ser uma estrutura reservada que salvaguarda a privacidade.

Art. 10. A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Valendo de seu direito a criança ou adolescente tem o direito de escolher separadamente se quer ser ouvida desacompanhada ou acompanhada por algum de seus familiares ou outro adulto. Além de ser informada do procedimento formal pelo qual deverá passar, em uma linguagem que seja compatível com sua idade, tal informação deverá ser prestada a família ou responsável.

Outro direito previsto no artigo 9º, é da criança ou adolescente não ter contato com o autor ou acusado, ou qualquer outra pessoa que possa intimidar ou influenciar de forma negativa a vítima, e assim seu relato seja efetuado livre de qualquer influência.

Art. 9º. A criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento.

Em casos específicos como quando a criança ou adolescente brasileiro ou pertencente a outra nacionalidade, deve ser perguntada a ela em qual língua gostaria de ser ouvida. Ou quando a vítima apresentar alguma deficiência, deve ser garantido a ela atendimento com acessibilidade como intérprete de libras e a utilização de recursos tecnológicos.

3.3. DEPOIMENTOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DE FORMA ESPECIAL

O depoimento especial é o segundo procedimento trazido pela Lei 13.431/17, sendo trazido em seu artigo 8º.

Art. 8º. Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

Assim este procedimento perante a autoridade policial busca realizar por meio de seus setores de investigação diligências fins de apurar as evidências dos fatos que foram denunciados, no contexto do processo investigatório, e desta forma levar ao Sistema de Justiça o autor ou acusado das práticas de violência para que seja responsabilizado judicialmente.

Igualmente a escuta especializada segue as diretrizes do artigo 9º, não permitindo que o autor ou acusado tenha qualquer tipo de contato com a vítima, e da mesma forma, com o artigo 10º que determina que as oitivas sejam realizadas em local apropriado e que seja acolhedor para a vítima relatar os fatos com privacidade.

O artigo 11º, caput, expõe que a escuta realizada de ver regida por protocolo, para que haja uma padronização buscando o bem estar das vítimas. Juntamente este artigo garante que a oitiva da criança seja que possível realizada uma única vez, quando haja produção de prova judicial antecipada, e assim evitando prejuízos que possam ocorrer por causa da demora que pode ocorrer no julgamento da causa.

Art. 11º. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.

O parágrafo primeiro prevê as duas situações específicas em que pode se utilizar a antecipação de provas, a primeira prevista no inciso I é quando a vítima for menos de sete anos, pois a indução a falar sobre o assunto pode agravar a situação da criança que já sofre de estresse emocional e desta maneira sendo melhor espera quando ela estiver apta a falar. O segundo previsto no inciso II são os casos de violência sexual, por se tratar de um crime extremamente grave, é obrigatório que que a declaração da vítima não tenha condição de prestar o depoimento, o meio de prova seja válido tanto quanto o depoimento especial.

Já o parágrafo segundo estabelece exceções em que pode ocorrer um novo depoimento sendo absolutamente justificada de sua imprescindibilidade para o curso do processo pela autoridade competente, e ainda devendo ter o consentimento da criança ou adolescente, ou de seu representante legal.

O procedimento para o colhimento da escuta especializada está prevista no artigo 12º, sendo ela:

A) O inciso I enuncia que profissionais especializados informarão a criança ou adolescente de seus direitos, explicarão sobre o procedimento da escuta especializada como os participantes do processo de entrevista, a descrição do local que acontecerá, o seguimentos do caso tanto na rede de proteção quanto no sistema de justiça, sendo ao profissional vedada a leitura da denúncia e demais peças processuais.

B) O inciso II enuncia que é assegura a criança ou adolescente a livre narrativa, esta é a técnica mais usa no depoimento especial como também na escuta especializada, tendo o mínimo de interferência possível, somente quando for necessário utilizar técnicas para elucidar os fatos e assim somente esclarecer partes que ficaram confusos, mas nunca podendo descredibilizar seu relato.

C) O inciso III enuncia que no curso do processo judicial, poderá o depoimento especial ser transmitido em tempo real para a sala de audiência, esta transmissão ocorre para que todos possam acompanhar as diligencias e assim podendo desenvolver perguntas, contudo sempre será preservado o sigilo.

D) O inciso IV enuncia que terminando os procedimentos que estão previsto no inciso II (a livre narrativa da vítima), e o Juiz tiver consultado o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, ele avaliará a adequação das perguntas complementares, que foram organizadas em blocos,

E) O inciso V enuncia que o especialista deverá adaptar as perguntas elaboradas pelo Juiz e pelas partes, em uma linguagem que seja compreensível pela vítima de acordo com sua idade e seu desenvolvimento, assim facilitando seu entendimento.

F) O inciso VI enuncia que o depoimento especial deverá ser gravado em áudio e vídeo, a gravação é necessária para que além de garantir a adequação da diligencia, se tenha a possibilidade de analisar as reações que a vítima esboça durante o relato, que é de suma importância, pois as expressões revelam bastante do que não foi dito. A criança ou o adolescente é informado da gravação e uma eventual recusa dele impedirá que ocorra.

A vítima tem o direito que se forma da sua escolha presta depoimento diretamente ao Juiz (§1). Sendo o Juiz o responsável por garantir todas as medidas necessárias para que a intimidade e privacidade da vítima ou testemunha sejam respeitadas (§2).

O profissional especializado comunicará ao juiz quando notar que a presença do autor na sala de audiência poderia prejudicar o depoimento e colocar o depoente em situação de risco (§3), contudo é difícil ocorrer este fato, a não ser que a vítima ou testemunha esteja prestando declaração diretamente ao juiz, pois fora isto, o depoimento é prestado em um local adaptado, longe do autor.

Quando ocorrem hipóteses que coloque em risco a vida ou integridade física da vítima ou testemunha o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis (§4), podendo tanto de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou autoridade policial tomar providências que estão previstas no artigo 21, inciso II e III e IV, desta lei.

Art. 21. Constatado que a criança ou o adolescente está em risco, a autoridade policial requisitará à autoridade judicial responsável, em qualquer momento dos procedimentos de investigação e responsabilização dos suspeitos, as medidas de proteção pertinentes, entre as quais:

II - solicitar o afastamento cautelar do investigado da residência ou local de convivência, em se tratando de pessoa que tenha contato com a criança ou o adolescente;

III - requerer a prisão preventiva do investigado, quando houver suficientes indícios de ameaça à criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência;

IV - solicitar aos órgãos socioassistenciais a inclusão da vítima e de sua família nos atendimentos a que têm direito;

A preservação e a segurança das gravações reativas ao depoimento da criança e do adolescente serão objeto de regulamentação, assim garantindo sua intimidade e privacidade (§5). Visto que o Depoimento especial deverá transmitir em segredo de justiça (§6).

3.4. DA REVITIMIZAÇÃO

A revitimização também denominada sobrevivitização ou vitimização secundária, é uma das três espécies da vitimização, ela ocorre após o crime ser cometido, sendo a fase em que a vítima busca as instituições estatais como as Delegacias de Polícia e o Ministério Público, a procura de ajuda, e assim, assegurando as garantias e direitos previstos na constituição.

Contudo por meio do mecanismo do sistema de justiça criminal a vítima é constrangida a relembrar de todo o sofrimento foi vitimizada. Pois depende do crime a autoridade policial encaminha vítima para fazer exame de corpo de delito no Instituto Médico Legal como por exemplo nos delitos de estupro e lesão corporal, além de relatar os fatos ao Delegado de Polícia, e mais tarde devendo descrever os fatos novamente em audiência no fórum.

Todavia, muitas vezes a vítima não recebe o amparo que deveria ter no estado que se encontra, visto que se não for atendida em uma Delegacia especializada com a Delegacia de Defesa da Mulher, as autoridades policiais podem não dispor da capacitação necessária para lidar com a fragilidade emocional que a vítima se encontra, e assim podendo agravar mais seu estado. Quanto a falta de preparo Ricardo Antônio Andreucci expõe:

Como exemplos de vitimização secundária pode-se citar o mau atendimento que eventualmente recebe a vítima em delegacias de polícia, institutos médico-legais, fóruns e varas criminais. Também o preconceito da sociedade, amigos e pessoas da família em relação à vitimização primária.

Na maioria dos casos, a vítima comparece sozinha e às suas expensas às repartições policiais e fóruns, enfrentando toda a sorte de dificuldades, não tendo geralmente um advogado a acompanhá-la, aconselhá-la ou instruí-la (ANDREUCCI, 2016, s.p).

Diante disso, quando a criança e o adolescente são as vítimas, principalmente de violências sexual, a falta de preparo por parte dos sistema de justiça é capaz gerar mais danos, o inquérito policial e o processo judiciais podem demorar muito tempo para serem finalizados, as crianças e adolescentes por estarem em desenvolvimentos e serem mais frágeis, precisam de um tratamento especial para lidarem com esse longo processo, em decorrência disso vem o surgimento da Lei 13.431/17.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho abordamos o assunto a respeito da Lei 13.431/2017, e dois procedimentos trazidos por ela, a escuta especializada e o depoimento especial, tal lei que tem o objetivo de protege uma a criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência, não passe pela revitimização, e desta forma não sofra novamente com as lembranças da violência, no momento que for presta depoimento.

Também concluímos que ao decorrer da história as crianças e adolescentes não tinham proteção e direitos, e que graças a evolução social e jurídica, elas passaram a ter. E atualmente com a sanção da Lei 13. 431/17, contribuiu para que quando a criança ou adolescente em situação de risco tenham ainda mais proteção e cresça sem traumas.

Este trabalho foi muito importante para a compreensão deste tema, visto que a violência afeta muito a criança e o adolescente, trazendo muitos traumas físicos e psicológicos, que os influenciam por toda a vida. E desta maneira permitindo a comunicação deste tema.

5. REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. A valorização da vítima no processo penal brasileiro. Disponível em: < <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-valorizacao-da-vitima-no-processo-penal-brasileiro-por-ricardo-antonio-andreucci#:~:text=A%20valoriza%C3%A7%C3%A3o%20da%20v%C3%ADtima%20no%20processo%20penal%20brasileiro%20%E2%80%93%20Por%20Ricardo%20Antonio%20Andreucci,-Ricardo%20Antonio%20Andreucci&text=Como%20%C3%A9%20cedi%C3%A7%C3%A3o%20vitimiza%C3%A7%C3%A3o%20secund%C3%A1ria,as%20consequ%C3%Aancias%20suportadas%20pela%20v%C3%ADtima.> >. Acesso em: 16 jun. 2020.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 1º.ed. Rio de Janeiro: LTC-Livros Técnicos e Científicos Editora S.A. 1975.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 05 de mai. 2020

BRASILIA. Ministério da Saúde. **Violência contra a criança e o adolescente**: proposta preliminar de prevenção e assistência á violência doméstica. – 2ª ed. Brasília, 1997. 26p. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Cartilha%20Violencia%20contra%20a%20crianca%20e%20o%20adolescente..pdf> >. Acesso em: 26 de jun. 2020

BRASIL. LEI nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 de jul. de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm >. Acesso em: 27 de jun. 2020.

BRASIL. 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). Brasília, DF, 04 de abril. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm >. Acesso em: 27 de jun. 2020.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos, Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Parâmetros de escuta de Crianças e Adolescentes em Situação de Violência**. Brasília, 2017. 48p.

DIGIÁCOMO, Murillo J.; DIGIÁCOMO, Eduardo. **Comentários à Lei 13.431/2017**. ed. Eletrônica, Curitiba 2018. 92 p.

GOMES, Christiano L. G. **Manual de criminologia**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2018. 280p.

NUCCI, Guilherme de S. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. – 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1.160 p.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório Mundial sobre Violência e Saúde**. Genebra, 2002. 380p. Disponível em: < <https://opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf> >. Acesso em: 12 de jun. 2020.

AVALIAÇÃO ECONÔMICA DE DANOS AMBIENTAIS: PREMISSAS FUNDAMENTAIS SOBRE ECONOMIA AMBIENTAL

FILIFE EWERTON RIBEIRO TELES: Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA (CE). Pós Graduado em Direito Penal e Criminologia - URCA.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo o estudo da avaliação econômica de danos ambientais com parâmetro nas premissas fundamentais sobre economia ambiental. Para tanto, realizou-se um estudo sobre os conceitos e diretrizes estabelecidos pela Política Nacional do Meio Ambiente que regulamenta o licenciamento ambiental aos empreendimentos com atividades potencialmente poluidoras. Nesse sentido, verificou-se que a metodologia para a valoração dos danos ambientais causados por estas atividades, não são estabelecidas pelas legislações ambientais brasileira. Com isso, o presente artigo aborda as técnicas mais utilizadas, para auxiliar a avaliação e a valoração dos danos gerados, bem como a identificação dos aspectos ambientais e relevância do impacto, contribuindo, dessa forma, para a preservação do meio ambiente, previsão e mitigação dos danos causados.

PALAVRAS-CHAVE: Avaliação Econômica; Política Nacional do Meio Ambiente; Licenciamento Ambiental; Legislações Ambientais.

ABSTRACT: This article aims to study the economic evaluation of environmental damage as a parameter in the fundamental assumptions about environmental economics. To this end, a study was carried out on the concepts and guidelines established by the National Environment Policy that regulates the environmental licensing of enterprises with potentially polluting activities. In this sense, it was found that the methodology for valuing the environmental damage caused by these activities, is not established by Brazilian environmental legislation. With this, the present article addresses the most used techniques, to help the assessment and valuation of the damages generated, as well as the identification of the environmental aspects and relevance of the impact, thus contributing to the preservation of the environment, forecasting and mitigation damage caused.

KEYWORDS: Economic Evaluation; National Environment Policy; Environmental Licensing; Environmental Laws.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Valoração Econômica Ambiental; 2.1 Métodos de Valoração Ambiental; 2.2 Método do Fator Ambiental para Valoração de Danos Ambientais; 2.3 Método do DEPRN para valoração de danos ambientais; 3. Métodos

objetivos e subjetivos de Avaliação de Danos; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O estudo sobre a economia ambiental é relativamente recente, pois, acreditava-se que deveria buscar-se prioritariamente o conforto e a segurança da humanidade, através do domínio e utilização das forças e matérias disponíveis na natureza. As limitações do Meio Ambiente, tanto como fonte de insumos para a produção quanto como depósito de resíduos são evidentes; o que torna necessário o desenvolvimento de novos instrumentos de análise econômica, a fim de incorporar os efeitos das atividades de produção e consumo sobre o meio ambiente e valorá-lo adequadamente como um bem da sociedade.

Duas dificuldades principais se interpõem à estimação do valor do meio ambiente. Em primeiro lugar está a incapacidade teórica da economia para lidar com a questão, pois para a economia, o valor tem origem exclusivamente no trabalho humano. A consequência teórica disso é que apenas o meio ambiente construído possui valor, o que é claramente inaceitável. Quanto à segunda, o valor seria determinado no mercado, pela interação entre oferta e procura. No entanto, os estudiosos dessa abordagem reconhecem as “falhas de mercado” na valoração do meio ambiente (KASKANTZIS NETO, 2005).

2 VALORAÇÃO ECONÔMICA AMBIENTAL

A literatura econômica convencional sugere que o valor de um bem ou serviço ambiental pode ser mensurado através da preferência individual pela preservação, conservação ou utilização desse bem ou serviço. Considerando seu gosto e preferências, cada indivíduo terá um conjunto de preferências que será usado na valoração de todo e qualquer bem ou serviço, inclusive os ambientais. No caso dos serviços ambientais, os economistas iniciam o processo de mensuração distinguindo entre valor de uso, valor de não uso e valor de opção:

valor de uso – refere-se ao uso efetivo ou potencial que o recurso pode prover. Como por exemplo, o valor que os indivíduos estão dispostos a pagar para visitar um parque ecológico ou para conservar determinadas espécies vegetais ou animais que são utilizadas para a fabricação de remédios;

valor de não uso – também ou denominado de valor intrínseco ou valor de existência, reflete um valor que reside nos recursos ambientais (valor que o meio ambiente tem por si mesmo), independentemente de uma relação com os seres humanos, de uso efetivo no presente ou de possibilidades de uso futuro. Por exemplo, o valor de

existência da Floresta Amazônica poderia ser estimado a partir da disposição dos países desenvolvidos de trocar parte da dívida dos países que têm a propriedade da floresta por compromisso de preservação;

valor de opção – refere-se ao valor da disponibilidade do recurso ambiental para uso futuro. Diz respeito, por exemplo, à disposição a pagar dos indivíduos para conservar uma determinada floresta, cuja a substituição seria difícil ou impossível.

Muitas variantes dessa classificação existem. Não obstante, pode-se distinguir os seguintes componentes do Valor Econômico Total (VET) de um bem ou serviço ambiental:

VET = valor de uso + valor de opção + valor de existência

A valoração do meio ambiente passa pelo cálculo do VET para o bem ou serviço ambiental sob análise. Entretanto, o valor econômico total não pode ser integralmente revelado por relações de mercado. Muitos de seus componentes não são comercializados e os preços dos bens econômicos não refletem o verdadeiro valor total dos recursos usados na sua produção (KASKANTZIS NETO, 2005).

A valoração econômica do meio ambiente constitui-se em um conjunto de métodos e técnicas que buscam estimar valores para os ativos ambientais, para os bens e serviços por eles gerados, e para os danos ambientais. O processo de valoração consiste basicamente em estabelecer uma relação entre um indivíduo e um bem a ser valorado, a partir dos instrumentos de política pública ambiental.

É necessário caracterizar adequadamente o objeto de valoração para que não surjam equívocos quanto à interpretação dos dados, das análises e dos cálculos, sendo que os objetos de valoração podem ser: a) um parque ecológico; b) uma reserva mineral; c) um passivo ambiental; d) a perda de biodiversidade; e) os danos à saúde decorrentes de ambiente poluído ou acidente ambiental; f) as perdas de quantidade e/ou qualidade de produção. A valoração econômica compreende três tipos básicos, que geralmente estão relacionados entre si: - a valoração do meio ambiente, em particular dos recursos naturais; - a valoração dos impactos ambientais positivos ou negativos; - a valoração das medidas mitigadoras ou compensatórias.

Os métodos utilizados para valorar cada tipo, não são necessariamente distintos, mas o objeto é de natureza diversa em cada caso. Os principais resultados obtidos através da valoração econômica do meio ambiente são as estimativas dos custos e dos benefícios ambientais que se configuram de grande valia para o desenvolvimento sustentável. Caracterização e valoração do dano ambiental: a) Valor: A avaliação do valor de alguma coisa, refere-se ao valor de troca ou algo que

dele se aproxime, ou possa, até mesmo, ser utilizado em seu lugar (em geral, o valor de mercado). Valor seria definido como uma expressão da capacidade de um bem ou serviço de satisfazer necessidades humanas e econômicas. b) Avaliação Ambiental: O processo de avaliação econômica de danos ambientais (irreversíveis), como todo e qualquer processo de avaliação econômica, deve-se apoiar nos pressupostos básicos do contexto de mercado – oferta, demanda e formação de preços.

O procedimento da estimativa do valor de mercado tem como objetivo: orientar atos de compra e venda, decisões quanto à escolha entre alternativas, avaliações comparativas, avaliações fiscais, análises de garantias, estimativas de prejuízos, efeitos de indenizações, e determinação da importância de qualquer setor ou produto. Na Avaliação Econômica de Danos Ambientais o princípio poluidor-pagador não é um princípio de compensação dos danos causados pela poluição, uma vez que estão incluídos todos os custos da proteção ambiental, sejam de caráter preventivo, de reparação ou de repressão do dano ambiental (KASKANTZIS NETO, 2005).

A avaliação econômica dos danos ambientais, a partir dos dispositivos legais, deve ocorrer, inclusive, no caso da irreparabilidade dos impactos ambientais – danos ambientais irreversíveis. A tarefa mais difícil é identificar quais os danos ambientais devem ser considerados e como quantificá-los, para então, valorá-los. Para este propósito, deve-se utilizar técnicas quantitativa de avaliação de impacto ambiental.

2.1 MÉTODOS DE VALORAÇÃO AMBIENTAL

Os métodos de valoração de danos ambientais são classificados em dois grandes grupos, os métodos com enfoque de valoração objetiva e os métodos com enfoque de valoração subjetiva.

Os métodos de valoração com enfoque objetivo utilizam funções de dano que relacionam o nível da ação do poluente – por exemplo, nível de concentração e tipo de poluente atmosférico – com o grau do dano ambiental sobre o meio ambiente e sobre a saúde do homem. Os dados para o desenvolvimento das funções são obtidos experimentalmente em estudos de campo epidemiológicos, ou seja, a resposta às funções de dano (KASKANTZIS NETO, 2005).

Os métodos de valoração subjetiva de impactos ambientais baseiam-se na avaliação subjetiva dos possíveis danos expressos ou revelados sobre um mercado real ou hipotético. Esses métodos se baseiam em preferências expressas ou reveladas dos indivíduos que constituem o universo de análise. A seleção do método está relacionado ao objeto e objetivo da valoração de dano ambiental.

Dentre as técnicas de valoração que existem, as principais são: método do fator ambiental, método DEPRN, método de CATES e métodos subjetivos.

2.2 MÉTODO DO FATOR AMBIENTAL PARA VALORAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS

Para se avaliar os danos ambientais, é necessário considerar todas as variáveis relacionadas e buscar recompor novamente o ambiente impactado, ou seja, como este ambiente se apresentava em sua forma original. Segundo Elma, devemos inicialmente determinar através de cálculos matemáticos simples apenas os custos para se reconstituir o ambiente na sua forma original, ou seja, os valores econômicos para recuperação da área, sem considerar a importância ecológica.

Segundo Romanó (1999), o preço da natureza é ainda um conceito abstrato, mas de alguma forma ele deve ser considerado na avaliação do dano ambiental. Para tanto, neste modelo, o valor da natureza é associado ao chamado fator ambiental, que é definido como sendo um valor fixo igual a 100% do custo de recomposição do meio ambiente.

Assim, o valor total do dano ambiental será a soma do custo de recomposição do meio ambiente afetado mais o valor da natureza, calculado conforme citado acima (ROMANÓ, 1999). A relação proposta pelo modelo tem a seguinte forma:

$AV = (X + Y + Z + \dots + n) + (X + Y + Z + \dots + n) * 100\%$ Sendo: AV = Avaliação do Dano Ambiental (em unidades monetárias);

(X, Y, Z, ..., n) = somatório dos custos das atividades necessárias para recompor o meio ambiente afetado (em unidades monetárias);

FA – Fator Ambiental (= 100% do somatório do custo de recomposição) (unidades monetárias).

Para todas as atividades degradadoras do meio ambiente, é possível obter os valores dos danos ambientais associados. Por exemplo, para a poluição dos rios pelo lançamento de efluentes, pode-se considerar o custo de implantação dos sistemas de tratamento dos efluentes, a contratação de empresa e técnico habilitado, análises físico-químicas e o custo para implantação de projeto de despoluição.

2.3 MÉTODO DO DEPRN PARA VALORAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS

Esta proposta foi elaborada pelo Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais (DEPR), da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, com o objetivo de atender duas premissas básicas: a primeira está relacionada a um

modelo de fácil aplicabilidade, já a segunda em aplicá-lo na realidade contextual brasileira (KASKANTZIS NETO, 2005).

A metodologia proposta é bastante simples e consiste basicamente no uso de duas tabelas. Na primeira tabela o meio ambiente é dividido em seis aspectos ambientais: ar; água; solo e subsolo; fauna; flora e paisagem. Para cada aspecto do ambiente são considerados dois tipos de dano e, para cada tipo de dano são descritos e qualificados diversos agravantes.

Nesse sentido, o perito ambiental utiliza destas metodologias de valoração ambiental a fim de dimensionar o custo do dano que o empreendimento causou ao meio ambiente. Durante a vistoria da área impactada, ao utilizar o método do DEPR, ele define os aspectos ambientais afetados e, para cada um deles, os tipos de dano. Em uma segunda etapa, o perito analisa o agravo, qualificando-os de acordo com critérios preestabelecidos.

A definição do tipo de dano e os critérios de qualificação dos agravos são descritos em separado para cada um dos aspectos ambientais. De acordo com os critérios de qualificação dos agravos, eles recebem um número que varia na faixa de 0 a 3 unidades. Assim, ao final, obterá para cada um dos seis aspectos ambientais, um índice numérico correspondente à qualificação dos agravos e, portanto, ao dano ambiental em análise (GALLI, 1996).

Na sequência, para cada índice numérico, associado a cada aspecto ambiental, é atribuído um fator de multiplicação obtendo o cálculo da indenização através do somatório dos fatores de multiplicação vezes o valor de exploração, conforme mostrado pela relação abaixo:

$INDENIZAÇÃO = \Sigma (\text{Fator de multiplicação}) \times \text{Valor de Exploração}.$

O valor de exploração é o valor de mercado dos bens apropriados ou lesados, objeto da ação civil, como por exemplo, o valor de mercado da tora ou da lenha provenientes de um desmatamento irregular, ou ainda, o valor da área proveniente da exploração irregular (GALLI, 1996).

Considerando que alguns bens degradados não têm valor de mercado estabelecido (como por exemplo, atmosfera; ecossistema aquático, lençol freático), a metodologia propõe a utilização do valor de recuperação do bem ou recurso lesado, para o cálculo do valor do dano ambiental:

$INDENIZAÇÃO = \Sigma (\text{Fator de multiplicação}) \times \text{Valor de Recuperação}$

Neste caso, deve-se estudar e indicar qual o método de recuperação mais adequado para cada situação analisada (controle da poluição atmosférica, recuperação da área desmatada, terraplanagem, entre outras) e, a partir desta seleção, estimar o custo da recuperação.

Segundo Galli (1996), em algumas situações, a valoração do dano, utilizando o valor de exploração ou recuperação, torna-se difícil ou praticamente impossível. Como exemplo, o dano causado pela morte de um animal cuja espécie esteja ameaçada de extinção, ou o caso de lesão ao patrimônio público tombado. Nesses casos, ainda existem lacunas.

Os critérios de qualificação dos agravos são, posteriormente, analisados de acordo com os seguintes aspectos: a) ar; b) água; c) solo e subsolo; d) fauna; e) flora; f) paisagem.

As ocorrências que afetam a qualidade do ar, da água, do solo e subsolo, da fauna e da flora também devem levar em consideração os requisitos legais de cada área, como, por exemplo, portarias do IBAMA e resoluções do CONAMA.

3 MÉTODOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DE AVALIAÇÃO DE DANOS

a) **Mudança de Produtividade:** Essa técnica procura determinar as mudanças na produtividade ocasionadas pelas alterações na utilização do bem ou serviço. Para estimar os custos dessas mudanças, utilizam-se os preços praticados no mercado, com e sem o contexto da utilização desses bens e serviços. A técnica baseada na mudança de produtividade é uma extensão da análise tradicional de custo-benefício. A mudança de produtividade causada pelo projeto – ou contaminação – deve ser considerada dentro e fora da área em análise. As mudanças de produtividade também devem ser avaliadas não apenas na situação atual, mas também ao longo do tempo (KASKANTZIS NETO, 2005).

b) **Despesas Preventivas:** Essa técnica leva em consideração as despesas que os agentes econômicos realizam de forma voluntária com a finalidade de evitar ou minimizar os danos ambientais. A realização dessas despesas preventivas indicam que os benefícios gerados são maiores às despesas ocorridas. A utilização desta técnica dá-se nos casos em que a avaliação dos impactos ambientais não pode ser realizada por meio de outras técnicas, mas existem informações sobre as despesas com prevenção (KASKANTZIS NETO, 2005).

c) **Valor da Propriedade:** Essa técnica pode ser utilizada quando se deseja avaliar monetariamente a qualidade ambiental de determinada área, ou seja, quando se deseja mensurar os preços implícitos relativos às características ambientais da

propriedade. Para tanto, assume-se que o valor de uma propriedade (geralmente imóveis) é função do tamanho, do material de construção, acessibilidade, localização, entre outros atributos, bem como a qualidade ambiental da região onde ela está inserida (KASKANTZIS NETO, 2005).

Para se obter uma estimativa do valor da qualidade ambiental da área, compara-se os preços de propriedade em locais similares, sendo um com boa qualidade ambiental e o outro não. O valor da diferença dos imóveis é considerado como sendo o valor da qualidade ambiental. As limitações desta abordagem são: a) assume-se um mercado imobiliário competitivo; b) demanda um número bastante elevado de informações e; c) requer duas áreas com diferenças ambientais significantes.

4 CONCLUSÃO

Os conceitos e diretrizes estabelecidos pela Política Nacional do Meio Ambiente regulamenta o licenciamento ambiental aos empreendimentos com atividades potencialmente poluidoras. Porém, a metodologia para a valoração dos danos ambientais causados por estas atividades, não são estabelecidas pelas legislações ambientais brasileira. Com isso, insere-se o estudo das técnicas abordadas pela doutrina, para auxiliar a avaliação e a valoração dos danos gerados, bem como a identificação dos aspectos ambientais e relevância do impacto, contribuindo, dessa forma, para a preservação do meio ambiente, previsão e mitigação dos danos causados.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT- Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR ISO 14.001** - Sistemas de Gestão Ambiental - Especificação e Diretrizes para Uso. Rio de Janeiro, ABNT, 2004.

AGRA FILHO, Severino Soares. **Os estudos de impactos ambientais no Brasil: uma análise de sua efetividade**. (Rio de Janeiro) 1991, vii, 162p. (COPPE/UFRJ. MSc. Engenharia Nuclear e Planejamento Estratégico) Dissertação – Universidade Federal do Rio de Janeiro, COPPE.

ARAÚJO, S. M. V. G. **Licenciamento Ambiental e Legislação**. Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa da Área XI – Meio Ambiente e Direito Ambiental, Organização Territorial, Desenvolvimento Urbano e Regional: Brasília, setembro de 2002. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br>. Acesso: 30 jul.2020.

BACCI, D. de La C; LANDIM, P. M. B; ESTON, S. M. **Aspectos e impactos ambientais de pedreira em área urbana**. Ver. Esc. Minas, v. 59, n. 1, Ouro Preto, 2006.

BARBOSA, E. de A. **A avaliação de impacto ambiental como instrumento paradigmático da sustentabilidade ambiental no direito brasileiro.** Dissertação Mestrado em Direito Econômico e Social. PUCPR. Curitiba, 2006.

BOFF, Leonardo. Desenvolvimento e sustentabilidade em contradição. In: BONALUME, Wilson Luiz. **Desenvolvimento insustentável:** imprecisão e ambiguidade nas ciências ambientais. Machado: Wilson Luiz Bonalume – edição do autor, 2006.

BOLEA, M. T. E.; Evaluacion Del Impacto Ambiental. Madrid, 1984, MAPFRE.

BRASIL. **Decreto Lei n. 1413, de 14 de agosto de 1975.** Dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1413.htm. Acesso em: 30 jul.2020.

BRASIL. **Decreto no 99.274, de 6 de junho de 1990.** Regulamenta a Lei no 6.938/81, que dispõe respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional de Meio Ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99274.htm. Acesso em: 30 jul.2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 140/2011.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm Acesso em: 30 jul.2020.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 30 jul.2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal. **Lei n. 9.433:** Política Nacional de Recursos Hídricos. Brasília: Secretaria de Recursos Hídricos, 1997. 72p.

BRASIL. Política Nacional de Educação Ambiental, **Lei 9795.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 abr. 1999. Disponível em: Acesso em: 30 jul.2020.

BURSZTYN, Maria Augusta Almeida. **Gestão ambiental:** instrumentos e práticas. Brasília: Ibama, 1994.

CAVALCANTE, L. G; LEITE, A. De O. S. **Aplicação da matriz de Leopold como ferramenta de avaliação dos aspectos e impactos ambientais em uma fábrica de botijões**. Ver. Tecnol., v. 37, n. 1, p. 111-124, Fortaleza, 2016.

CAVALCANTI, Clóvis. Políticas de governo para o desenvolvimento sustentável. In: (Org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. 4.ed. São Paulo: Cortes, 2002. p.21-40.

CHANG, Man Yu. Cornucopianos: Los Ultra Neoliberais. In: PIERRI, Naína; FOLADORI, Guilherme (Org.). **?Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el Desarrollo Sustentable**. Montevidéo: Trabajo y Capital, 2001.

CMMAD - Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DRYZEK, John S. **The Politics of the Earth: Environmental Discourses**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

FOLADORI, Guilherme. Una Tipologia del Pensamiento Ambientalista. In: PIERRI, Naína; FOLADORI, Guilherme (Org.). **?Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el Desarrollo Sustentable**. Montevidéo: Trabajo y Capital, 2001. p.81-128.

GALLI, F. L. **Valoração de Danos Ambientais** – Subsídio para Ação Civil. Série Divulgação e Informação, 193, Companhia Energética de São Paulo, CESP, São Paulo, 1996.

GOMES, L.F.A.M. **Tomada de Decisão Gerencial: Enfoque Multicritério**, 2. ed. São Paulo: Atlas. 2006.

GOODLAND, Robert. Sustentabilidade ambiental: comer melhor e matar menos. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. 4.ed. São Paulo: Cortes, 2002.

HERRERO, Luis M. Jiménez. **Desarrollo Sostenible: Transación hacia la coevolución global**. Madrid: Pirámide, 2000.

KLING, A. S. M. **Aplicação do método Battelle na avaliação do impacto ambiental na bacia hidrográfi ca do rio Piabanha**. Dissertação Mestrado em Ciências da Saúde Pública. Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Rio de Janeiro, 2005.

LA ROVERE, E. L. **Metodologia de avaliação de impacto ambiental. Documento final, "Instrumentos de planejamento e gestão ambiental para a Amazônia, Pantanal e Cerrado - demandas e propostas"**. Brasília: IBAMA, 2001. (mimeo).

Disponível em:
<http://www.fag.edu.br/professores/praraujo/EAIA/metodologia%20de%20AIA.pdf>.
Acesso em: 30 jul.2020.

LOMBORG, Bjorn. **O ambientalista cético**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

MACHADO, P. A. L. M. **Direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, J.C.C.B.S.D, et. al. **Conceitos Básicos do Apoio Multicritério à Decisão e sua Aplicação no Projeto Aerodesign**. Engevista, v.5, n.8, p.22-35. 2003.

MONOSOWSKI, E. Avaliação de impacto ambiental na perspectiva do desenvolvimento sustentável. In: SANCHES, Enrique (Coord.). **Avaliação de do impacto ambiental: situação atual e perspectivas**. São Paulo: EPUSP, 1993. p.03-10.

MOREIRA, Iara Verocai Dias. Origens e síntese dos principais métodos de avaliação de impacto ambiental (AIA). In: IAP e GTZ. **Manual de avaliação de impactos ambientais**. Curitiba, 1999. 3100-35p.

NASCIMENTO, T. de S. **Avaliação de impacto ambiental como instrumento de gestão de usinas hidrelétricas na Amazônia**. Dissertação Mestrado em Engenharia Ambiental. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

ODUM, E.P. **Ecologia**. Rio de Janeiro, Editora Guanabara Koogan, 1ª, 2012.

PIERRI ESTADES, Naína. **Análisis Crítico del Instrumento de Evaluación de Impacto Ambiental y su Aplicación en Uruguay**. Curitiba, 2002. Dissertação (Mestrado) - UFPR.

PIERRI, Naína. El proceso histórico e teórico que conduce a la propuesta del desarrollo sustentable. In: PIERRI, Naína; FOLADORI, Guilherme (Org.). **?Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el Desarrollo Sustentable**. Montevideú: Trabajo y Capital, 2001. p.27-80.

ROMANÓ, E. N. L. **Avaliação Monetária do Meio Ambiente**. Cad. Min. Público Paraná, v.2, n.5, p. 143 – 147, jun. 1999.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. Evaluación de Impacto Ambiental. In: UNESCO. **Notas de Clases Dictadas en el II Curso Internacional de Aspectos Geológicos de Protección Ambiental**. Montevideo: Oficina Regional de Ciencia de la UNESCO para América Latina y el Caribe, 2002. p.36-68.

SANCHEZ, Luiz Enrique. **Avaliação de Impacto ambiental: conceitos e métodos**. São Paulo: Oficina de texto, 2008.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

ZAMBON, et. al. **Análise de decisão multicritério na localização de usinas termoelétricas utilizando SIG**. Pesquisa Operacional, v. 25, n. 2, Rio de Janeiro. 2005.

TELETRABALHO – UMA VISÃO POSITIVA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE GOIÂNIA- GO.

CARITAS ROQUE RIBEIRO: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA; Graduada em Tecnólogo em Sensoriamento Remoto pelo Instituto Federal de Goiás - IFG; MBA Executivo em Gestão Pública pelo Instituto Prominas; Mestrado em Planejamento e Desenvolvimento Territorial - PUC-GOIÁS. Assistente Administrativo da Secretaria Municipal de Planejamento Urbano e Habitação – SEPLANH, da Prefeitura de Goiânia.

RESUMO: A proposta do artigo é apresentar os impactos positivos da implementação do Teletrabalho na Prefeitura de Goiânia. Esse trabalho tem como objetivo mostrar que o teletrabalho pode trazer mais eficiência, eficácia, economicidade e transparência para a Administração e qualidade de vida para os servidores públicos. A base técnica e conceitual para a realização deste trabalho sustenta-se em estudos de livros, artigos e legislações. O objetivo específico é a realização do estudo de caso, no qual serão levantados dados de número de processos de entrada e de saída da Gerência do Uso de Solo, da Secretaria Municipal de Planejamento Urbano e Habitação – SEPLANH. Com base nesses dados, será analisado se a implementação do Teletrabalho trará produtividade, economicidade, maior eficiência e eficácia, além disso, mais benefícios para o governo, para a sociedade e para os servidores públicos.

Palavras-chave: Teletrabalho, Direito Administrativo, Administração Pública Gerencial, Eficiência e Qualidade de Vida.

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Administração e Administração Pública; 3. Marco Legislativo; 4. Evolução do COVID-19 no município de Goiânia; 5. Estudo de Caso; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo busca identificar os possíveis impactos positivos da implementação do teletrabalho na Prefeitura de Goiânia. O ponto principal da análise será a Secretaria Municipal de Planejamento Urbano e Habitação - SEPLANH, por meio de levantamento de dados da Gerência de Informação do Uso do Solo.

O estudo de caso será mensurar o número de processos que entram e que saem da Gerência de Informação do Uso do Solo, da SEPLANH. Por meio dessa informação, o artigo pretende mostrar que com a implementação do teletrabalho é possível aumentar a produtividade, melhorar a eficiência dos serviços prestados ao cidadão, reduzir os gastos públicos e gerar impactos positivos para a administração pública.

2. Administração e Administração Pública

Administração, segundo Chiavenato (2014, p. 4), é fazer as coisas acontecerem, por meio das pessoas, com o propósito de alcançar os objetivos, conduzindo a organização ao sucesso. Em suma, é gerenciar pessoas e recursos para alcançar objetivos e metas.

No entanto, na administração, para atingir os objetivos, faz-se necessário o uso de um sistema de controle eficaz, para monitorar as atividades de forma a assegurar que elas estão sendo realizadas conforme o planejamento. Para isso, é preciso analisar três fatores: a eficiência, a eficácia e a efetividade.

O primeiro, a eficiência, é fazer uma tarefa bem feita, com o uso dos recursos da melhor maneira possível, ela está relacionada ao modo, ao meio de se fazer. Já o segundo fator, a eficácia, é fazer a coisa certa para atingir os resultados e as metas, está relacionado aos fins. O terceiro, a efetividade, está relacionada ao impacto da ação em mudar a realidade (RENNÓ, 2013, p.243).

Em consonância com Rennó, Chiavenato (1994, p. 70), entende que a eficiência é uma relação de custos e benefícios, voltada para a melhor maneira que as coisas devem ser executadas, com recursos aplicados de modo o mais racional possível. Já a eficácia, para o autor, é medida para se alcançar os resultados.

Na seara da Administração Pública, para Limmer (2020, p. 29) a gestão pública pode ser entendida em dois sentidos. O primeiro é o sentido objetivo que se refere à atividade administrativa, à execução das atividades pelo Poder Público. Já o segundo é o sentido subjetivo que se refere à Administração Pública como sujeito, como um conjunto de órgãos, pessoas e agentes que executam as atividades administrativas.

Ademais, a administração pública, de acordo com Rennó (2013, p. 29), representa o estado executando as políticas e os serviços disponibilizados pelo governo. A administração pública, ao longo da sua história, se dividiu em três fases: patrimonial, burocrática e gerencial.

Consoante Rennó (2013, p. 29), a primeira fase, o patrimonialismo, foi trazida pela família real portuguesa em meados de 1808, acreditava-se que todo o Estado pertencia à família real, pois era usado como uma extensão de suas posses. Como não havia distinção entre a coisa pública e a coisa privada, os cargos públicos eram usados como moeda de troca de favores à realeza, ocorrendo o nepotismo e a corrupção.

A segunda fase é a burocrática, Rennó (2013, p. 29) destaca que o termo burocracia vem do francês "bureau", que significa escritório, e "kratia", que se relaciona a poder ou regra. Desta forma *"a burocracia seria um modelo em que o "escritório" ou os servidores de carreira seriam os detentores do poder"*.

Rennó ainda complementa que o modelo burocrático teve origem com as ideias de Max Weber, na segunda metade do Século XIX, que tinha como o objetivo uma maior previsibilidade e padronização das atividades exercidas pelos funcionários, com o foco de se obter mais eficiência. Esse modelo chegou ao Brasil durante o governo de Getúlio Vargas, na década de 1930, com o propósito de adequar a administração aos novos desafios que o Estado vinha passando, com o processo de industrialização do país.

As principais características da Burocracia são: o formalismo, a impessoalidade e o profissionalismo. O formalismo consiste em um conjunto de normas e leis, para padronizar o ambiente de trabalho e as comunicações internas e externas da administração. A impessoalidade está relacionada à isonomia de tratamento aos cidadãos, a regra é que todos são iguais perante a lei. O profissionalismo, por sua vez, consiste na organização ser administrada por especialistas, remunerados em dinheiro, com hierarquia funcional e a promoção ocorre por mérito, baseada na qualificação (RENNÓ, 2013, p. 32-33).

Por último, a terceira fase é a gerencial, que é caracterizada por uma maior autonomia na gestões financeira, material e pessoal. A

proposta é uma organização mais flexíveis, menos hierarquizada e com foco nos resultados (adaptados às necessidades do setor público).

No Brasil, a administração gerencial surgiu em 1995, com o Plano Diretor da Reforma do Estado (PDRAE), no governo do Fernando Henrique Cardoso. A criação do PDRAE buscou introduzir uma característica mais moderna, que buscava a eficiência operacional. Uma das principais consequências do PDRAE foi a promulgação da Emenda Constitucional n. 19 de 1998, que incluiu o princípio da eficiência na Constituição Federal de 1988.

Conforme Andrade (2020), o modelo gerencial buscou suprir os pontos fracos tanto do paradigma patrimonial como do burocrático, porém, hoje, as três fases coexistem na administração pública.

É importante destacar que, apesar de os três paradigmas terem surgidos numa sequência cronológica, isso não significa que cada um suplantou o seu antecedente; mas significa sim que cada um dos modelos tentou superar os pontos fracos de seu predecessor e apresentou novos pontos fortes. Atualmente, os três modelos coexistem na administração pública brasileira, com menor ou maior intensidade em cada instituição. (ANDRADE, 2020).

3. Marco Legislativo

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988), no seu artigo 37, trouxe os princípios que norteiam a administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Esses princípios são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade, em suma, significa que os agentes públicos só podem fazer o que a lei autoriza; o particular, por sua vez, pode fazer tudo o que a lei não proíbe. Já o princípio da impessoalidade tem como objetivo a igualdade de tratamento que a administração deve ter com os usuários, além disso, toda a atividade deve ser voltada ao interesse público.

O princípio da moralidade impõe que os agentes públicos devem atender aos preceitos morais, éticos, com base na honestidade e na boa-fé. Carvalho Filho (2018, p. 77) destaca que a imoralidade consiste em atos de improbidade causando prejuízo ao erário, além de ressaltar que, no princípio da moralidade, aplica-se a vedação ao nepotismo e ao nepotismo cruzado.

O princípio da publicidade, por sua vez, define que os atos da Administração devem ser públicos e contar com ampla divulgação entre os usuários, possibilitando, assim, o controle da legitimidade na ação dos agentes públicos. Além disso, o direito do acesso à informação está previsto no artigo 37, § 3º, II da CF/1988, o qual foi resultado da promulgação da Lei de Acesso a Informação, Lei n. 12.527 de 2011.

O princípio da eficiência, por fim, foi inserido pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998, e trouxe uma mudança significativa na CF, pois esse princípio surgiu com o PDRAE (reforma gerencial do estado). O papel do PDRAE era tornar a administração pública mais eficiente, focada nos resultados e buscando, com isso, maior satisfação da sociedade. O princípio da eficiência, em resumo, busca melhorar a qualidade do serviço, com o propósito de maior produtividade e economicidade.

Segundo Meirelles (2016, p. 105), o princípio da eficiência é o mais moderno princípio da função administrativa, já que busca resultados positivos no serviço público e, conseqüentemente, a satisfação no atendimento. Meirelles ainda complementa que a eficiência passou a ser um direito positivado no título da CF/1988 "Direitos e Garantias Fundamentais", no artigo 5º, inciso LXXVIII (incluído pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, que assegura:

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:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

(CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).

Carvalho Filho (2018) detalha que o princípio da eficiência não alcança só os serviços públicos prestados à coletividade, mas também os serviços internos:

Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las. (CARVALHO FILHO, 2018, P. 85).

Carvalho Filho (2018) informa, ainda, que o Estado deve prestar serviços ao cidadão com a maior eficiência possível e, para isso, o Poder Público deve se atualizar com os novos processos tecnológicos, de modo que a execução seja mais proveitosa e com menos dispêndio.

É tanta a necessidade de que a Administração atue com eficiência, curvando-se aos modernos processos tecnológicos e de otimização de suas funções, que a EC no 19/1998 incluiu no art. 37 da CF o *princípio da eficiência* entre os postulados principiológicos que devem guiar os objetivos administrativos [...]. (CARVALHO FILHO, 2018, P.419).

A função do teletrabalho vai ao encontro da ideia de Carvalho Filho, pois o teletrabalho tem o objetivo de, por um lado, buscar a eficiência com o aumento da produtividade, e, por outro, reduzir os gastos públicos. Consequentemente, melhora-se a qualidade de vida dos servidores e, também, dos cidadãos.

O Teletrabalho, na Instrução Normativa nº 65, de 30 de julho de 2020, do Ministério da Economia, é definido assim:

teletrabalho: modalidade de trabalho em que o cumprimento da jornada regular pelo participante pode ser realizado fora das dependências físicas do órgão, em regime de execução parcial ou integral, de forma remota e com a utilização de recursos

tecnológicos, para a execução de atividades que sejam passíveis de controle e que possuam metas, prazos e entregas previamente definidos e, ainda, que não configurem trabalho externo, dispensado do controle de frequência, nos termos desta Instrução Normativa; (INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 65, DE 30 DE JULHO DE 2020)

O Poder Judiciário trouxe inovação com a criação do processo eletrônico, modernizando o trabalho no serviço público e facilitando a implementação do teletrabalho.

Existe vários exemplos de instituições públicas que já aderiram ao trabalho à distância, temos: o Tribunal de Contas da União (TCU), em 2009; a Receita Federal, em 2010; Advocacia Geral da União (AGU), em 2011; o Ministério da Economia, onde o teletrabalho foi regulado pela Instrução Normativa (IN) Nº 1, de 31 de agosto de 2018, do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPOG); além de autarquias como a Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa), na qual o teletrabalho foi implantado por meio da Portaria n. 368 de 20 de maio de 2020.

Na seara privada, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) de 1943, vêm se atualizando à medida que novas atividades laborais têm surgindo, um grande exemplo disso é a inclusão do teletrabalho, por meio da Lei n. 13467 de 2017.

O teletrabalho, consoante a CLT, artigo 75-B, é a prestação de serviço pelo empregado, fora das dependências da empresa, por meio do uso de tecnologias de informação e comunicação.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (INCLUÍDO PELA LEI Nº 13.467, DE 2017, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS DE 1943).

O avanço do teletrabalho, tanto na administração pública como na área privada, tomou força devido à pandemia que o Brasil e vários outros países têm passado nos últimos meses. A COVID-19,

popularmente conhecida “CoronaVírus”, forçou o governo e as empresas a empreenderem medidas para tentar minimizar os efeitos e a disseminação do vírus por meio do isolamento social, buscando medidas para manter a continuidade do serviço público e privado através do teletrabalho ou “home office”. O teletrabalho, para a administração pública, está pautado, principalmente, nos princípios da continuidade e da eficiência.

Segundo dados levantados pelo Ministério da Economia publicado no site: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/balanco-registra-cerca-de-81-mil-servidores-em-trabalho-remoto-e-1-707-casos-confirmados>, em 08 de julho de 2020, em razão da pandemia, o número de servidores públicos em teletrabalho têm aumentado. Atualmente, o Poder Executivo Federal Civil (incluindo as instituições de ensino) conta com 358.726 servidores em trabalho remoto, o que representa 63% do total de servidores.

Esse é um dado importante, pois mostra que o home office de servidores tem proporcionado a continuidade do serviço público e a eficiência, proporcionando, assim, economia nos gastos públicos. Em consonância com as informações apresentadas pelo Ministério da Economia, o jornal Correio Braziliense apresentou uma matéria que descreve a economia que o governo federal está obtendo com o teletrabalho:

https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/07/05/internas_economia,869461/home-office-de-servidores-gera-corte-anual-de-gastos-de-ate-r-500-mil.shtml. Conforme a matéria publicada em 05 de julho de 2020, o governo calcula que teve uma redução de até R\$500 milhões os gastos anuais relacionados a viagens, incluindo diárias, despesas com hospedagens, além das passagens aéreas.

Ademais, além da economia com deslocamento de servidores e com passagens aéreas, o governo ainda reduziu os gastos com locação de imóveis, material de consumo, material de expediente, auxílio transporte e adicionais de periculosidade, conforme aponta a reportagem.

Covid reduz gastos do governo

As medidas de distanciamento reduziram as viagens e ampliaram o teletrabalho na administração pública. E, com isso, reduziram uma série de gastos com custeio. Veja alguns deles:

VIAGENS

75,2% foram a redução dos gastos públicos com deslocamentos e viagens a serviço na pandemia
Foram R\$ 199,6 milhões a menos:

R\$ 265,2 milhões foram o gasto entre março e maio de 2019.

R\$ 65,6 milhões foram o gasto no mesmo período deste ano.

Considerando o Executivo, o Judiciário e o Legislativo, também houve economias de...

Viagens e deslocamentos

R\$ 160,1 milhões em diárias

R\$ 5,2 milhões em hospedagens

R\$ 346,3 milhões em veículos

R\$ 8,4 milhões em transporte de servidores

Benefícios e gratificações

R\$ 34,1 milhões em auxílio-transporte

R\$ 6,1 milhões em auxílio-fardamento

R\$ 22 milhões em adicional de periculosidade

R\$ 21,1 milhões em ajuda de custo

Gastos administrativos

R\$ 40,4 milhões em mobiliário

R\$ 3,4 milhões em condomínios

R\$ 13,9 milhões em locação de imóveis

R\$ 8,5 milhões em material de consumo

R\$ 8,3 milhões em material de expediente



Figura 1: Covid reduz gastos do governo.

Fonte: Secretaria de Gestão do Ministério da Economia e Associação Contas Abertas. Site:

https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/07/05/internas_economia,869461/home-office-de-servidores-gera-corte-anual-de-gastos-de-ate-r-500-mil.shtml. Acesso em: 08 de julho de 2020.

Por fim, consoante Carvalho Filho (2018, p.336), a administração pública deve sempre se pautar pela qualidade e pela celeridade na prestação do serviço (princípio da eficiência, expresso na CF/1988), levando em consideração a economia nos gastos públicos (princípio da economicidade, implícito na CF/1988) e a continuidade dos serviços

públicos, para não causar prejuízos à coletividade (princípio da continuidade do serviço público, implícito na CF/1988).

Não se trata de prestar o serviço em horário integral, e sim de garantir a prestação de acordo com a necessidade da população. (LIMMER, 2020, P.55).

O Poder Público Federal já vinha implementando o teletrabalho em seus órgãos, mas hoje, com a pandemia COVID-19, essa iniciativa está se intensificando.

4. Evolução do COVID-19 no município de Goiânia.

A Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES-GO), no dia 12 de fevereiro, confirmou três casos da COVID-19, de acordo com o Informe Técnico Estadual nº. 1/2020, de 27 de fevereiro de 2020. Devido ao avanço do vírus, em 16 de março, o Governo do Estado suspendeu as aulas presenciais em todos os níveis educacionais no estado, como medida evitar o avanço do coronavírus.

Por meio do Decreto n. 9633, de 13 de março de 2020, posteriormente alterado pelo Decreto n. 9637, de 17 de março, o Governo do Estado decretou situação de emergência na saúde pública de Goiás, determinando o fechamento de todas as atividades não essenciais até o dia 04 de abril. Essa medida foi adotada para minimizar o contágio no novo vírus que circula no país.

Em Goiânia, o Prefeito apoiou a medida do Governo do Estado. Em 18 de março, por meio do Decreto n. 784, a prefeitura definiu o sistema de rodízio entre os servidores público que não se enquadravam no grupo de risco, o objetivo era além de reduzir o risco de contágio, também dar continuidade ao serviço público. Assim, a prefeitura, valendo-se dos princípios da continuidade e da eficiência, evitou supostos prejuízos ao usuário. Além disso foi admitido o teletrabalho para alguns servidores.



Figura 2: Novas medidas preventivas ao coronavírus.

Fonte: <https://www.facebook.com/prefeitura.goiania/>

O primeiro óbito pelo vírus registrado na capital de Goiás, pela Secretaria Municipal de Saúde (SMS), ocorreu em 03 de abril e, a partir desse momento, a prefeitura passou a publicar boletins informativos diários sobre a evolução do COVID-19 no município.



Figura 3: Informe epidemiológico de Goiânia.

Fonte: <https://www.facebook.com/prefeitura.goiania/>

Ao analisar os dados publicados pela Prefeitura de Goiânia, entre o dia 03 de abril (primeiro óbito) e 15 de julho, é possível observar a evolução do número de casos confirmados, das internações, e, principalmente, um número elevado de óbitos.

Na tentativa de estimular a economia do município, a Prefeitura publicou o Decreto n. 1.050, em 18 de maio, que autoriza a retomada de algumas atividades econômicas no município, através de escalonamento de abertura das atividades, para evitar aglomeração em pontos de ônibus, terminais e dentro do transporte coletivo. A proposta foi de tentar minimizar os riscos de contágio. Além disso, foi definida a obrigatoriedade do uso de máscara em todos os locais públicos e privados (ônibus, ruas, comércios, supermercados e outros).

A partir da abertura das atividades econômicas na cidade, devido ao decreto, houve um aumento significativo de pessoas nas ruas. Em consequência disso, conforme a figura abaixo, é possível observar a ascensão do número de pessoas contaminadas pelo COVID-19, do dia 18 de maio (dia da publicação do decreto n.º 1.050/2020) até o dia 30 de julho, o número de óbitos e casos confirmados aumentaram 15 vezes.

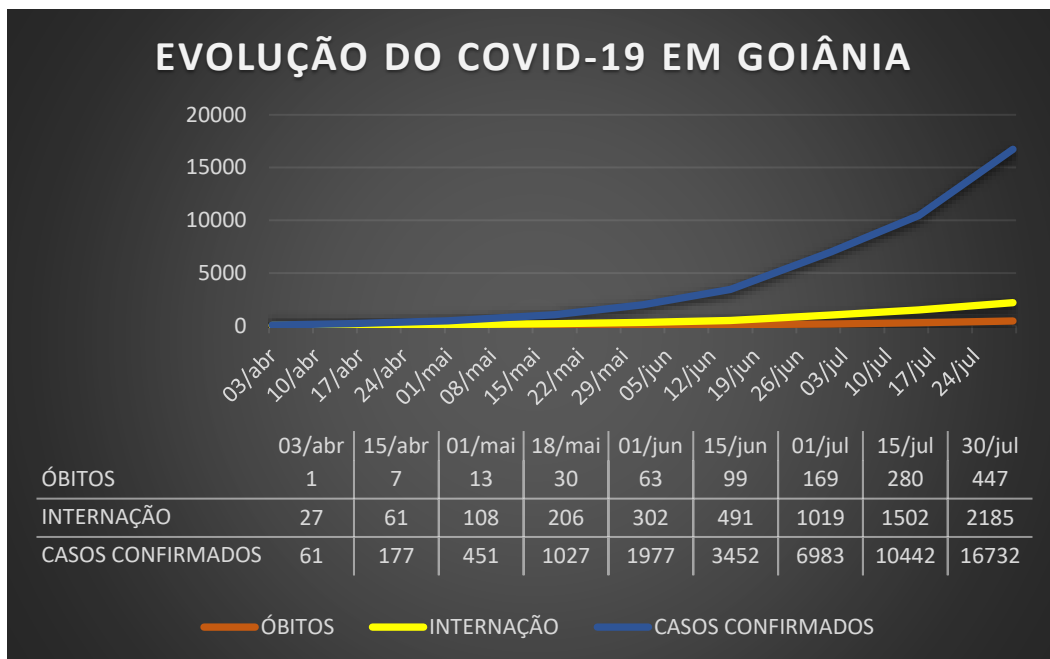


Figura 4: Evolução do COVID-19 em Goiânia (elaborado pelo autor).

Fonte: <https://www.facebook.com/prefeitura.goiania/>.

Em 13 de junho, através do Decreto n. 1.313, a Prefeitura de Goiânia estabeleceu normas de retorno às atividades econômicas e não econômicas, dentre as quais se incluem: escritórios, galerias, camelódromos, centros comerciais, barbearia, salão de beleza, shopping centers, bares, restaurantes e similares. Na data do Decreto n. 1.313, a cidade de Goiânia já contava com 9.810 casos confirmados, 1.410 internações e 272 óbitos.

5. Estudo de Caso

A Prefeitura de Goiânia, em 2015, aprovou a Lei Complementar n°. 276, de 03 de junho de 2015, que dispõe sobre a organização do Poder Executivo Municipal, estabelecendo um novo modelo de gestão, voltada ao resultado. Consoante o artigo 3°, da referida lei, o modelo de gestão da Administração Pública Municipal deve introduzir novas práticas gerenciais e flexibilização, baseado na gestão por projetos, em busca de resultados.

Art. 3° O modelo de gestão da Administração Pública Municipal a ser implantado, a partir desta Lei, deverá ser assentado na introdução de novas práticas gerenciais e na flexibilização, nela prevista, elegendo a gestão por projetos, baseada em resultados, como a matriz de governo, com o objetivo de associar sistematicamente as ações dos órgãos e entidades públicas ao cumprimento de metas e resultados.

§ 1° A definição de objetivos e metas, a criação de indicadores e o alcance de resultados devem:

I valorizar a contribuição de cada órgão ou entidade para a efetividade das ações de interesse público, por meio do seu desempenho;

II envolver os dirigentes e os servidores em um projeto comum de eficiência e eficácia organizacional, atribuindo-lhes o mérito devido pela otimização dos recursos públicos;

III promover o trabalho em equipe e a organização por programas e ações.

§ 2º O modelo de gestão está ancorado, ainda, na estratégia de aproximar o governo da sociedade organizada e do cidadão por meio de Conselhos de Desenvolvimento Regionais e de Representações Setoriais, ambos de natureza consultiva, cujas competências e atribuições serão estabelecidas em Regulamento. (LEI COMPLEMENTAR Nº 276, DE 03 DE JUNHO DE 2015).

A lei que organizou a Administração Municipal prevê, consoante o artigo 3º acima, um modelo de gestão com objetivos e metas, criando indicadores para alcançar resultados desejados. Para tanto, conceituaram o contrato de resultado, que é um instrumento em que o Poder Público estabelece metas, aplicadas nas políticas públicas, visando a produção de resultados satisfatórios para a sociedade (artigo 5º, da Lei Complementar nº. 276, de 2015). A referida lei segue o princípio da Eficiência, previsto no artigo 37 da Constituição Federal.

A partir da reestruturação da Administração Pública Municipal, a Secretária Municipal de Planejamento Urbano e Habitação (SEPLANH) elaborou um novo regimento interno, o qual definiu um novo organograma da secretaria. A Gerência de Informação do Uso do Solo está diretamente ligada à Diretoria de Ordenamento Urbano, de acordo com o artigo 5º, Decreto n. 2869 de 2015 (regimento interno da SEPLANH).

DA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

Art. 5º Integram a estrutura organizacional e administrativa da Secretaria Municipal de Planejamento Urbano e Habitação, as seguintes unidades:

[...]

5.1 Diretoria de Ordenamento Urbano 5.1.1. Gerência de Documentação, Cartografia e Topografia (Redação conferida pelo art. 12 da Lei complementar nº 293, de 30 de junho de 2016.) 5.1.2. Gerência de Informação

do Uso do Solo (DECRETO Nº 2869, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2015)

A Gerência de Informação do Uso do Solo, dentre outras funções, tem o objetivo de analisar os processos que versam sobre o uso e ocupação do solo urbano e rural. Esses processos são diretrizes das políticas de uso e ocupação do solo tanto em relação à habitação como também em relação às atividades econômicas, como comércio, serviço e indústria.

Como funciona a emissão dos processos? O contribuinte (pessoa física ou jurídica) abre o processo pela internet, no site da Prefeitura de Goiânia, solicitando aprovação de projeto (habitação) ou atividade econômica (comércio, serviço, indústria ou agronegócio). Os processos são encaminhados, virtualmente, para o sistema intranet e os técnicos analisam e publicam os processos, também virtualmente, na internet.

Atualmente, a Gerência de Informação do Uso do Solo conta com 6 técnicos (estatutários) e um gerente (livre nomeação e exoneração). Dos 6 técnicos, 5 trabalham 8h (oito horas) por dia e um, trabalha 6 horas por dia. O gerente também labora 8 horas por dia. Os técnicos que trabalham 8h (oito horas) recebem uma gratificação chamada de UPV (Unidade Padrão de Vencimento é o valor básico utilizado como referência para a fixação do vencimento de cada cargo), para aumentar a produtividade, o que resulta no aumento de número de processos publicados.

No dia 14 de julho de 2020, foi realizada entrevista com o Diretor de Ordenamento Urbano, da SEPLANH. Na entrevista foi perguntado como os técnicos estão trabalhando nesse período de pandemia COVID-19. O diretor informou que 4 técnicos estão em sistema de rodízio: trabalham na secretaria (presencialmente) 3 vezes na semana e 2 vezes em home office (à distância). Apenas 2 técnicos e o gerente do departamento estão de modo constante: trabalham todos os dias no local. O Diretor entrevistado acrescentou que o sistema de rodízio ocorre, pois a Gerência de Informação de Uso do Solo possui atendimento ao público, que é realizado via telefone da prefeitura e presencial.

Foi perguntado também é qual o tempo médio que técnicos gastam de deslocamento entre casa/trabalho. Os 2 técnicos que estão

trabalhando continuamente e o diretor informaram que gastam em média de 20 a 30 minutos para cada deslocamento, considerando que almoçam em casa, eles gastam em média 2 (duas) horas por dia para deslocamento casa/trabalho.

Na entrevista, foi perguntado ao diretor se ele acredita que com a implementação do Teletrabalho os técnicos teriam maior produtividade e melhor qualidade de vida. Ele informou que sim, pois haveria a retirada do tempo gasto no deslocamento casa/trabalho e a otimização do tempo dispendido no atendimento ao público. Assim, os técnicos podem utilizar esse período para produzir mais, pois poderão se autogerenciar e aproveitar melhor o tempo com a família.

O diretor acrescentou, ainda, que a sua maior preocupação está nos processos que precisam de análises mais detalhadas, de informações de outros processos que estejam arquivados ou em outros departamentos (pois os processos são físicos), e quando os técnicos precisarem tirar dúvidas. Porém, com o teletrabalho é possível ter reuniões por videoconferência, otimizando o tempo no trabalho, e sempre que for necessário, os técnicos podem trabalhar no local de trabalho.

Na entrevista, foi perguntado ao diretor quantos processos que entram e quantos processos que saem mensalmente da Gerência de Informação do Uso do Solo. O diretor informou que são abertos em média 2.500 processos por mês e, consoante os relatórios elaborados pelos técnicos sobre produtividade, a gerência consegue responder em média de 1.700 processos por mês.

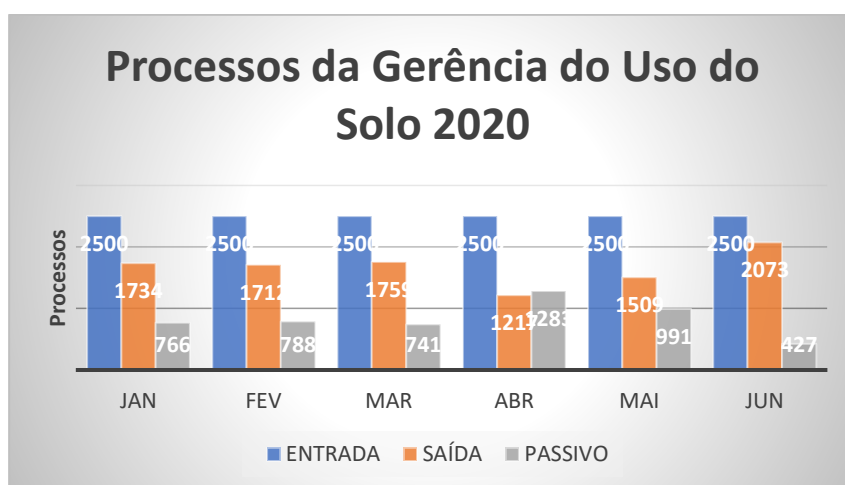


Figura 05: Levantamento de processos na Gerência de Informação do Uso do Solo (Elaborado pelo autor).

Fonte: Relatório mensal de produtividade dos técnicos.

Ao analisar os dados disponibilizados pela Gerência de Informação do Uso do Solo, é possível observar que, entre os meses de janeiro a março, o número de processos respondidos manteve uma média de 1700 processos, lembrando que nesse período os técnicos estavam no local de trabalho, a Prefeitura de Goiânia.

De março a abril, com o avanço do COVID-19, foram publicados os decretos de isolamento social, foi definido o sistema de rodízio e foi implementado o teletrabalho de servidores na prefeitura. Neste período é possível perceber uma queda na produção, chegando a 1.200 processos publicados no mês de abril.

Após os técnicos se adequarem ao home office e ao rodízio, é nítido perceber o crescimento dos processos respondidos, chegando, no mês de junho, a mais de 2.000 processos publicados.

Acredita-se que esse incremento foi devido ao tempo economizado de deslocamento casa/trabalho, à redução do tempo com atendimento, além do tempo presencial de interação no local de trabalho, à motivação e ao autogerenciamento do tempo gasto para responder cada processo e, principalmente, a melhora na qualidade de vida.



Figura 6: Informe Home Office produtivo.

Fonte: <https://www.facebook.com/prefeitura.goiania/>

Observa-se que ao longo do período analisado (de janeiro a junho) ocorreu um passivo (número de processos que entraram menos o número de processos que saíram) de 4996 processos.

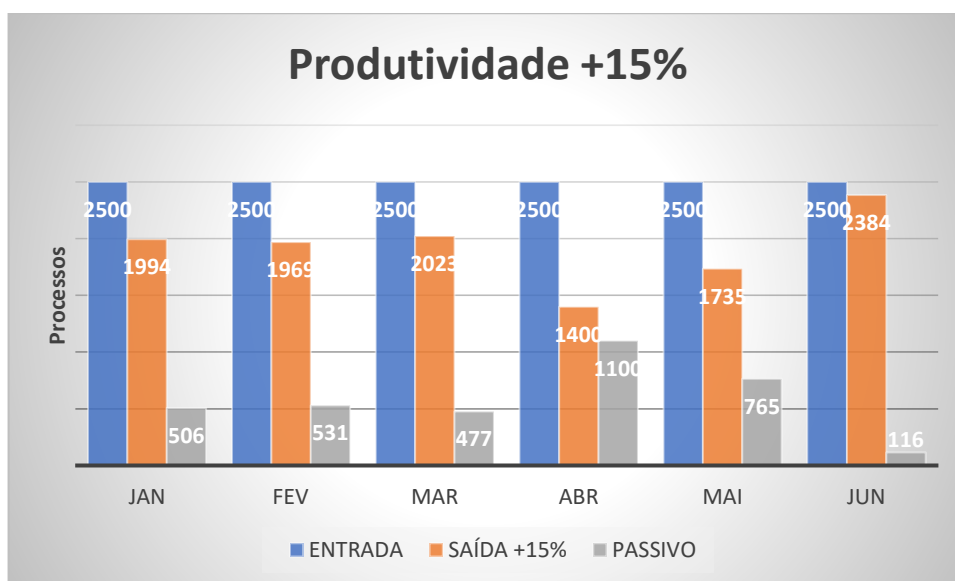


Figura 07: Aumento da produtividade em 15%.

Fonte: Elaborado pelo autor.

Conforme a figura acima, se o teletrabalho fosse implementado na Gerência de Informação do Uso do Solo e houvesse um aumento da produtividade de 15%, teríamos um aumento expressivo dos processos publicados e uma redução considerável do número de processos passivos.

A informatização dos processos e a implementação do teletrabalho trará aumento na produtividade, economicidade, maior eficiência e eficácia; além de mais benefícios para o governo, para a sociedade e para os servidores públicos.

6. Conclusão

A Lei Complementar n.º. 276, de 2015, que organizou a Administração do Poder Executivo Municipal, estabeleceu um modelo de gestão e trouxe no seu artigo 6º, inciso III, objetivos e metas

necessárias para produção de resultados organizacionais satisfatórios. Esses objetivos e metas podem ser facilmente alcançados com a implementação do teletrabalho.

Um dos tópicos que consta no inciso III, do artigo 6º, é a desburocratização, a redução do prazo de atendimento no serviço público municipal e o aumento da satisfação do usuário do serviço público. Com a implementação do teletrabalho, os processos serão mensurados e as metas de produtividade serão definidas. Assim, haverá redução do tempo de espera de resposta pelo usuário, melhorando a eficiência e a eficácia, e gerando impactos positivos para a Prefeitura de Goiânia.

Outros tópicos tratados no artigo 6º, III, são a redução dos gastos públicos, o combate ao desperdício, a melhoria (qualidade, eficiência, eficácia e efetividade) dos gastos públicos e dos serviços prestados à sociedade. Com a implementação do teletrabalho serão reduzidos os gastos com material de expediente, pois os processos não serão mais impressos para serem analisados, otimizando o tempo de resposta. Além disso haverá a redução de gastos com energia, telefone, água e equipamentos de informática, pois os servidores não estarão mais nas dependências do órgão ou instituição. Ademais, as reuniões poderão ocorrer por videoconferência, economizando tempo de deslocamento até o local da reunião.

A lei relata, também, o estímulo e a valorização dos servidores públicos colaboradores na produção dos resultados pretendidos, com a concessão de Gratificação por Desempenho Institucional (GDI), a título de prêmio pelo cumprimento das metas pactuadas na forma do Regulamento. Com a implementação do teletrabalho pode-se definir metas de aumento da produtividade, e, através de gratificações, os técnicos estarão mais estimulados a produzir cada vez mais.

Por fim, nesse período de pandemia COVID-19, com o teletrabalho foi possível manter a continuidade do serviço público, obter a economia nos gastos públicos e a eficiência com o aumentando da produtividade, além de reduzir o risco de contágio dos servidores públicos, familiares e usuários, contribuindo para a saúde pública.

7. Referências Bibliográficas

ANDRADE, Paulo Augusto de Freitas Andrade. **Os impactos positivos da possível implementação do teletrabalho na Suframa**. Disponível em:

<<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/implementacao-do-teletrabalho>>. Acesso em 06 de julho de 2020.

BARBOSA, Marina. **CORREIO BRAZILIENSE: Home office de servidores gera corte anual de gastos de até R\$500 milhões**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/07/05/internas_economia,869461/home-office-de-servidores-gera-corte-anual-de-gastos-de-ate-r-500-mil.shtml>. Acesso em: 06 de julho de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de julho de 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei n. 5.452 de 01 de maio de 1943, e atualizações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 07 de julho de 2020.

BRASIL. **Instrução Normativa Nº 1, de 31 de agosto de 2018**. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, Publicado em: 03/09/2018, edição: 170, Seção: 1, Página:9. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/39382838/do1-2018-09-03-instrucao-normativa-n-1-de-31-de-agosto-de-2018-39382704>. Acesso em: 08 de julho de 2020.

BRASIL. **Instrução Normativa Nº 65, de 30 de julho de 2020**. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, Publicado em: 31/07/2020, Edição: 146, Seção: 1, Página: 21. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-65-de-30-de-julho-de-2020-269669395>>. Acesso em: 31 de julho de 2020.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes->

[oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf](#)>. Acesso em: 09 de julho de 2020.

BRASIL, Portaria N°. 368, de 20 de maio de 2020. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, Publicado em: 22/05/2020. Edição 97, Seção: 1, Página: 118. Disponível em: < <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-368-de-20-de-maio-de-2020-258045845>>. Acesso em 08 de julho de 2020.

CARMALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32 ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2018. Livro Digital.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração nos novos tempos: os novos horizontes em administração**. 3°ed. Barueri: Manole, 2014.

CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistema**. 3° ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GOIÂNIA. **Lei Complementar nº 276, de 03 de junho de 2015**. Disponível em: https://www.goiania.go.gov.br/html/gabinete_civil/sileg/dados/legis/2015/lc_20150603_000000276.html. Acesso em 14 de julho de 2020.

GOIÂNIA. **Decreto nº 2869, de 26 de novembro de 2015**. Disponível em: http://www.goiania.go.gov.br/html/gabinete_civil/sileg/dados/legis/2015/dc_20151126_000002869.pdf#. Acesso em: 14 de julho de 2020.

GOIÂNIA, **Decreto nº. 1313, de 13 de junho de 2020**. Disponível em: <<https://www.goiania.go.gov.br/wp-uploads/2020/07/Publica%C3%A7%C3%A3o-Dec.-1.313-2020.pdf>>. Acesso em 17 de julho de 2020.

GOIÁS. **Informe Técnico Estadual nº. 1/2020 de 27 de fevereiro de 2020**. Disponível em: <[https://www.saude.go.gov.br/files/banner_coronavirus/INFORME_N_COV_28_02_2020\(2\)\(1\).pdf](https://www.saude.go.gov.br/files/banner_coronavirus/INFORME_N_COV_28_02_2020(2)(1).pdf)>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

GOIÁS. **Atualização dos casos de doença pelo coronavírus (COVID-19) em Goiás**. Disponível em: <<https://www.saude.go.gov.br/component/content/article/34->

[page/10592-atualizacao-dos-casos-de-doenca-pelo-coronavirus-covid-19-em-goias?Itemid=101](https://www.conteudojuridico.com.br/page/10592-atualizacao-dos-casos-de-doenca-pelo-coronavirus-covid-19-em-goias?Itemid=101)>. Acesso em 16 de julho de 2020.

LIMMER, Flávia. **Direito Administrativo**. 1ªed. Brasília: CP Iuris, 2020. Livro Digital.

MEIRELLES, Hely Lopes. BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed., atualizado até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Balanco registra cerca de 81 mil servidores em trabalho remoto e 1707 casos conformados**. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/balanco-registra-cerca-de-81-mil-servidores-em-trabalho-remoto-e-1-707-casos-confirmados>>. Acesso em 08 de julho de 2020.

RENNÓ, Rodrigo. **Administração geral para concursos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. Livro Digital.

SILVA, Aimée Mastella Sampaio da. **Aplicação do Teletrabalho no serviço Público Brasileiro**. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/aplica%C3%A7%C3%A3o-do-teletrabalho-no-servi%C3%A7o-p%C3%BAblico-brasileiro>>. Acesso em 08 de julho de 2020.

O ESTUPRO COMO VIOLÊNCIA PRESUMIDA

ISADORA RIBEIRO PEDROSO:

graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus –
CEULM – Manaus, AM.

RUBENS ALVES DA SILVA^[1]

(orientador)

RESUMO: Nas últimas duas décadas, as mulheres se organizaram contra a violência quase rotineira que molda suas vidas. Desta movimento nasceram duas leis de muita no combate a violência contra a mulher: a Lei Maria da Penha de 2006 e a Lei do Femicídio de 2015. Partindo da força da experiência compartilhada, as mulheres reconheceram que as demandas políticas de milhões de pessoas falam mais poderosamente do que os pedidos de algumas vozes isoladas, principalmente para combater o crime de estupro, ainda muito enraizado na sociedade. Desta forma este artigo tem por objetivo geral escopo de discutir – sem a pretensão de esgotar – a questão do estupro, em especial a violência empregada pelo agente (sujeito ativo) contra sua vítima (sujeito passivo) no âmbito da literatura. Neste sentido, este estudo baliza-se por uma ótica diversa encontrada na bibliografia corrente do que trata do tema. Está em nível prático teórico e tem como pressuposto o crime de estupro como violência presumida. Diante do exposto, deve-se compreender que o estupro, embora limitado em número e escopo, ajudam a entender o papel da agressão humanista em ofender, bem como as atitudes sociais e individuais das vítimas. Dada a seriedade do estupro e seu impacto devastador sobre as vítimas, é imperativo reconhecer essas teorias tanto para fins acadêmicos quanto para aplicações práticas.

Palavras-Chave: Crimes contra os costumes. Violência; Estupro.

ABSTRACT: In the past two decades, women have organized themselves against the almost routine violence that shapes their lives. From this movement, two laws were born out of many to combat violence against women: the Maria da Penha Law of 2006 and the Femicide Law of 2015. Based on the strength of the shared experience, women recognized that the political demands of millions of people speak more powerfully than the requests of some isolated voices, mainly to combat the crime of rape, still very much ingrained in society. However, this article has the general objective of discussing - without pretending to exhaust - the issue of rape, especially the violence used by the agent (active subject) against his victim (passive subject) in the context of literature. In this sense, this study is based on a different perspective

found in the current bibliography of what the subject is about. It is at a practical theoretical level and presupposes the crime of rape as presumed violence. Given the above, it should be understood that rape, although limited in number and scope, helps to understand the role of humanist aggression in offending, as well as the social and individual attitudes of the victims. Given the seriousness of rape and its devastating impact on victims, it is imperative to recognize these theories for both academic and practical applications.

Keywords: Crimes against customs. Violence; Rape.

INTRODUÇÃO

O estupro tem sido objeto de considerável controvérsia em termos de sua definição e frequência de ocorrência. Tornar as estimativas precisas ainda mais difíceis é o fato de muitas mulheres não saberem que foram estupradas. Quando Mary Koss (1982) apud Pimentel e Pandjarian (2010) desenvolveu a Pesquisa de Experiência Sexual, ela foi capaz de medir até que ponto as mulheres que indicaram que não haviam sido estupradas tinham realmente uma experiência que seria legalmente definida como estupro. Ou seja, eles indicaram que tiveram relações sexuais não consensuais por causa da força ou ameaça de força, mas responderam 'não' à pergunta 'Você já foi estuprada?'

Koss (1982) apud Pimentel e Pandjarian (2010) chamou essas mulheres de 'vítimas de estupro não reconhecidas'. Em uma amostra, Koss (1982) apud Pimentel e Pandjarian (2010) constatou que 12,7% dos entrevistados foram estuprados e 43,0% dessas mulheres eram vítimas não reconhecidas.

As razões pelas quais algumas mulheres reconhecem sua vitimização como estupro, enquanto outras não têm sido ilusórias. Uma explicação pode ser que as vítimas reconhecidas e não reconhecidas tiveram diferentes encontros sexuais ou experiências sexuais, ou diferentes atitudes ou personalidades.

Mas, tem também o estupro reconhecido como tal e esses são de dois tipos: o primeiro é aquele estupro denunciado às autoridades legais e o segundo é aquele em que a vítima não denuncia ou retira a denuncia. E esses são tão preocupantes quanto aqueles em que a vítima não reconhece que foi estuprada. As razões amplamente aceitas para o estupro incluem impulso irresistível, doença mental, álcool ou drogas e precipitação das vítimas.

A principal premissa de impulso irresistível é que os homens cometem estupro devido a seus impulsos incontroláveis, para a gratificação sexual imediata e/ou incapacidade de controlar seus impulsos contra a privação sexual. O problema com

essa suposição é que ele minimiza a responsabilidade legal dos estupradores e atribui as causas do estupro a algo além de seu controle.

Uma vez que a responsabilidade legal dos criminosos seja removida da motivação para violar, as circunstâncias que levaram ao estupro (por exemplo, visualização de material pornográfico) ou às próprias vítimas podem ser responsabilizadas por criar situações nas quais os homens perdem o controle de si mesmos para a gratificação sexual, manifestação de mentalidade/doença ou experiência infantil anormal de estupradores.

O público pode concluir prematuramente que estupradores, particularmente aqueles que exibem padrões repetitivos de ofensa predatória por violadores, devem ser mentalmente perturbados. Além disso, as pessoas podem simplesmente assumir que estupradores estão agindo com a experiência de abuso sexual na infância. Embora essas suposições possam ser justificadas em alguns casos elas também não podem ser aceitas

O álcool ou drogas podem ser usados por violadores para extinguir suas próprias ações ou podem ser usados em vítimas para colocá-los ainda mais em situações vulneráveis.

Desta forma, este artigo discute a questão do estupro, em especial a violência empregada pelo agente (sujeito ativo) contra sua vítima (sujeito passivo) no âmbito da literatura. Neste sentido, este estudo baliza-se por uma ótica diversa encontrada na bibliografia corrente do que trata do tema, além de especificamente analisar o crime de estupro como crime contra os costumes; verifica a questão da violência contra a mulher e, analisa o estupro como violência presumida.

O estudo se justifica pela extrema necessidade de verificar a questão do estupro contra violência presumida como sintoma de uma dinâmica social não estruturada, na qual todos os indivíduos encontram-se envolvidos. Nos âmbitos acadêmico, social, científico e pessoal, o artigo se justifica no fato do conhecimento está em pleno estado de desenvolvimento e aprimoramento na sociedade moderna, e isso implica a possibilidade de se encontrar, na prática, atitudes desvinculadas dos últimos achados científicos. O tema é relevante, recorrente e inovador, causando o necessário interesse pela pesquisa acadêmica, o que justifica este trabalho.

Sua metodologia teve o enfoque qualitativo torna possível lidar com dados que (infelizmente) são inadequados para análises estatísticas, mas hoje em dia muitos pesquisadores consideram um método legítimo para obter informações e entender como os seres humanos funcionam.

Os resultados apontam para o fato de a vitimização por estupro é a atribuição/aceitação de mitos de estupro como forma de explicação para um crime inaceitável e hoje considerado hediondo no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

2 O CRIME CONTRA OS COSTUMES

Os costumes esta sempre em constante evolução e o direito procura acompanhar essa evolução. No último século, o direito procurou acompanhar a evolução natural da sociedade, principalmente com relação aos costumes, o que demonstra que legislações do final do século XIX e início do século XX, e que hoje se modificaram bastante, principalmente em relação ao Direito Penal, sobretudo os crimes sexuais (CAPEZ, 2005).

Assim, o Código Civil de 1916 tratava homens e mulheres de forma bem diferenciada, consubstanciado nos costumes da época, cuja mulheres nem cidadãs eram, já que nem ao voto tinham direito. Os homens eram lhes dado o direito de chefia da casa (art. 233), inclusive cabia ao homem à autorização para que a mulher pudesse exercer uma atividade laboral fora de sua casa, e também ao direito de fixar a residência do casal. Tudo isso por que a mulher era considerada relativamente incapaz (art. 6º, II) (SILVA, 2015).

Ainda, caso a mulher perdesse sua virgindade antes de contrair matrimônio sem o conhecimento do marido, este tinha o direito de pedir a anulação do casamento no prazo de 10 dias a contar do casamento para anular o mesmo, mas se o homem não fosse virgem antes do casamentos à mulher não era dado o mesmo direito (art. 178, § 1º c/c art. 219, IV). Essa prerrogativa legal permaneceu na legislação brasileira até a Lei nº 4.121/1962, que modificou as condições da mulher casada (WOLKMER, 2007).

Mas foi no Direito Penal que ocorreram uma imensa modificação. No Código Criminal de 1890, a capoeira era crime (art. 402, com pena de 2 a 6 meses de prisão) e a vadiagem também era crime como prisão de até 30 dias, além de ser obrigada a assinar um termo de ocupação lícita em 15 dias, sob pena de voltar à cadeia entre 1 e 3 anos (SILVA, 2009).

Com relação aos crimes sexuais, era crime tirar a virgindade de um mulher com penas de 1 a 4 anos de prisão, desde que a mesma fosse menor de idade, utilizando como meio a sedução, engano ou fraude (art. 267). No caso de estupro (art. 268) a pena era maior (6 meses a 2 anos, contra os 1 a 6 anos originais), e ainda se poderia utilizar da regra do art. 276, já mencionado, desde que a mulher fosse 'honestá' (SILVA, 2015).

Em 1940, o presidente Getúlio Vargas outorgou uma nova legislação penal (Código Penal de 1940; Decreto-Lei 2.848), alterando a legislação anterior, principalmente em relação ao crime contra os costumes daquela época. Dessa forma, os crimes de procedência sexual passaram a ser considerados crimes contra os costumes, diferentemente do código anterior que considerava os crimes sexuais como crimes contra a honra e segurança das famílias; mas, longe ainda da conotação atual de crime contra a liberdade sexual da vítima de hoje. Mas a punição pouco mudou, com variação da pena entre 1 e 3 anos de prisão, caso se utilizasse de fraude para conseguir ter relação sexual com uma mulher. Mas manteve a questão da condição de honestidade da mulher sem considerar a proteção penal as mulheres da vida (art. 215) (WOLKMER, 2007).

No caso das virgens a proteção penal se expandiu com o CP de 1940; o art. 207 considerava crime de sedução, com pena de 2 a 4 anos caso o homem seduzisse uma mulher com idade entre 14 e 18 anos, utilizando-se de sua confiança ou inexperiência. Outros crimes também eram considerados como o crime de rapto (art. 219 e ss.), que consistia em raptar mulher honesta, utilizando-se de fraude, violência ou grave ameaça e for com fim libidinoso e dava pena também de 2 a 4 anos (SILVA, 2009).

No geral os crimes contra os costumes tiveram um aumento de pena de cerca de $\frac{1}{4}$ das penas anteriores se o causador fosse casado, já que a sociedade não aceitava de forma alguma que o agente casado atacasse os costumes de um solteiro. Mas caso o agente cassasse com sua vítima não era mais obrigado mais a cumprir a penas (CAPEZ, 2005).

Outro artigo que baila ao absurdo era o art. 229 que se referia a manter um lugar para fins sexuais, como os motéis que dava pena de 2 a 5 anos. Isso só se modificou com o advento da Lei nº 12.015/2009 (WOLKMER, 2007).

A violência contra mulheres no Brasil se manifesta de várias formas e geralmente é realizada em conjunto com uma combinação de outras violações dos direitos humanos e das mulheres, que fazem parte do processo de abuso físico e psicológico que a maioria das mulheres neste país possui (SILVA, 2009).

Os crimes relacionados à dignidade são um tipo de violência que atinge principalmente as mulheres. Esses crimes abrangem uma série de manifestações de violência, desde confinamento ilegal, agressão, queimaduras, estupro até, é claro, a forma mais clássica e extrema, assassinato a sangue frio sob o pretexto de honra - assassinatos de honra (CAPEZ, 2005).

Os crimes cometidos supostamente por honra são tão definidos porque ocorrem em um ambiente social onde o ideal de masculinidade é sustentado por uma noção de honra - de um homem, família ou comunidade - e é fundamentalmente conectado ao policiamento do comportamento feminino e sexualidade. Entende-se que a honra dos membros masculinos da família reside nos corpos das mulheres da família e, para proteger essa honra, os homens visam regular e direcionar a sexualidade e a liberdade das mulheres para exercer qualquer controle sobre suas próprias escolhas/vidas (SILVA, 2015).

Qualquer ação ou transgressão percebida, portanto, por parte das mulheres, para romper com esse ambiente familiar ou desafiar a autoridade dos membros masculinos de sua família, exige uma resposta que não apenas castigue o transgressor, mas, na verdade, também ajude a restaurar a honra perdida e reafirmar a masculinidade dos membros da família do sexo masculino na sociedade ou na comunidade (SILVA, 2009).

Infelizmente, as únicas respostas consideradas adequadas o suficiente para alcançar esse objetivo multiuso são aquelas que reafirmam o domínio físico e social dos membros masculinos sobre os femininos e se manifestam em atos de violência contra as mulheres; confinamento ilegal, casamentos forçados, corte do nariz, queima de ácido, queima de fogão, estupro e assassinato a sangue frio. Para combater isso o Brasil vem evoluindo em sua legislação penal como a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio (SILVA, 2015).

3 VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

As atitudes têm sido uma preocupação central em relação à violência contra as mulheres. As atitudes desempenham um papel na perpetração dessa violência, nas respostas das vítimas à vitimização e nas respostas da comunidade à violência contra as mulheres (ARDAILLON e DEBERT, 2017).

Por um bom motivo, as atitudes têm sido um alvo fundamental das campanhas de educação comunitária destinadas a prevenir a violência contra as mulheres. No entanto, houve relativamente pouco exame coordenado dos fatores que moldam as atitudes em relação à violência contra as mulheres (BLAY, 2013).

Nas últimas três décadas, observou-se o desenvolvimento constante de ferramentas acadêmicas com as quais se avalia atitudes de violência contra as mulheres. O esboço dos mitos de estupro de Burt (1980) apud Ardaillon e Debert (2017) foi um dos primeiros a operacionalizar relatos feministas de suportes socioculturais para estupro.

Duas décadas depois, pelo menos 11 medidas de crenças e atitudes em relação à agressão sexual haviam se desenvolvido no Brasil, abordando dimensões da violência sexual como a aceitação de mitos de estupro ou crenças sexuais adversas, hostis ou hipermasculinidades, culpar a vítima ou empatia da vítima e intenções sexualmente agressivas (CAMARGO et. al, 2011).

Outros instrumentos se concentram nas atitudes e percepções de outras formas específicas de violência contra as mulheres, desde agressão à esposa, assédio sexual e estupro. As atitudes são significativas para a violência contra as mulheres em três domínios principais: (1) a perpetração da violência contra as mulheres; (2) respostas comunitárias e institucionais à violência contra as mulheres; e (3) a resposta das mulheres a essa vitimização (MURNEN et. al., 2012).

As atitudes têm uma relação fundamental e causal com a perpetração da violência contra as mulheres. Há evidências consistentes de uma associação entre crenças e valores que apoiam a violência e a perpetração de comportamentos violentos, tanto no nível individual quanto na comunidade. Por exemplo, homens com atitudes de gênero mais tradicionais, rígidas e misóginas têm maior probabilidade de praticar casamento e violência (VANDRÉ, 2017).

Meninos e jovens que apoiam crenças mais favoráveis ao estupro também têm maior probabilidade de serem sexualmente coercitivos. Em uma recente meta-análise agregando dados em todos os estudos que relacionam um aspecto da ideologia masculina à incidência de agressão sexual, Murnen et al. (2012) descobriram que todas, exceto uma medida da ideologia masculina, estavam significativamente associadas à agressão sexual.

Em outras palavras, existe uma relação consistente entre a adesão dos homens a atitudes sexistas, patriarcais e/ou sexualmente hostis e seu uso da violência contra as mulheres. Em segundo lugar, as respostas das mulheres à sua própria sujeição à violência são moldadas por suas próprias atitudes e as de outros ao seu redor. Na medida em que as mulheres individualmente concordam com os entendimentos de violência doméstica ou agressão sexual que apoiam a violência, é mais provável que eles se culpem pelo assalto, menos propensos a denunciá-lo à polícia ou a outras autoridades e mais propensos a sofrer em longo prazo, efeitos psicológicos e emocionais negativos (BLAY, 2013).

Vários estudos documentam que as auto atribuições de culpa das vítimas de estupro estão associadas a maior trauma e angústia. Os retratos da mídia e as normas sociais ensinam as mulheres a se auto silenciarem, a colocar as necessidades de seus parceiros acima das suas, e as mulheres são menos propensas a relatar violência e

abuso por seus parceiros se expressarem atitudes tradicionais de papel de gênero. Além disso, representações estereotipadas e restritas da violência inibem as mulheres de reconhecer e nomear sua experiência como violência (CAMARGO et. al., 2011).

Uma das principais razões pelas quais as mulheres não relatam incidentes que atendem à definição legal de agressão sexual é que muitas não se encaixam em estereótipos comuns de estupro real - elas não eram de um estranho, não eram do lado de fora e com uma arma, e não envolveu ferimentos (MURNEN et. al., 2012).

As mulheres podem não perceber os atos como vitimização criminal, embora sejam mais propensas a fazê-lo se privarem as vítimas da liberdade, ameacem suas vidas ou integridade física ou produzam danos psicológicos. As vítimas também não denunciam violência por causa de sua percepção das atitudes dos outros: seu medo de serem culpados por familiares e amigos, estigmatizados e o sistema de justiça criminal não fornecerá reparação (VANDRÉ, 2017).

No entanto, não há evidências de que atitudes tenham um papel causal nos riscos de vitimização das mulheres em o primeiro lugar, e enfatizar isso seria culpar a vítima por sua vitimização. Em suma, não há evidências de que as atitudes das mulheres em relação ao estupro influenciem sua probabilidade de serem estupradas (ARDAILLON e DEBERT, 2017).

As atitudes desempenham um papel nas respostas à violência contra as mulheres adotadas por indivíduos que não sejam o autor ou o autor, vítima, sejam membros da família e amigos, profissionais ou espectadores. Pessoas com atitudes mais favoráveis e tolerantes à violência respondem com menos empatia e apoio às vítimas, são mais propensas a atribuir culpa à vítima e menos propensas a denunciar o incidente à polícia e mais propensas a recomendar sanções indulgentes ou inexistentes para o ofensor (CAMARGO et. al., 2011).

As atitudes sociais também moldam as respostas formais de profissionais e instituições às vítimas e autores de violência contra as mulheres, incluindo policiais, juízes, padres, assistentes sociais, médicos e assim por diante. Estudos transnacionais descobriram que as atitudes em relação ao estupro e outras formas de violência contra as mulheres inibem respostas efetivas e apropriadas às vítimas do sexo feminino (MURNEN et. al., 2012).

Em um estudo entre policiais de Belo Horizonte realizado por Vandré (2014), aqueles que atribuíram maior culpa à vítima de violência familiar também indicaram que teriam menor probabilidade de acusar o agressor. Essas respostas formais e informais têm efeitos sobre as próprias vítimas. As respostas de outras pessoas à procura de ajuda por mulheres que sofreram abuso de um parceiro masculino

influenciam a probabilidade de denunciarem a violência doméstica futura à polícia, bem como a subsequente busca de ajuda, separação e eventual recuperação do abuso.

3 ESTUPRO COMO VIOLÊNCIA PRESUMIDA

Em 1989, o *Worldwatch Institute* declarou que o crime mais comum em todo o mundo era a violência contra as mulheres. Nos Estados Unidos, o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) estima que uma mulher é estuprada a cada 6 minutos e até uma em cada quatro mulheres pode se tornar vítima de estupro durante a vida. No Brasil, segundo o Fórum Nacional de Segurança Pública no Brasil (2018) esse crime ocorre a cada 11 minutos. Dada à ampla prevalência de agressão sexual no mundo, não surpreende que pesquisas consideráveis têm se dedicado a examinar as características desse crime, incluindo seus antecedentes, fatores de risco e as características discriminatórias de estuprador e vítima (MOTTER. 2018).

Os mitos do estupro foram definidos pela primeira vez por Burt (1980) apud Ardaillon e Debert (2017) como crenças preconceituosas, estereotipadas ou falsas sobre estupro, vítimas de estupro e estupradores. Embora descritiva, essa definição não é suficientemente articulada para servir como uma definição formal. Por exemplo, de que maneira as crenças são prejudiciais e para quem? Se eles são estereotipados no sentido psicológico clássico, o que os caracteriza como mitológicos, um termo que geralmente implica certa função cultural?

Outras definições também foram propostas na literatura e, embora compartilhem as mesmas conotações, há uma variação significativa entre elas (por exemplo Hegeman e Meikle (1980) e Briere et. al. (1985) apud Ardaillon e Debert 2017). Essa variação tem implicações importantes para as bases teóricas e o desenvolvimento de instrumentos de medição nesse campo.

Uma revisão dessa literatura revela que os pesquisadores geralmente falharam em desenvolver uma definição completa, teoricamente fundamentada, dos mitos do estupro e, além disso, falharam em usar qualquer definição de forma consistente. Essa situação gerou uma série de problemas, sendo o mais importante o uso de medidas amplamente variadas de aceitação do mito do estupro. Uma questão fundamental aqui tem a ver com o significado do termo mito. O exame desse termo sob a perspectiva de várias disciplinas intelectuais (isto é, psicologia, antropologia, filosofia e sociologia) revela marcadas semelhanças em sua natureza e função (DELMANTO, 2016).

Em particular, três características dos mitos são comumente propostas. São crenças falsas ou apócrifas que são amplamente defendidas; eles explicam algum

fenômeno cultural importante; e servem para justificar os arranjos culturais existentes. Quando essa análise é combinada com as suposições da teoria cultural do estupro, uma definição clara dos mitos do estupro pode ser proposta. Os mitos do estupro são atitudes e crenças geralmente falsas, mas mantidas ampla e persistentemente, e que servem para negar e justificar a agressão sexual masculina contra as mulheres (GOMES, 2011).

Talvez o estupro seja melhor conceituado como estereótipo. Como em outros estereótipos, qualquer incidente específico de agressão sexual pode ou não estar em conformidade com o estupro; no entanto, incidentes isolados que são de acordo com o mito tendem a ser amplamente divulgados (GUSMÃO, 2010).

A grande maioria dos estupros que contradizem o mito, no entanto, é negligenciada. Além disso, muitos mitos semelhantes podem ser impossíveis de verificar, como a afirmação: Muitas mulheres têm um desejo inconsciente de serem estupradas (BURT, 1980; LARSEN e LONG, 1988 apud ARDAILLON e DEBERT 2017).

O valor verdadeiro de qualquer uma dessas afirmações em uma situação específica não é tão significativo quanto o fato de que elas tendem a ser aplicadas universalmente, como ecoam nos vereditos do júri, nas decisões de políticas públicas e nas reações pessoais aos sobreviventes de violência sexual. Atitudes e ações tomadas em relação a indivíduos com base em qualquer estereótipo sobre um grupo geralmente são injustificadas e sua importância reside na tradução direta ou indireta em atitudes e ações socialmente indesejáveis (FALEIROS, 2013).

Desta forma, o gênero ainda é o mais poderoso preditor de estupro - papéis predominantemente de um crime contra mulheres praticado por homens. De acordo com a Pesquisa Nacional de Violência Contra as Mulheres, realizada pelo Fórum Nacional de Segurança Pública no Brasil (2018), a taxa de prevalência de estupro ao longo da vida é de 15,00% entre as mulheres e de 2,10% entre os homens. Além disso, de acordo com a pesquisa do Fórum, os dados do Ministério da Justiça do Brasil (2018), 99,00% de todas as pessoas presas por estupro são homens. Embora os homens às vezes sejam vítimas de violações, eles são quase sempre os autores de estupro. A pesquisa do Fórum Nacional de Segurança Pública no Brasil (2018) concluiu que no Brasil existe uma cultura de estupro, na qual o ato de estupro é funcionalmente normativo, significando que é essencialmente um comportamento tolerado (MOTTER, 2018).

Vandré (2017) classificou o estupro no Brasil como regulamentado, não proibido. Em uma cultura de estupro, os apoios socioculturais para o estupro são estruturalmente integrados em todos os níveis da sociedade. Isso inclui a

institucionalização dos valores patriarcais; práticas de socialização que ensinam noções não sobrepostas de masculinidade e feminilidade com os homens vistos como duros, competitivos e agressivos e a mulher como terna, nutritiva e fraca; sistemas social, familiar, político, jurídico, mídia, educacional, religioso e econômico que favorecem os homens; e justiça criminal e sistemas legais que não protegem as mulheres.

Definiu-se segurança como liberdade de dano e ameaça de dano. Os níveis de violência contra as mulheres no Brasil e em todo o mundo indicam que poucas mulheres estão de fato livres de danos. O abuso físico, psicológico e sexual de mulheres tem sido documentado desde os primeiros tempos e em todas as partes do mundo estimam que em todo o mundo pelo menos uma em cada três mulheres tenha sido submetida a alguma forma de violência masculina (DELMANTO, 2016).

O Ministério da Saúde (2018) cita a violência entre pessoas íntimas como a principal causa de lesões para mulheres entre 15 e 44 anos de idade. Além disso, os pesquisadores documentaram altas taxas de abuso psicológico, violência, abuso físico e sexual de meninas, tráfico, perseguição, assédio sexual, pornografia violenta, violência relacionada a dotes, mutilações genitais, estupro de mulheres contestadoras. Atualmente, muitos desses ataques são agora reconhecidos como perpetrados por um homem íntimo da vítima.

Quase todas as sociedades do mundo têm instituições sociais que legitimam, obscurecem e negam a existência de abuso de gênero; Recentemente, a natureza normativa do estupro por data foi confirmada pela reação contra as feministas, reforma da lei do estupro, uma reação promovida por quem afirma que as feministas manufaturaram a pandemia de estupro por sua interpretação abrangente do que constitui o estupro, para uma visão geral deste assunto. Questões de definição na pesquisa sobre estupro tem sido uma área de disputa há algum tempo, enquanto estudiosas feministas lutam com a contradição das experiências conhecidas de sobreviventes de vítimas de violência e os limites legais da acusação. Por exemplo, alguns estudos relatam que grupos de mulheres que consideram estupro quando seus maridos exigem sexo quando a esposa não quer, mesmo que ela não diga nada que indique abertamente sua falta de vontade (MOTTER. 2018).

Apesar das definições legais relativamente restritas de estupro, ele continua prevalecendo no Brasil e no mundo. O estupro e outras formas de violência contra as mulheres foram declarados por muitos como os direitos de direitos humanos mais difundidos e menos reconhecidos no mundo de hoje. Vandr  (2017) estima que a prevalência ao longo da vida de estupro e tentativa de estupro entre mulheres em idade universitária em países industrializados varia entre 21,00% e 27,00%.

Em nações não industriais, as estimativas de prevalência de estupro não são coletadas sistemicamente, mas acredita-se que o estupro ocorra em 43,00% a 90,00% das sociedades não industriais. Fatores que contribuem para esse intervalo de incidência em sociedades não industriais podem ser informativos de condições com maior ou menor probabilidade de promover estupro (VANDRÉ, 2017).

Os estudos de prevalência de estupro no Brasil foram realizados continuamente nas duas últimas décadas, porque os campos de saúde pública e justiça criminal se baseiam na vigilância e no monitoramento das taxas. Há uma surpreendente consistência nas taxas de prevalência nesse período de tempo (FALEIROS, 2013).

Em 1982, Koss e Oro apud Facuri et. al. (2013) encontrou uma taxa de prevalência de 13,00% entre uma amostra de estudantes universitários. Este estudo definiu o estupro como penetração oral, anal ou vaginal contra consentimento através da ameaça de força ou lesão corporal ou após incapacitar intencionalmente a vítima com álcool. Koss e Oro (1982) apud Facuri et. al. (2013) foram os primeiros a usar o termo 'estupro oculto' para aumentar a conscientização que poucas mulheres relataram à polícia ou disseram a alguém sobre o incidente.

O estudo também identificou o estupro como primariamente um crime conhecido. Uma extensão de seus estudos anteriores 1987 de seu estudo (KOSS e ORO, 1982, apud Facuri et. al., 2013), usando uma amostra nacional, demonstrou uma taxa de prevalência de 15,00% para chamadas remarcadas desde os 14 anos de idade. Facuri et. al. (2013) encontrou no Brasil uma prevalência de 13,00%. Quase uma década depois, Facuri et. al. (2013) encontrou uma prevalência de 20,00% para estupros concluídos em uma amostra nacional de estudantes universitários que recordam toda a sua vida e 15,00% desde os 15 anos.

Parece haver variação cultural na prevalência de estupro, embora as pesquisas sobre violência contra mulheres negras sub apresentadas em estudos de prevalência. A maioria dos estudos de prevalência em todo o país emprega uma metodologia telefônica que dificilmente alcançará as mulheres com maior vulnerabilidade. O esquema de amostragem representativa resulta em poucas mulheres com cor para apoiar comparações individuais de grupos étnicos (DELMANTO, 2016).

As fontes de dados existentes para estimativas de prevalência de etnia por estupro são inconsistentes e não está claro se isso é devido a diferenças metodológicas nos estudos, à falta de divulgação devido à desconfiança policiais ou pesquisadores, diferença na definição de estupro, barreiras linguísticas, influências de diferenças no nível de aculturação ou diferenças culturais reais (FALEIROS, 2013).

Sorenson e Siegel (1992) apud Pimentel e Pandjjarjian (2010) descobriram que a prevalência de estupro ao longo da vida para mulheres pobres duas vezes e meia maior do que para as latinas (20,00% vs. 8,00%) nos Estados Unidos, No Brasil a relação é de 25,00% para mulheres pobres para 5,00% de mulheres de classe média e rica. No entanto, Pimentel e Pandjjarjian (2010) relataram uma taxa de prevalência de 14,50% para as mulheres negras. No mesmo estudo, os autores descobriram que 28,00% das mulheres já haviam experimentado estupradores.

A Pesquisa Nacional sobre Violência Contra as Mulheres do Ministério da Justiça (2018) encontrou uma taxa de prevalência de 18,00% para mulheres brancas e 29% para mulheres negras. No entanto, as mulheres negras revelaram incidentes de estupro em um nível inferior ao das mulheres brancas, e a maioria dos estudos utiliza amostras que não incluem uma amostra aleatória de mulheres negras (MOTTER. 2018).

A comunidade científica deve continuar pressionando as agências nacionais responsáveis por coletar as estatísticas do crime para exagerar os grupos minoritários, de modo que as projeções confiáveis de seus riscos de estupro possam ser verificadas. Também são necessárias pesquisas adicionais sobre métodos mais bem-sucedidos na promoção da divulgação de estupro. Algumas décadas atrás, a maioria dos professores de direito criminal dedicou pouca atenção ao estupro de adultos. Os professores - quase todos homens - provavelmente pensam que os problemas nos casos de estupro eram principalmente factuais e probatórios. Esse consenso, é claro, evaporou. O novo consenso é que a própria definição de estupro reflete atitudes patriarcais que negam justiça às vítimas de coerção sexual

Segundo o art. 224, do CP, presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência (BRASIL. 2012).

A norma acima é aplicável aos crimes dos Artigos 213, 214 e 219 do Código Penal (estupro, atentado violento ao pudor e rapto violento ou mediante fraude, respectivamente) (BRASIL, 2010).

O Art. 224 está situado no Capítulo IV ("Disposições Gerais") do Título VI ("Dos crimes contra os costumes") da Parte Especial do Código Penal e refere-se, portanto, a todos os crimes previstos nos capítulos anteriores do mesmo título. Ocorre que, dentre todos esses delitos, apenas nos três acima mencionados é necessária à violência, somente neles sendo útil, portanto, a aplicação da presunção (BRASIL. 2012).

Em regra, para configurarem-se, o atentado violento ao pudor e o estupro exigem que a conjunção carnal, neste, ou os atos libidinosos dela diversos, naquele, ocorram mediante violência ou grave ameaça – para que esteja caracterizado que a vítima foi constrangida à prática do ato ou à submissão a ele, ou seja, que não consentiu a situação. Se não há nenhum desses dois elementos, não há estupro ou atentado violento ao pudor. Trata-se, portanto, de requisitos alternativos essenciais aos tipos penais dos referidos delitos, como se vê nos artigos abaixo transcritos, que tipificam os dois crimes (GOMES, 2011).

Com relação ao estupro diz o art. 213 – Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Porém, nos casos previstos no Art. 224, a e c, ainda que os atos libidinosos tenham sido praticados sem o uso de violência real ou grave ameaça, o crime subsiste, pois a violência presumida supre a falta desses dois elementos, cumprindo a exigência dos dois tipos (BRASIL, 2012).

Entendeu o legislador que as pessoas compreendidas na alínea a (ou seja, as menores de 14 anos) não possuem condições de compreender e avaliar as conseqüências dos atos sexuais e, assim, eventual consentimento não será considerado de nenhuma valia (BRASIL, 2010).

A norma do Art. 224, apesar de dispensar, nas hipóteses específicas em que ela incide, a existência de violência real ou grave ameaça, tornando-as desnecessárias para a configuração dos crimes, não retira do estupro e do atentado violento ao pudor o elemento "constrangimento", não descaracterizando os delitos. Isso ocorre porque a presunção de violência fundamenta-se em vícios ou inexistência de consentimento da vítima, configurando o seu constrangimento (GUSMÃO, 2010).

O fundamento do Art. 224, nas hipóteses das alíneas a e b, é a falta de consentimento válido do ofendido, pois que ele, em qualquer das duas situações, é incapaz de consentir a prática de atos libidinosos. Na situação específica da alínea a, essa incapacidade decorre da falta de conhecimento do menor de 14 anos sobre o assunto, além de que, nas palavras de Noronha (1994, p. 223) apud Gusmão (2010, p. 133): "Faltam-lhe maturidade fisiológica e capacidade psicoética para ter alcance, para estimar com precisão o ato violador dos bons costumes". No caso da alínea c, não há consentimento de nenhuma espécie (válido ou inválido), mas a vítima é incapaz de resistir de fato à agressão, o que justifica a presunção de violência.

Os costumes e comportamentos de uma sociedade, como mostram o estudo da história e o senso comum, modificam-se com o decorrer dos anos. Desde o momento da produção do Código Penal, as normas tratadas acima permaneceram

inalteradas, apesar de, no mesmo período, as mudanças ocorridas no campo da sexualidade e na maneira como ela é vista e tratada pela sociedade brasileira terem sido intensas (DELMANTO, 2016).

Essas transformações sociais têm conseqüências importantes na caracterização dos crimes contra os costumes, como afirma Jesus (1996 b, p. 85), referindo-se a esses delitos: Ao se analisar os crimes previstos neste Título "Dos crimes contra os costumes" devem-se levar em consideração que se trata de crimes contra os costumes. Estes, refletindo práticas constantes em determinada sociedade, em épocas certas, são variáveis e influem na própria caracterização dos delitos (FALEIROS, 2013).

Os meios de comunicação vêm influenciando comportamentos e informando a população de todas as idades que, hoje, adquire muito mais precocemente conhecimentos sobre sexo e suas conseqüências. Dessa maneira, também puderam ser constatadas, nesse período, mudanças na idade em que as pessoas começam a despertar para a sexualidade e a ter uma vida sexual ativa (MOTTER, 2018).

A esse respeito, já observava Noronha (1994, p. 226) apud Gusmão (2010, p. 134): "a evolução dos costumes tem-se processado com bastante rapidez, de modo que a moça de hoje não é mais a ignorante, crédula e inocente de trinta anos atrás". Essa posição é também a de Jesus (1996 b, p. 85), que afirma: "As gerações mais novas conhecem cedo o mundo do sexo e o encaram com naturalidade".

Dentre as três hipóteses em que a lei determina que se presuma a violência, a idade da vítima é, se não a única, a que mais sente a influência das mudanças sociais acima referidas. Tais considerações, somadas à consciência de que a presunção de violência deve ser vista e utilizada com ressalvas, devido ao seu caráter, considerado relativo pela maioria da doutrina atual, demonstram a importância que deve ser concedida à questão da atualidade da norma do Art. 224, a, do Código Penal, sobretudo no que se refere à adequação, para os nossos dias, da idade de 14 anos como limite para se presumir a violência nos crimes sexuais (DELMANTO, 2016).

Mas será que essas mudanças sociais têm o condão de descaracterizar uma presunção legal e transformar completamente o rumo dos julgamentos a ponto de se "esquecer" o que está no texto da lei? E mais, será que podem contribuir para a impunidade de quem comete um crime sexual contra uma criança ou um adolescente? (GOMES, 2011).

O problema (aliás, muito relevante na doutrina e jurisprudência) consiste em se determinar se essa presunção é absoluta ou relativa, admitindo ou não prova em contrário. Contrária ao posicionamento doutrinário mais recente acima exposto, a

orientação tradicional e, aliás, a que deu forma ao Código Penal, diz ser absoluta a presunção, considerando, portanto, que todos os menores de 14 anos não têm condições de entender o caráter do ato sexual nem estão preparados para suas conseqüências. Logo, para essa corrente, mesmo que a vítima afirme categoricamente que manteve a relação sexual de forma espontânea, terá havido crime (GUSMÃO, 2010).

Considerando-se que o Código Penal brasileiro foi editado em 1940, o fato de os meios de comunicação proporcionar – juntamente com outros fatores – mais informação a respeito de sexo e suas conseqüências a crianças e adolescentes e a suscetibilidade a essas mudanças que caracteriza os crimes contra os costumes, mostra-se importante o questionamento dessa presunção de violência, sobretudo nos moldes como se apresenta atualmente, baseada no critério objetivo idade (BRASIL, 2012).

É o que ocorre na prática: pode-se observar que o Poder Judiciário não é rígido ao julgar casos apontados como estupro ou atentado violento ao pudor cometidos apenas mediante violência presumida em razão da idade (ou seja, sem violência real, grave ameaça ou qualquer outra causa de presunção de violência – alíneas b e c do Art. 224), absolvendo, muitas vezes, os réus, mesmo que provadas a materialidade e a autoria. Observa-se, ainda, que a proporção de absolvições é muito maior quando se trata de vítima do sexo feminino e com idade pouco inferior ao limite de 14 anos. Quanto a esse detalhe, deve ser ressaltado que, em sua maioria, as absolvições são decorrentes de erro de tipo: ou seja, quando o suposto agressor comprova que desconhecia realmente que a vítima era menor de 14 anos e as circunstâncias fáticas (como compleição física e comportamento da vítima) justificam a indução do agente ao erro. Nesse caso de erro de tipo, perde a importância à discussão quanto à relatividade da presunção, o que demonstra que essa tendência não significa que o Judiciário baiano adere a esse posicionamento de que a presunção é relativa, apenas atende ao que determina a Parte Geral do Código Penal quanto ao erro de tipo (GOMES, 2011).

Em termos estritamente legais, admitir que crianças e adolescentes menores de 14 anos tenham capacidade, discernimento, entendimento ou sequer a possibilidade de conhecimento das conseqüências de uma relação sexual, tendo por base apenas mudanças ocorridas em nossa sociedade – que não se sabe se são ou não suficientes para tanto –, é contrariar todo o ordenamento jurídico nacional, inclusive preceitos constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente que seriam apenas "letra morta", "rascunho numa folha de papel", "caminhos retos para a impunidade e para o descrédito na legalidade".

Além disso, em nosso ordenamento jurídico não se admite que o costume (prática social reiterada de ações num mesmo sentido) revogue a lei, sendo o mesmo utilizado apenas quando a lei for omissa (como dita a Lei de Introdução ao Código Civil, Art. 4º) – e esta hipótese não é o que ocorre no caso em estudo, em que a lei é bem precisa e expressa. Muito menos temos em nosso País qualquer tipo de jurisprudência vinculante (ou seja, decisões de tribunais não têm o poder de atrair, vinculando-as para o mesmo sentido, o resultado de outras que serão julgadas posteriormente) (MOTTER. 2018).

Portanto, a questão continua indefinida, inclusive nos Tribunais, e essa é uma das vantagens do nosso sistema: não sendo a jurisprudência vinculante, é estimulado o debate crítico, contribuindo para o aperfeiçoamento das decisões e a melhor aplicação da lei a cada caso concreto. Isso se demonstra em julgamentos recentes do STF, que, de maneira oposta ao citado acima, de 1996, considera a presunção de violência absoluta, conforme a transcrição parcial de um deles a seguir:

Hipótese que, de resto, harmoniza-se com a orientação desta Corte no sentido de que o consentimento da menor de quatorze anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afasta a presunção de violência para a caracterização do estupro ou do atentado violento ao pudor. (HC nº 80. 613-9 SP)

Algo que pode pôr fim à discussão da doutrina e jurisprudência, brevemente apontada acima, é a redação dos Arts. 166 e 167 do Anteprojeto de lei sobre Reforma do Código Penal, ao definir crimes que se pretende que substituam o estupro e o atentado violento ao pudor, como se percebe na transcrição abaixo:

1) Violação sexual de menor ou incapaz:

- Art. 166 – Praticar conjunção carnal com menor de quatorze anos, ou pessoa alienada, portadora de deficiência mental ou impossibilitada por qualquer outra causa de oferecer resistência:

- Pena – reclusão de oito a doze anos.

2) Abuso sexual de menor ou incapaz

- Art. 167 – Praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menor de quatorze anos, ou pessoa alienada, portadora de deficiência mental ou impossibilitada por qualquer outra causa de oferecer resistência:

- Pena – reclusão de quatro a doze anos.

O ato sexual com pessoa menor de 14 anos, sem violência física ou grave ameaça, que atualmente só é considerado crime devido a uma presunção, passará a constituir dois tipos penais específicos (a depender do ato libidinoso praticado). Da forma como estão redigidos no Código Penal vigente, os Arts. 213, 214 e 224 do Código Penal admitem uma interpretação flexível, sobretudo no que se refere à presunção, podendo ser considerada relativa, como já o foi pelo Judiciário e doutrina, tentando os julgadores verificar, em cada caso concreto, a ocorrência da principal circunstância que fundamenta a presunção de violência em razão da idade da vítima: a incapacidade para consentir (MOTTER. 2018).

Entretanto, deve ser destacado que, mesmo com a redação acima, a reforma do Código Penal não excluirá a possibilidade de erro de tipo, pois, não sabendo a idade da vítima e tendo razões para crer que ela é maior de 14 anos, estará, da mesma maneira que atualmente, ocorrendo o erro quanto a elementar essencial do tipo: a idade. Portanto, considerando-se que a grande maioria das absolvições constatadas mesmo quando provadas autoria e materialidade decorre de erro de tipo, a mudança não alterará consideravelmente esse panorama (DELMANTO, 2016).

CONCLUSÃO

A ausência do uso de violência física e de armas na perpetração de crimes sexuais, reflete certas características que as tornam vítimas ideais. O ofensor pode aproveitar-se da sua curiosidade natural sobre o sexo, vitimizando principalmente aquelas que não recebem informações sobre sexualidade no meio familiar.

Além da impotência física diante das proporções de um adulto, a criança vive num meio de poder detido por pessoas adultas, no qual aprende a obedecê-las e delas depender para sobreviver.

Desta forma, a criança é facilmente conduzida por adultos nos quais repousa sua concepção de autoridade. Por outro lado, a necessidade de afeto e atenção pode ser explorada por ofensores sedutores que detêm um grande período de tempo junto às crianças em seus lares, ou por aqueles que deliberadamente passam a fazer parte de suas atividades e recreações, nas lacunas deixadas por pais e familiares ausentes.

Vítimas adolescentes e adultas, por possuírem maior porte físico, são propensas a apresentar reações de resistência. Nesse sentido, o uso de armas, ao provocar nas mesmas o medo extremo de serem mortas, faz com que os ofensores obtenham seus intentos sem a existência de reações.

As evidências de lesões não-genitais em adolescentes maiores de 14 anos e adultas são elementos importantes na verificação do constrangimento e do uso da violência. Contudo, a associação entre estas lesões e a ocorrência do crime é questionável, vez que a ausência de tais injúrias não contradiz as alegações de ofensas a serem tipificadas como crimes sexuais. Mesmo submetida a ato sexual coercitivo, a vítima pode não apresentar evidências físicas, não sendo o fato indicativo de ato sexual consensual. Ainda assim, o achado de lesões não-genitais se constitui num elemento de peso para as decisões judiciais. Nas situações de violência, a interação entre ofensor e ofendido produz danos em graus variáveis que afetam a integridade física e psíquica das vítimas, bem como os horizontes sociais e culturais. Assim, o fenômeno não é apenas uma transgressão de regras e leis, mas também uma relação de poder exercida de forma interpessoal e social. Dessa forma:

- As presunções de violência das alíneas "b" e "c" do artigo 224 do Código Penal são de natureza relativa;

- Igualmente, a despeito do descabido critério etário utilizado pelo legislador,, a presunção de violência da alínea "a" também é de natureza relativa;

- O estupro simples (artigo 213, caput) é crime hediondo, assim quando combinado com o artigo 223; Igualmente, considera-se hediondo o estupro cometido com violência ficta ou presumida;

- O artigo 9º da Lei 8.072/90 aplica-se aos crimes perpetrados com violência ficta, ainda que na sua forma simples.

REFERÊNCIAS

ARDAILLON, D.; DEBERT, G. **Quando a vítima é mulher**: análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Brasília, DF: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 2017.

BLAY, E. A. **Violência contra a mulher e políticas públicas**. Estudos Avançados, 17(49): 87-98, 2013.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**: Lei N°. 2. 848 de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Editora Saraiva; 2010.

BRASIL. **Código penal/organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira**. 33ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Pesquisa Nacional sobre Violência Contra as Mulheres**. Brasília: Ministério da Justiça, 2018. Disponível em <http://www.ms.gov.br> Acesso em 4 de ago de 2020.

BRASIL. **Violência contra a mulher e repercussões no sistema de saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em <http://www.ms.gov.br> Acesso em 4 de ago de 2020.

CAMARGO, B. V.; DAGOSTIN, C. G.; COUTINHO, M. **Violência denunciada contra a mulher: a visibilidade via delegacia da mulher em Florianópolis**, Cadernos de Pesquisa de São Paulo, 78, 51-57, 2011.

CAPEZ, F. **Dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração Pública**. In: ____ Curso de Direito Penal. v. 3 - parte especial. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELMANTO, C. **Código penal comentado**. 5ª. ed. atual. e ampl. por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

FACURI, C.; FERNANDES, A.; OLIVEIRA, K.; ANDRADE, T.; AZEVEDO, R. **Violência sexual: estudo descritivo sobre as vítimas e o atendimento em um serviço universitário de referência no Estado de São Paulo, Brasil**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 29(5):889-898, 2013.

FALEIROS, V. **A violência sexual contra crianças e adolescentes e a construção de indicadores: a crítica do poder, da desigualdade e do imaginário**. Oficina de Indicadores da Violência Intrafamiliar e da Exploração Sexual de crianças e adolescentes. Brasília: , CECRIA, 2013.

GOMES, L. F. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: RT. 2011.

GUSMÃO, C. de. **Dos Crimes Sexuais**. 21ª. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C.. 2010.

MOTTER, C. P. **Estupro nos relacionamentos amorosos: violência doméstica contra a mulher**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2018.

MURNEN, S. K.; WRIGHT, C.; KALUZNY, G. **Se meninos serão meninos, então meninas serão vítimas?** uma revisão meta-analítica da pesquisa que relaciona a ideologia masculina à agressão sexual. Funções sexuais, 46 (11/12), 359-375, 2012.

PIMENTEL, S.; PANDJIARJIAN, V. O estupro como cortesia: Direitos humanos e gênero na justiça brasileira. Cadernos Themis– Gênero e Direito, Ano 1, Nº 1, 48-57, 2010.

SÃO PAULO. **HC nº 80. 613-9 SP**. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em <http://tj-sp.gov.sp> Acesso em 4 de ago de 2020.

SILVA, C. D. M. da. **Crimes contra a dignidade sexual**. Jornal Estado de Direito, Porto Alegre, jul/ago, 2009.

SILVA, I. I. da. **Direito e punição**. Representações da sexualidade feminina no Direito penal. 3 ed. São Paulo: Movimento, 2015.

VANDRÉ, S. **Polícia feminina e mudança social**. Campinas: Papyrus, 2017.

WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NOTAS:

[1] Mestre em Direito do Trabalho Faculdade de Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas em 2013 e professor do curso de Direito do CEULM/ULBRA, Manaus-AM, advocacia@rubensalves.com.br

AULAS REMOTAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise da importância das aulas remotas em tempos de pandemia de COVID-19.

Palavras-chave: Aulas. Remotas. Pandemia. COVID-19.

Abstract: This article aims to provide a succinct analysis of the importance of remote classes in times of the COVID-19 pandemic.

Keywords: Lessons. Remote. Pandemic. COVID-19.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

As aulas remotas realizadas no contexto do coronavírus são atividades de ensino mediadas pela tecnologia, mas que se orientam pelos princípios da educação presencial. Aulas remotas oferecem a continuidade da escolarização por meio de recursos tecnológicos, só que a distância. Normalmente, as lições são encaminhadas às turmas pelos professores de cada matéria, no mesmo horário da aula presencial.

Aula remota e educação a distância são a tendência do momento para dar continuidade ao ano letivo em meio às restrições impostas pela pandemia de COVID-19. Com a suspensão das aulas presenciais, o Ministério da Educação, em caráter excepcional, divulgou e tem prorrogado uma portaria que autoriza a retomada das disciplinas em andamento por meio de aulas on-line e atividades remotas. A medida é válida para universidades federais, faculdades privadas e outras unidades de ensino.

2 Desenvolvimento

A impossibilidade de realizar os encontros presenciais entre professores e alunos, devido às medidas de isolamento social, as aulas remotas surgem como alternativa para reduzir os impactos negativos no processo de aprendizagem. Com as aulas suspensas, muitas escolas, educadores, pais e alunos tiveram que passar do ensino presencial para o ensino a distância (EaD) sem muito tempo de preparação, o que é um desafio bem grande para todos e principalmente para o professor.

Na prática, o ensino remoto é feito por um professor que ministra aulas, sejam elas ao vivo ou gravadas, por meio de videoconferência ou recurso similar. A carga horária é a mesma das aulas presenciais, mantendo a frequência. Os educadores e estudantes têm enfrentado grandes desafios com as aulas remotas, afinal, as mudanças foram abruptas. Adaptar toda a dinâmica da sala de aula presencial para os ambientes virtuais demanda investimento de tempo e em tecnologia.

Mesmo com os desafios, aulas expositivas e até avaliações têm ocorrido com o suporte de recursos tecnológicos, em diferentes formatos de conteúdo e ambientes virtuais de aprendizagem (AVA). Tudo para diversificar e personalizar a experiência dos alunos. Tanto as aulas remotas quanto a modalidade de ensino a distância (EAD) são realizadas para proporcionar uma rotina de estudo e estabilidade diante de tantas incertezas.

Enquanto a aula remota surge como resposta imediata ao momento atual, a modalidade de ensino a distância já é conhecida por muitos brasileiros há várias décadas. A diferença entre aulas remotas e a modalidade de ensino a distância (EAD), aula remota as aulas são ao vivo e remotas simulando o encontro presencial, o professor da disciplina disponível diariamente, conteúdo e material didático mais personalizados e ajustados pelo professor segundo a necessidade, cronograma mais flexível e ajustado segundo o contexto atual, avaliações mais centradas nas aulas, mais atividades síncronas, carga horária concentrada nas aulas e mais centrado no professor.

No ensino a distância as aulas são gravadas, tutor/monitor como suporte de maneira atemporal, conteúdo e material didático mais padronizados, normalmente disponibilizados com antecedência, cronograma padronizado, avaliações padronizadas, atividades síncronas e assíncronas, carga horária distribuída entre diversos recursos midiáticos e mais autoinstrucional.

As ferramentas e plataformas para isso são abundantes. Apresentamos a seguir algumas sugestões de comunicação remota com os alunos:

- WhatsApp: Utilização para conversas individuais, em grupos ou através de listas de transmissão;
- Google Hangout Meets: Plataforma de webconferência para até 100 pessoas ao mesmo tempo;
- Skype: Plataforma de comunicação para uma quantidade reduzida de pessoas;
- Google Forms: Criação de avaliação, simulados e provas para resolução no formato digital;

- Microsoft Teams: Trabalhe em equipe usando chat, compartilhando arquivos e fazendo chamadas com vídeo.

Tecnologia é um produto da ciência e da engenharia que envolve um conjunto de instrumentos, métodos e técnicas que visam a resolução de problemas. É uma aplicação prática do conhecimento científico em diversas áreas de pesquisa. O termo tecnologia educacional remete ao emprego de recursos tecnológicos como ferramenta para aprimorar o ensino. É usar a tecnologia a favor da educação, promovendo mais desenvolvimento socioeducativo e melhor acesso à informação. O grande aparato que traz inúmeros benefícios sociais e educacionais é o computador.

O uso da tecnologia favorece a interação entre alunos. Ao fazerem atividades em pares ou grupos, a internet permite que todos expressem seus conhecimentos e deem opiniões, o que traz à tona a experiência prévia dos alunos, o que os motiva ainda mais, pois se sentem parte ativa e importante do processo de aprendizagem.

Conclusão

O ensino remoto preconiza a transmissão em tempo real das aulas. A ideia é que professor e alunos de uma turma tenham interações nos mesmos horários em que as aulas da disciplina ocorreriam no modelo presencial. Para ter a melhor experiência e interatividade durante as aulas, você precisa de: acesso à um computador, ponto de energia, conexão à internet, fone de ouvido, microfone e webcam.

Como a educação muda o mundo. A educação é uma arma poderosa. Através dela, um cidadão se torna mais crítico, tem mais oportunidades de emprego e melhoria na sua própria qualidade de vida. A importância de aprender para si mesmo é compartilhar os conhecimentos com os outros. A utilização de equipamentos como computadores conectados à internet e as diversas ferramentas disponíveis, como textos, vídeos e imagens, tudo hiperconectado em único lugar, é uma ótima opção para prender a atenção dos alunos.

Referências bibliográficas

HUGO, Assmann. **Curiosidade e Prazer de Aprender – O papel da curiosidade na aprendizagem criativa**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2004.

SANTOS, Julio César Furtado. **Aprendizagem significativa: modalidades de aprendizagem e o papel do professor**. 1ª Ed. Porto Alegre: Mediação, 2008.

SILVA, Ezequiel Theodoro da. **O professor e o combate à alienação imposta**. São Paulo, Cortez & Autores Associados, 1991.

SKINNER, B. F. **Tecnologia do ensino**. São Paulo: EPU, 1972.

ZABALLA, Vidiella Antoni. **A prática educativa: como ensinar**. Porto alegre: Artmed, 1998.

A (IN)VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ILÍCITOS PREVISTOS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

LUCAS AMADEU LUCCHI RODRIGUES:

Advogado. Mestre em Segurança Pública pela Universidade Vila Velha. Pós-graduado em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio. Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio.

AGIS WILSON MACEDO FILHO^[1]

RUBEN MAURO LUCCHI RODRIGUES^[2]

(coautores)

Resumo: O presente artigo destina-se a analisar a problemática envolvendo a aplicação do princípio da insignificância no âmbito da Lei 8.429/92, de modo a afastar suas graves sanções em relação aos atos que, apesar de típicos, apresentam ínfima lesividade. Para tanto, após destacada a importância do movimento pós-positivista, que reconheceu força normativa aos princípios jurídicos, foram delineados o conceito, os requisitos e os limites para a aplicação da insignificância. Em seguida, fixada a ideia de improbidade como a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta, ressaltou-se o fato da Lei 8.429/92 estar inserida no contexto do regime jurídico punitivo pátrio, ao lado do Direito Penal, e, a partir disso, descortinou-se a viabilidade do uso da insignificância na seara improbidade, apesar da natureza abstrata e intangível da moralidade administrativa e da tipicidade aberta trazida pela Lei 8.429/92. Também foi verificada a posição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema a partir de dois julgados paradigmáticos. Adotou-se na pesquisa a metodologia de pesquisa bibliográfica, com apoio na análise da jurisprudência e da legislação brasileira.

Palavras-chave: Direito Penal; Improbidade Administrativa; Princípio da Insignificância.

Abstract: This article is intended to analyze the problem involving the application of the principle of insignificance within the scope of Law 8.429/92, in order to remove its serious sanctions in relation to the acts that, although typical, present minimal damage. Therefore, after highlighting the importance of the post-positivist movement, which recognized the normative force of legal principles, the concept, requirements and limits for the application of insignificance were outlined. Then, the idea of improbity was fixed as the illegality typified and qualified by the subjective element of the conduct, it was emphasized the fact that Law 8.429/92 is inserted in the context of the national punitive legal regime, alongside the Criminal Law, and, In

addition, the feasibility of using insignificance in terms of improbity was revealed, despite the abstract and intangible nature of administrative morality and the open character brought by Law 8.429/92. The position of the jurisprudence of the Superior Court of Justice on the subject was also verified, based on two paradigmatic judgments. Bibliographic research methodology was adopted in the research, with support in the analysis of Brazilian jurisprudence and legislation

Keywords: improbity; Criminal Law; principle of insignificance.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 1.1 Breve histórico. 1.2 A atual compreensão sobre a normatividade dos princípios jurídicos. 2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 2.1 Aspectos históricos. 2.2 Conceito. 3. O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 3.1 Conceito. 3.2 Relação entre improbidade administrativa e imoralidade administrativa. 4. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ÂMBITO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 4.1 A (in)viabilidade da aplicação do princípio da insignificância aos ilícitos de improbidade administrativa. 4.2 A posição do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do princípio da insignificância aos ilícitos previstos na lei de improbidade administrativa. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A corrupção, na atualidade, é uma das principais mazelas de nossa República, pois traduz a dominação do interesse particular sobre a coisa pública. Comumente se afirma, inclusive, que a corrupção se contrapõe à ideia de bom governo.

Foi justamente na conjuntura da luta contra a corrupção que, em 1992, entrou em vigor no Brasil a Lei 8.429, que, além de prever a tipologia dos atos de improbidade, cominou variada gama de sanções aos seus infratores (civil, administrativa, política etc.), sejam agentes públicos ou não.

Porém, a Lei de improbidade ainda tem revelado efeitos persuasivos tímidos se confrontada com a realidade dos casos de corrupção que emergiram nos últimos anos. Reflexo disso é que no Brasil, mesmo após quase trinta anos de vigência da Constituição Federal, ainda ocupa a 105ª posição no Índice de Percepção da Corrupção no setor público, com pontuação inferior a 50, situado ao lado de países como a Armênia e o Timor Leste, conforme aponta o Relatório da Transparência Internacional de 2018 (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2018). Vale lembrar que, segundo a referida agência, não há democracia plena em países com menos de 50 pontos.

Ocorre que, na imensidão desse mar de desonestidades, podem existir atos que, em tese, por conta de sua dimensão reduzida, são capazes de atrair a incidência do princípio da insignificância e afastar, conseqüentemente, a aplicação da Lei 8.429/92.

A contribuição deste artigo científico reside exatamente na verificação da possibilidade de incidência do princípio da insignificância no âmbito da Lei de improbidade administrativa e na identificação das implicações que isso poderá trazer ao processo de responsabilização do sujeito ativo do ato de improbidade.

A estrutura do artigo se inicia pela análise de breve histórico dos princípios jurídicos no contexto da teoria da norma jurídica e da atual compreensão de sua força normativa no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Ato contínuo, é realizado o exame histórico e conceitual do princípio da insignificância. Em seguida, são definidos os contornos do conceito do ato de improbidade administrativa, bem como estabelecida sua relação com a imoralidade administrativa. Após, é verificada a viabilidade da aplicação do princípio da insignificância no âmbito da Lei de improbidade administrativa e analisada a posição do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema. No último capítulo, concluindo o estudo, são apresentadas as considerações finais acerca do tema proposto.

1. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Breve histórico

Hoje, não há mais dúvida quanto à importância do estudo dos princípios, em especial pela normatividade que lhe é reconhecida no sistema jurídico brasileiro.

A noção de princípio como espécie de norma jurídica, porém, é algo recente, uma vez que até a metade do século XX, por força do ideário trazido pelo positivismo jurídico, vigorava a lógica de um ordenamento constituído fundamentalmente por regras. Os princípios, nesse período, laboravam como meras fontes secundárias aptas a preencher lacunas normativas e, conseqüentemente, impedir eventual interferência de valores (morais, éticos, divinos etc.) estranhos ao Direito.

Foi o movimento teórico pós-positivista que fez a teoria do Direito suplantar o império das regras, mais recentemente a partir dos estudos desenvolvidos pelo filósofo norte-americano Ronald Dworkin (1999), que, no campo da teoria da norma, introduziu a classificação binária da norma jurídica, dividindo-a em regras e princípios. Nesse sentido, aliás, aponta NOVELINO que:

O que hoje parece óbvio, todavia, não era o entendimento adotado até meados do século XX, quando princípios e normas eram tratados como espécies distintas. Sem dúvida, as teorias de DWORKIN e Robert ALEXY foram de grande importância para o reconhecimento definitivo dos princípios como uma das espécies de norma jurídica [...] (NOVELINO, 2014, p. 756).

Para efeito de contextualização, vale apontar que a tese de Dworkin foi concebida durante um embate teórico com o filósofo britânico Herbert L. A. Hart (1986), cuja conclusão foi no sentido do reconhecimento da normatividade dos princípios como forma de impedir a discricionariedade judicial absoluta do julgador na solução dos casos difíceis (*hard cases*), entendidos como aqueles que, por versarem sobre questões jurídicas complexas e inéditas, não se encontram submetidos a uma regra de direito clara e precisa.

1.2 A atual compreensão sobre a normatividade dos princípios jurídicos

A partir do movimento pós-positivista, conforme já visto, houve a construção da ideia da força normativa dos princípios, que deixaram de ser fontes normativas subsidiárias e passaram a ser tidos como espécie de norma jurídica, portadores de comandos normativos ao lado das regras.

Apesar da nova categorização, no entanto, sempre houve muita dificuldade na aplicação dos princípios jurídicos, seja por conta de sua estrutura normativa, seja por conta da falta de coerência do próprio ordenamento jurídico. Barcellos (2018), por exemplo, aponta o contrassenso trazido pelo texto do artigo 4º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, que, ao não reconhecer o arranjo pós-positivista, fixa amplitude demasiadamente restrita quanto à função exercida pelos princípios, deixando de reconhecer suas diversas outras funções.

Todavia, é preciso destacar que tais limitações têm sido superadas com tranquilidade tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, que vem conferindo aos princípios jurídicos aplicabilidade imediata, inclusive para efeito de conferir direitos subjetivos exigíveis perante o Poder Judiciário, independentemente da existência de uma regra.

Nesse sentido, destaca GARCIA que:

[...] os princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo (dever ser). Sendo cogente a

observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, consequência esta que representa a sanção para inobservância de um padrão normativo cuja reverência é obrigatória [...] (GARCIA, 2013, p. 189).

Não é outra, aliás, a lição de FERNANDES:

Com o advento do pós-positivismo (e as suas inúmeras perspectivas) os princípios passam a ser considerados tão normas como as regras jurídicas. Ou seja, eles passam a ter força normativa plena com juridicidade equivalente a das regras jurídicas. Eles, nessa vertente contemporânea (de verdadeira reconfiguração do sistema jurídico), deixam de ser uma mera fonte supletiva (de interpretação e integração) e passam a serem usados de forma principal (e primária) tanto quanto as regras em situações de aplicação [...] (FERNANDES, 2011, p. 412).

Por derradeiro, não custa lembrar que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já reconhece, em seu artigo 5º, § 1º, a aplicabilidade imediata de toda norma jurídica relacionada aos direitos e garantias fundamentais, estando ela materializada na forma de regra jurídica ou de princípio jurídico.

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1 Aspectos históricos

Não há consenso doutrinário a respeito da origem do princípio da insignificância. Majoritariamente se afirma que ele surgiu no Direito Civil atrelado à máxima romana "*minima non curat praetor*", a qual adverte que o juiz não deve ocupar-se com coisas de pequena monta.

Porém, parcela da doutrina sempre refutou a vinculação da insignificância ao apontado brocardo romano, pois este último ostenta feição mais atrelada a um mecanismo de restrição de acesso ao órgão jurisdicional do que propriamente a um mecanismo de natureza despenalizadora. CUCINELLI, nesse sentido, ressalta que:

Em verdade, o apotegma *mínima non curat praetor* encerrava um pressuposto processual civil, cujo nascimento serviu para restrição de acesso ao magistrado, objetivando obstar-lhe a chegada e análise de litígios de menor expressão, pois, na sua origem, o escopo do adágio não era voltado à restrição do

poder punitivo estatal, mas, sim, à redução da carga de trabalho do órgão jurisdicional [...] (CUCINELLI, 2015, p. 24).

De outro lado, também há aqueles que defendem o surgimento do princípio ligado ao movimento iluminista, sendo apenas um desdobramento do princípio da legalidade, já que o legislador, ao criar o crime e cominar sua respectiva pena, também deve observar a lesão ou o perigo de lesão que o comportamento ilícito é capaz de causar ao corpo social.

Apesar de toda a polêmica, não se pode deixar de atribuir ao jurista alemão Claus Roxin o mérito pela construção da atual compreensão do princípio da insignificância, conforme destaca SANTOS:

A insignificância é uma criação doutrinária de Claus Roxin, formalizada na obra *Jus*, segundo o próprio autor, publicada pela primeira vez em 1964, em decorrência de uma concepção utilitarista vislumbrada no Direito Penal moderno, com a finalidade de amenizar o caráter radical do Direito Penal, flexibilizando a dogmática predominante à época. Foi formulada como princípio de validade geral para determinação do injusto, a fim de excluir dos tipos danos de pouca importância ao bem jurídico tutelado [...] (SANTOS, 2018, p. 128).

No mesmo sentido, aponta QUEIROZ que:

Por meio do princípio da insignificância, cuja sistematização coube a Claus Roxin, o juiz, à vista da desproporção entre a ação (crime) e a reação (castigo), fará um juízo (inevitavelmente valorativo) sobre a tipicidade material da conduta, recusando curso a comportamentos que, embora formalmente típicos, não o sejam materialmente, dada a sua irrelevância [...] (QUEIROZ, 2008, p. 51).

No Brasil, o professor Francisco de Assis Toledo é apontado como precursor da abordagem teórica do princípio da insignificância, cujas fronteiras também foram desbravadas com brilhantismo por outros juristas brasileiros, a exemplo de Luiz Flávio Gomes, José Henrique Guaracy Rebêlo e Ivan Luiz da Silva.

2.2 Conceito

Inicialmente, vale dizer que o princípio da insignificância não tem previsão na legislação brasileira, embora seja amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência como decorrência lógica da fragmentariedade do Direito Penal, que representa, conforme a lição de REBÊLO (2000, p. 23), um “limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade”.

O princípio insignificância preceitua, em apertada síntese, que o Direito Penal não deve punir a conduta que, no caso concreto, não apresente intensidade capaz de gerar lesão ou ameaça de lesão grave e intolerável ao bem jurídico protegido pela norma penal. Isso deixa claro, desde logo, que a insignificância trabalha com a ideia da relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico provocada (tipicidade material), impondo um juízo de interpretação restritivo do tipo penal.

No intuito de sistematizar a aplicação do referido princípio, o Supremo Tribunal Federal cravou, por ocasião do julgamento do RHC 66.869-PR (1988), a necessidade do atendimento de quatro requisitos cumulativos, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta do agente; c) a nenhuma periculosidade social da ação; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Embora comumente utilizados no cotidiano jurídico, parcela da doutrina tem criticado a imprecisão de tais requisitos. Masson (2015), inclusive, aponta que é impossível diferenciá-los. Porém, não há como concordar com tal juízo, principalmente em função da íntima relação de cada um dos requisitos com institutos já sedimentados na dogmática penal (ofensividade, reprovabilidade, periculosidade etc.).

De todo modo, apesar da reconhecida utilidade como instrumento de promoção de Justiça, é preciso ressaltar que há julgados que, a partir da análise das condições pessoais do agente, restringem a aplicação da insignificância nos ilícitos penais praticados com violência ou grave ameaça à pessoa (STJ, Súmula 589), nas situações em que o réu for reincidente ou portador de maus antecedentes e na hipótese de comprovada habitualidade criminosa, salvo excepcionalmente nos dois primeiros casos, quando se entender que tal medida se mostra recomendável no caso concreto.

Ao se exigir tal análise, sem dúvida, o que se busca é evitar o fomento aos pequenos delitos. Porém, isso não consta na metódica fixada pelo Supremo e, logicamente, não encontra consenso na jurisprudência e na doutrina. QUEIROZ, *v.g.*, critica tal restrição, inclusive nos ilícitos penais praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, ao dizer que:

[...] em nome do princípio da proporcionalidade, ele é perfeitamente admissível também nos crimes violentos ou com grave ameaça à pessoa, consumados ou tentados, se não para absolver o réu, pelo menos para desclassificar a infração penal, por exemplo, em crimes complexos, como o roubo (CP, art. 157), resultado que é da fusão de furto e constrangimento ilegal. De fato, não parece razoável que o agente que subtraia, mesmo com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, quantia economicamente insignificante tenha de responder por delito contra o patrimônio cuja pena varia de quatro a dez anos de prisão. Numa tal hipótese, ante a insignificância do objeto subtraído, não há propriamente ofensa ao patrimônio; logo, não há crime patrimonial, razão pela qual o autor deverá responder unicamente pela infração penal residual, isto é, constrangimento ilegal [...] (QUEIROZ, 2008, p. 51).

3. O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Conceito

No sentido léxico, o termo improbidade significa desonestidade ou falta de probidade. No sentido jurídico, porém, embora a lei não tenha trazido qualquer definição, tem prevalecido que a compreensão do termo improbidade, por agregar valores próprios do Direito, está mais atrelada à violação da juridicidade (regras e princípios) do que à ideia de desonestidade. Atento aos referidos aspectos, NEVES define a improbidade administrativa como:

[...] o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas ou privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública [...] (NEVES, 2018, p. 28).

OSÓRIO, por sua vez, conceitua a improbidade administrativa como:

[...] a má gestão pública gravemente desonesta ou gravemente ineficiente, por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de agentes públicos no exercício de suas funções ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares, observados os pressupostos gerais de configuração típica e de imputação [...] (OSÓRIO, 2012)

Apesar das primorosas formulações expostas, é preciso ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça fixou conceito próprio, definindo a improbidade como a “ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta” (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011), cuja análise, para melhor compreensão do tema, será fracionada em duas partes.

A primeira parte deve ser dirigida ao entendimento da expressão “ilegalidade tipificada”, que estabelece a exigência de que a conduta do agente público violadora da ordem jurídica se subsuma à tipologia legal do ato de improbidade. Há, vale dizer, tipos de ato de improbidade previstos na Lei 8.429/92 (atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário, atos que importam na concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e atos que atentam contra os princípios da administração pública) e em outras leis esparsas (ex.: Estatuto da Cidade e a Lei das Eleições).

Se a compreensão da primeira parte não é cercada de polêmicas, o mesmo não se pode dizer quanto à segunda parte, integrada pela expressão “qualificada pelo elemento subjetivo da conduta”, cujo substrato relaciona-se com o dolo e a culpa do agente. Parcela da doutrina e da jurisprudência entendem que tal expressão impõe tão só que a conduta do agente tenha sido praticada a título de dolo genérico ou culpa *latu sensu*. Porém, aplicando-se o filtro da proporcionalidade pelo prisma da proibição do excesso, tal raciocínio não se sustenta, já que, conforme ressalta Osório (2012), na qualidade de instrumento mais grave a ser usado pelo Estado no âmbito do direito administrativo sancionador, a Lei 8.429/92 não deve alcançar meras irregularidades administrativas ou simples ilegalidades próprias do administrador inábil.

Sobre o referido ponto, DI PIETRO adverte que:

Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa.

A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas em lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins [...] (DI PIETRO, 2019, p. 1.039).

Por conta disso, aperfeiçoando a avaliação do elemento subjetivo, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça passaram a afirmar a necessidade da presença da má-fé do agente nos atos dolosos e da culpa grave nos atos culposos, aspectos estes, inegavelmente, que indicam a maior reprovabilidade da conduta e que conferem proporcionalidade à intervenção estatal.

Nesse sentido, vejamos os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE. OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. PRESENÇA DE DOLO GENÉRICO E MÁ-FÉ. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 2. Além da compreensão de que basta o dolo genérico - vontade livre e consciente de praticar o ato - para configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, este Tribunal Superior exige a nota especial da má-fé, pois a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir meras irregularidades ou o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. 3. No caso, Tribunal a quo, além de constatar a prática de ato de forma livre e consciente (dolo genérico), foi categórico ao afirmar a presença da nota qualificadora da má-fé (desonestidade) na conduta do agente, o que configura o ato de improbidade a ele imputado. Nesse contexto, a revisão dessa conclusão implicaria o reexame do conjunto fático-

probatório dos autos, o que é defeso na via eleita, ante o enunciado da Súmula 7 do STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento (BRASIL, 2018).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE REJEITA A PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO CABÍVEL. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NESTA CORTE. PARECER EQUIVOCADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ERRO GROSSEIRO OU MÁ-FÉ. INVIOLABILIDADE DOS ATOS E MANIFESTAÇÕES. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL QUE SE IMPÕE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE. 1. Consoante a jurisprudência pacificada desta Corte, impende ressaltar ser cabível interposição de agravo de instrumento contra a decisão que recebe parcialmente a ação de improbidade administrativa, determinando a exclusão de litisconsortes, em razão do processo prosseguir em relação aos demais réus. 2. A existência de indícios de irregularidades no procedimento licitatório não pode, por si só, justificar o recebimento da petição inicial contra o parecerista, mesmo nos casos em que houve a emissão de parecer opinativo equivocado. 3. Ao adotar tese plausível, mesmo minoritária, desde que de forma fundamentada, o parecerista está albergado pela inviolabilidade de seus atos, o que garante o legítimo exercício da função, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94. 4. Embora o Tribunal de origem tenha consignado o provável equívoco do parecer técnico, não demonstrou indícios mínimos de que este teria sido redigido com erro grosseiro ou má-fé, razão pela qual o prosseguimento da ação civil por improbidade contra a Procuradora Municipal configura-se temerária. Precedentes do STF: MS 24631, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, pub. 01-02-2008; MS 24073, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003. Precedentes desta Corte: REsp 1183504/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 17/06/2010. 5. Recurso especial provido em parte para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença a fim de rejeitar

liminarmente o pedido inicial em relação à Recorrente (BRASIL, REsp 1454640/ES, 2015).

Porém, é preciso pronunciar que tais exigências ainda carecem de melhor delineamento, em especial quanto à funcionalidade de cada uma delas no âmbito da teoria geral dos atos de improbidade. Não é aceitável admitir, *v.g.*, que a má-fé seja usada pelos tribunais ora como valor sobreposto ao dolo, ora no sentido de conhecimento da ilicitude pelo agente.

Por fim, vale ressaltar que a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) promovida pela Lei 13.665/2018 acabou por legitimar a exigência da “culpa grave” na improbidade culposa. De acordo com a nova redação, o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas só em caso de dolo ou erro grosseiro (art. 28). Erro grosseiro, vale dizer, é aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, conforme dispõe o §1º do artigo 12 do Decreto 9.830/2019.

3.2 Relação entre improbidade administrativa e imoralidade administrativa

Outrora, discutia-se na doutrina acerca da identidade ou não de significado entre as expressões “improbidade administrativa” e “imoralidade administrativa”, o que, em grande parte, se devia a dois fatores: i) ambas expressões se referirem a conceitos jurídicos vagos ou indeterminados; ii) os termos “probidade” e “moralidade” serem entendidos como sinônimos (tese aqui adotada), uma vez que relacionados à ideia de honestidade na Administração Pública.

Atualmente, porém, não há dúvida de que imoralidade e improbidade são coisas distintas, conquanto persista o debate sobre a sobreposição de uma sobre a outra, cujos traços merecem ser esclarecidos.

Há, basicamente, duas correntes. A primeira corrente compreende a imoralidade administrativa como uma espécie de improbidade administrativa. O principal argumento dessa corrente está fundado no fato da Lei 8.429/92 tipificar a infração ao princípio da moralidade como uma espécie de improbidade (artigo 11, *caput*), mas não classificar todo ato de improbidade como um atentado ao princípio da moralidade. DI PIETRO, adepta dessa corrente, leciona que:

[...] quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais

preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92), a lesão à improbidade é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei [...] (DI PIETRO, 2019, p. 1.794).

Não é outra, aliás, a lição de Fazzio Junior (2016), o qual aponta que a imoralidade é a violação a um princípio da Administração (moralidade administrativa), enquanto a improbidade é a violação a todo um conjunto de princípios, inclusive ao princípio da moralidade.

De outro lado, a segunda corrente reconhece a improbidade administrativa como uma categoria inserida no contexto da imoralidade administrativa. SILVA (2000, p. 649), inclusive, apelida a improbidade de “imoralidade administrativa qualificada”, o que decorre, indubitavelmente, da subsunção do ato à tipologia trazida pela Lei 8.429/92, que prevê condutas que importam em enriquecimento ilícito, lesão ao erário, concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e violação aos princípios da Administração Pública.

4. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ÂMBITO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1 A (in)viabilidade da aplicação do princípio da insignificância aos ilícitos de improbidade administrativa

De início, vale lembrar que a Lei 8.429/92 está inserida no âmbito do regime jurídico punitivo pátrio e, ao lado de outras leis de mesma natureza, a exemplo das leis penais, está submetida a um conjunto de regras e princípios comuns. Como reflexo disso, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu, por ocasião do julgamento do REsp 926.772/MA (2009), aplicáveis na ação de improbidade os princípios do Direito Penal (legalidade, proporcionalidade etc.).

Não obstante tal entendimento, há forte controvérsia quanto à incidência do princípio da insignificância nos ilícitos de improbidade, sobretudo em função do bem jurídico tutelado pela Lei 8.429/92. Para aqueles que não admitem a incidência da insignificância, o bem jurídico “moralidade administrativa” constitui valor abstrato e intangível que não admite relativização para permitir só um pouco de ofensa. Como reflexo disso, destacam Blanchet e Gabardo (2012), não seria correto admitir a existência de um ato imoral e insignificante ao mesmo tempo.

Porém, há uma contradição em tal conclusão, uma vez que há tempos a natureza abstrata e intangível de outros bens jurídicos não tem sido considerada

óbice à aplicação da insignificância. A insignificância nos crimes ambientais, *v.g.*, já se encontra assentada na doutrina e jurisprudência, apesar do bem jurídico tutelado ter natureza difusa. Segundo adverte D'ÁVILA (2010, p.15): “[...] é exatamente o caráter supraindividual dos crimes ecológicos, associado à técnica de tutela adotada, que reforça ainda mais a importância de significação para definição do âmbito de proteção da norma”.

Diante disso, não há como afastar a insignificância em relação aos atos de improbidade unicamente a partir do bem jurídico tutelado, especialmente porque presente idêntica razão de ser, deve haver a mesma razão de decidir, ainda que a aplicação do princípio aos bens de natureza abstrata e intangível imponha tarefa mais complexa do que aquela empreendida em relação aos bens jurídicos individuais.

Além do mais, não se pode esquecer que, na perspectiva constitucional vigente, a moralidade administrativa não pode ser vista como um valor absoluto. Na atualidade, a relativização dos direitos tem integrado a essência do sistema, alcançando até mesmo aqueles tidos por fundamentais, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO. OFENSA REFLEXA. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. LIMITAÇÕES. POSSIBILIDADE. ARTIGO 37, CAPUT, CB/88. OFENSA INDIRETA. ARTIGO 92, § 2º, LC N. 53/01 DO ESTADO DE RORAIMA. APRECIÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. As alegações de desrespeito aos postulados da ampla defesa e do devido processo legal consubstanciam ofensa reflexa à Constituição do Brasil, circunstância que não viabiliza o acesso à instância extraordinária. Precedentes. 2. Inexistem garantias e direitos absolutos. As razões de relevante interesse público ou as exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades permitem, ainda que excepcionalmente, a restrição de prerrogativas individuais ou coletivas. Não há, portanto, violação do princípio da supremacia do interesse público. 3. Eventual ofensa ao caput do artigo 37 da CB/88 seria apenas indireta, vez que implica o prévio exame da legislação infraconstitucional, não permitindo a interposição do apelo extremo. 4. A questão referente à suposta inconstitucionalidade do artigo 92, § 2º, da Lei Complementar estadual n. 53/01 não foi arguida perante as instâncias precedentes, o que impede sua apreciação por este

Tribunal. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2006).

Fora o aspecto debatido, vale dizer que, não há qualquer outro óbice legítimo à incidência do princípio da insignificância nos ilícitos de improbidade. Aliás, nem mesmo a tipicidade aberta utilizada pela Lei de Improbidade para alcançar o máximo de condutas contrárias à boa Administração pode ser argumento impeditivo, já que a descrição normativa trazida pela Lei 8.429/92, embora flexível, deixa claro o conteúdo proibitivo, viabilizando a compreensão do comportamento ilícito. Se assim ocorre, nada obsta a identificação da conduta ilícita no caso concreto e, conseqüentemente, a aferição da relevância da ofensa praticada em desfavor do bem jurídico moralidade administrativa. Não bastasse isso, há também balizas impostas pelos princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica e da motivação das decisões judiciais, que são comumente usados pelos tribunais para evitar abusos ou excessos.

De todo exposto, forçosa é a conclusão de que, presente os 4 vetores determinados pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta do agente, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, deve ser reconhecida a insignificância em relação aos ilícitos de improbidade e, conseqüentemente, obstada a deflagração do processo de responsabilização em desfavor do sujeito ativo do ato de improbidade.

4.2 A posição do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do princípio da insignificância aos ilícitos previstos na lei de improbidade administrativa

Como já era de se esperar, a tese da incidência do princípio da insignificância nos ilícitos previstos da Lei de Improbidade é cercada de polêmica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que até a presente data não consolidou entendimento firme sobre o tema, embora apresente corrente majoritária no sentido de sua inviabilidade.

As vertentes jurisprudenciais principais podem ser representadas pelos seguintes julgados paradigmáticos: o Recurso Especial 892.818/RS (2008) e o Recurso Especial 968.447/ES (2015). No Recurso Especial 892.818/RS, apreciado pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, não se permitiu a incidência do princípio da insignificância no âmbito da Lei de Improbidade. O caso versava sobre a utilização, por um agente público, da força de trabalho de três servidores e de veículo de propriedade do Município, para carregar utensílios de uso particular. Foram utilizados como fundamentos principais a impossibilidade de relativização do bem

jurídico “moralidade administrativa” e uso de uma tipicidade aberta pela Lei de Improbidade. Porém, conforme já visto, tais aspectos não justificam o afastamento do princípio insignificância do âmbito do regime jurídico punitivo do Direito Administrativo pátrio.

De outra parte, no Recurso Especial 968.447/ES, julgado pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ficou definida a plena viabilidade da utilização do princípio da insignificância no âmbito da Lei de Improbidade. O ato de improbidade levado à apreciação judicial, vale apontar, consistia na negativa de um Prefeito Municipal em fornecer certidão e outros documentos requeridos por um cidadão acerca de dívidas pagas pelo ente a um banco privado. Na ocasião, o colegiado deliberou, de forma inovadora, que a existência do ato de improbidade pressupõe a presença dos elementos tipicidade, lesividade, antijuridicidade e culpabilidade. Ausente a lesividade da conduta, em razão da irrelevante ofensa, decidiu o tribunal inviável a conformação do ato de improbidade. Porém, tal tese que não encontrou acolhida, notadamente por ignorar os critérios já consagrados na jurisprudência Supremo Tribunal Federal, cuja incidência era voltada ao âmbito penal, mas agora é compartilhada pela seara da improbidade, ou seja, na esfera cível.

CONCLUSÃO

O princípio da insignificância, cuja construção é voltada a impedir a criminalização da conduta que, no caso concreto, não apresenta intensidade capaz de gerar lesão ou ameaça de lesão grave e intolerável ao bem jurídico protegido, não pode ter incidência restrita à seara penal.

Sua força normativa também deve repercutir no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa que, embora tenha natureza extrapenal, faz parte do regime jurídico punitivo pátrio. Por óbvio, isso exigirá a compatibilização da análise dos requisitos da insignificância às particularidades dos ilícitos de improbidade (tutela do bem “moralidade administrativa” e uso de uma “tipicidade aberta”), que, embora possam dificultar, não inviabilizam sua aplicação.

A superação da tese impeditiva do Superior Tribunal de Justiça, por isso, surge como meta a ser buscada, inclusive para preservar a credibilidade do sistema, que deve direcionar seus esforços apenas ao agente que atua com desonestidade ou grave ineficiência funcional, e não ao inábil.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. v.1. 17a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInst no AREsp nº 838.141/MT. Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1069262/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700524856&dt_publicacao=28/06/2018>. Acesso em: 8 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 892.818/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Julgado em 11/11/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602191826&dt_publicacao=10/02/2010>. Acesso em: 8 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 926772 / MA. Primeira Turma. Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Julgado em 28/04/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700217422&dt_publicacao=11/05/2009>. Acesso em: 8 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 968447. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Julgado em 19/03/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=200701641690&dt_publicacao=19/03/2015>. Acesso em: 8 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1454640/ES. Primeira Turma Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES. Julgado em 15/10/2015, DJe 05/11/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400096292&dt_publicacao=05/11/2015>. Acesso em: 8 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 455283. AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 05-05-2006 PP-00039 EMENT VOL-02231-05 PP-00947.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUCINELLI, Otavio Henrique Simão e. *Da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa*. 2015. 124-f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122015-104502/pt-br.php>. Acesso em: 9 ago. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DOS SANTOS, Najara Cristiane. *Banalização dos Princípios Jurídicos: a deturpação pelo Direito Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Breves notas sobre o direito penal ambiental*, in *Boletim do IBCCrim*, setembro/2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. *Princípios jurídicos*. *Revista UNIARA*, v. 20, 2007. Disponível em: <http://www.uniara.com.br/legado/revistauniara/pdf/20/RevUniara20_03.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa é sinônimo de desonestidade? In: Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de*

vigência da Lei de improbidade administrativa / 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018. Disponível em: <www.mpf.mp.br/atuaçãotematica/ccr5/publicações/05_18_coletancia_de_artigos.pdf>. Acesso em 8 dez. 2019.

HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

LEAL, Rogério Gesta. Os bens jurídicos tutelados na Lei de improbidade administrativa e o dever de correspondência dos agentes públicos em face das responsabilidades jurídicas consectárias. A&C: revista de direito administrativo & constitucional, v. 13, n. 53, jul/set. 2013.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A&C: revista de direito administrativo & constitucional, v. 14, n. 55, jan/mar. 2014.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Ed., 2000.

MACHADO NETO, Manoel Cabral. Neoconstitucionalismo e Pós-positivismo: fundamentos teóricos para o controle judicial de políticas públicas, *in* Temas de Direito Constitucional: estudos em homenagem ao prof.º Carlos Augusto Alcântara Machado. Aracaju: Ubirajara Coelho Neto Editor, 2013.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. v. 1. 9ª ed. São Paulo: Método, 2015.

MELGARÉ, Plínio. Princípios, regras e a tese dos direitos: apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 41, n. 163, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Manual de improbidade administrativa: direito material e processual. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em:

<https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html>. Acesso em: 16 abr. 2020.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord.). Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção 2018 (IPC). Disponível em: <https://www.transparency.org/news/pressrelease/indice_de_percepcao_da_corrupcao_2018>. Acesso em: 8 maio 2020.

NOTAS:

[1] Delegado de Polícia da PC/ES. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Estácio. Pós-graduado em Prevenção e Repressão à Corrupção pela Faculdade Estácio/CERS.

[2] Advogado. Mestre em Segurança Pública pela Universidade Vila Velha. Pós-graduado em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio.

A ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS APÓS A LEI Nº 13.467/2017

IGOR DANIEL LIMA DE SOUZA: Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós graduado em Direito Sindical pela Escola Superior da Advocacia (ESA-SP). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Oficial da Marinha do Brasil - Assessor Jurídico Adjunto.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo aprofundar a compreensão sobre a arbitragem nas relações trabalhistas, apresentando aspectos sociais, psicológicos e jurídicos, diante da multidisciplinaridade do tema. Para tanto, o trabalho aborda as profundas mudanças sociais ocasionadas nas relações laborais, de que forma tais mudanças modificaram o tratamento normativo sobre o tema, os critérios que possibilitam a submissão do conflito trabalhista à arbitragem, bem como as vantagens e desvantagens da solução arbitral.

SUMÁRIO: 1. Conceito; 2. A arbitragem trabalhista após a lei nº 13.467/2017; 3. A incapacidade econômica de uma das partes após a celebração da cláusula compromissória; 4. Critério para submissão do conflito à arbitragem; 5. A capacidade das partes para submissão do conflito à arbitragem; 6. O momento para pactuação da arbitragem; 7. Arbitragem trabalhista de direito ou equidade; 8. O montante da remuneração e o art. 507-A da CLT; 9. A negociação coletiva e a arbitragem trabalhista; 10. Conclusão; e 11. Referências.

1. Conceito

A arbitragem no Brasil é um meio facultativo de solução de conflitos, posto que se trata de uma opção proporcionada a pessoas capazes para solucionar litígios relacionados a direitos disponíveis.

A arbitragem pode ser explicada como:

“um processo de solução de conflitos jurídicos pelo qual o terceiro, estranho aos interesses das partes, tenta conciliar e, sucessivamente, decide a controvérsia”[1].

É, portanto, um mecanismo de heterocomposição de solução do conflito, pois o árbitro não pertence ao Estado:

“Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciões, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados”[2].

Nas palavras de Carlos Alberto Carmona:

“Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Essa característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distância da mediação e conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes)”[3].

Para Scavone Junior, a arbitragem é um:

“meio privado e alternativo de solução de conflitos referente aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral”[4].

Dessa forma, não há qualquer violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88) a instituição da arbitragem nas lides trabalhistas.

O procedimento arbitral é instituído por meio de uma convenção de arbitragem que de acordo com o art. 3º da Lei 9.307/96 compreende tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória, prevista no art. 4º da Lei 9.307/96, é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato, vale dizer, antes do conflito surgir, as partes determinam, que uma vez ele ocorrendo, a sua solução, será pela arbitragem.

Já o compromisso arbitral, regulado no art. 9º da Lei 9.307/96, é o negócio jurídico por meio do qual as partes submetem à arbitragem um conflito já existente.

Trata-se, pois, de um contrato em que as partes renunciam a possibilidade de sujeição do litígio à atividade jurisdicional estatal.

No compromisso arbitral, que pode ocorrer de forma judicial ou extrajudicial, o conflito já existe e as partes formalizam a escolha da arbitragem para a solução do litígio[5].

Assim, a arbitragem se caracteriza por dois elementos essenciais: são as partes da controvérsia que escolhem livremente quem vai decidir-la, os árbitros, e são também as partes que conferem a eles o poder e a autoridade para proferir tal decisão[6].

2.A arbitragem na legislação trabalhista

A Constituição Federal de 1988 trata de forma expressa a possibilidade de solução de litígios coletivos de trabalho por intermédio da arbitragem (art. 114 § 1º e 2º):

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Em relação aos conflitos individuais, foi silente, embora não tenha proibido tal hipótese[7].

Marcio Yoshida alega não haver qualquer proibição, além da contida no art. 1.º da Lei de Arbitragem, para a sua utilização para solução de conflitos individuais do trabalho[8].

Já a Lei de Greve (Lei 7.783/89) dispõe em seu art. 7º que:

“Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais durante o período ser regidas pelo acordo,

convenção, **laudo arbitral** ou decisão da Justiça do Trabalho.”
(grifos nossos)

Já a Lei 10.101, que trata da participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados, fruto da Medida Provisória nº 1.487/96[9], traz previsão expressa de uma “Arbitragem *de Ofertas Finais*”, caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse.

A Lei 9.307/96 restringe a arbitragem a direitos patrimoniais disponíveis. A doutrina e jurisprudência não admitiam a instituição da arbitragem para solução de conflitos individuais do trabalho, de acordo com os seguintes argumentos:

- a) irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas;
- b) hipossuficiência do trabalhador;
- c) o estado de subordinação existente durante o contrato de trabalho impede que o trabalhador manifeste a sua vontade para aderir a uma cláusula compromissória.

Assim, é a posição de Carlos Henrique Bezerra Leite:

“A arbitragem, embora prevista expressamente no artigo 114, § 1º e 2º, da CF, é raramente utilizada para solução dos conflitos coletivos trabalhistas, sendo certo que o art. 1º da Lei nº 9.307/96 vaticina que a arbitragem só pode resolver conflitos em que estejam envolvidos direitos patrimoniais disponíveis, o que, em linha de princípio, inviabiliza sua aplicação como método de solução dos conflitos individuais trabalhistas. Uma exceção seria a indicação, por consenso entre trabalhadores e empregador, de um árbitro para fixar o valor de um prêmio instituído pelo empregador”.

De igual modo, a jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho não aceitava a arbitragem como meio de resolução do conflito individual trabalhista, conforme se verifica na seguinte ementa:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.105/2015 E ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 - DESCABIMENTO . 1. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 1. A SBDI-1 firmou a compreensão de que , na

preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, para fins de atendimento do art. 896, § 1º-A, da CLT a parte deverá indicar, nas razões de revista, os trechos da decisão recorrida (inciso I deste artigo) e da petição dos embargos de declaração (incisos II e III), para o necessário cotejo de tese, que demonstram efetivamente que a parte requereu manifestação do Tribunal Regional sobre as questões que entende omissas. 2. Assim, não é possível o exame da preliminar quando o conjunto probatório revelar que o autor optou pela constituição de empresa de representação comercial e a contestação da possibilidade de existência de comissões faturadas e não pagas. 3. Em relação à eleição do juízo arbitral, com base no disposto no art. 8º da Lei nº 9.307/96, houve manifestação expressa acerca da matéria, pelo que não há que se cogitar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

2. ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. RECURSO ANTERIOR À LEI 13.467/2017.

2.1. Não há dúvidas, diante da expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), de que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho. O instituto encontra, nesse universo, a atuação das partes em conflito valorizada pelo agregamento sindical.

2.2. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, contudo, outro será o ambiente: aqui, os partícipes da relação de emprego, empregados e empregadores, em regra, não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exurgindo a hipossuficiência do trabalhador (bastante destacada quando se divisam em conjunção a globalização e tempo de crise).

2.3. Esta constatação medra já nos esboços do que viria a ser o Direito do Trabalho e deu gestação aos princípios que orientam o ramo jurídico. O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos - inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública - que amparam a classe trabalhadora.

2.4. A Lei nº 9.307/96 garante a arbitragem como veículo para se dirimir "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (art. 1º). A essência do instituto está adstrita à composição que envolva direitos patrimoniais disponíveis, já aí se inserindo óbice ao seu manejo no Direito Individual do

Trabalho (cabendo rememorar-se que a Constituição Federal a ele reservou apenas o espaço do Direito Coletivo do Trabalho). 2.5. A desigualdade que se insere na etiologia das relações de trabalho subordinado, reguladas pela CLT, condena até mesmo a possibilidade de livre eleição da arbitragem (e, depois, de árbitro), como forma de composição dos litígios trabalhistas, em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior. 2.6. A vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho. 2.7. Vale ressaltar que o art. 507-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, não possui aplicação retroativa. 3. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. Escudado unicamente em aresto inservível (art. 896, "a", da CLT), o apelo deixa de respeitar seus pressupostos de aparelhamento. Interposto à deriva dos requisitos traçados no art. 896 da CLT, não merece processamento o recurso de revista. 4. DIFERENÇAS DE COMISSÕES. Provados os fatos que envolvem a causa, remanesce ociosa a alegação de maltrato às regras de distribuição do ônus da prova (arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC). Agravo de instrumento conhecido e desprovido" (AIRR-2810-32.2012.5.03.0029, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 09/02/2018).

Dessa forma, antes da Lei 13.467/2017, prevalecia o entendimento de que a arbitragem, quanto ao Direito do Trabalho, ficava restrita ao Direito Coletivo e algumas leis esparsas, sendo que, na prática, essa faculdade de instituir a arbitragem, raramente, foi utilizada, diversamente do que ocorre em outros países[10].

O Código de Processo Civil, por sua vez, estimula os mecanismos extrajudiciais de solução dos litígios, inclusive, por intermédio da arbitragem, conforme se extrai da redação do art.3º:

"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 Público, inclusive no curso do processo judicial.

Vejamos que a previsão acima, aplicável de forma subsidiária e subsidiária ao direito processual do trabalho incentivou a arbitragem na solução dos conflitos trabalhistas.

3.A Arbitragem Trabalhista após a Lei 13.467/2017.

Com o advento da Lei n. 13.467/2017, passa-se a admitir o seu cabimento, nos termos do art. 507-A introduzido na CLT:

“Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de 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 de setembro de 1996.”

Percebe-se que a redação legal se inspirou em decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a instituição da arbitragem na seara do Direito do Consumidor.

O STJ sempre foi muito cuidadoso em admitir a possibilidade de arbitragem no Direito do Consumidor, considerando que o consumidor é a parte hipossuficiente, assim como o trabalhador, nota-se semelhança entre o Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho.

Nesse sentido, vejamos ementa do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. POSSIBILIDADE, RESPEITADOS DETERMINADAS EXCEÇÕES.

1. Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º,

§ 2º), inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas "ondas renovatórias do direito" de Mauro Cappelletti.

2. Por outro lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito "as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem". A mens legis é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral.

3. Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva.

4. Com a mesma ratio, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, nos termos do art. 4º, § 2º, justamente porque nesses contratos prevalece a desigualdade entre as partes contratantes.

5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção.

6. Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo peticitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não

sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão.

Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória.

7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso.

8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1.189.050/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 14/3/2016)

O entendimento do STJ é interessante, já que, sendo o fornecedor uma grande empresa, tem condições de instituir cláusulas sem que o consumidor possa discuti-

las. A rigor, o consumidor e o fornecedor não estão com as mesmas condições de igualdade, da mesma forma que o empregador e o empregado. Podemos dizer, que em ambas as hipóteses, estamos diante de contratos de adesão.

O STJ tem entendimento no sentido de que pode haver previsão de cláusula compromissória no contrato de consumo, ou seja, antes do conflito existir. Contudo, isso não pode obstar o consumidor de acessar o Poder Judiciário, caso assim entenda.

Conclui-se, portanto, que o uso da arbitragem é opção do consumidor. A cláusula compromissória, embora prevista no contrato de consumo, só terá eficácia caso o aderente consumidor tenha a iniciativa de instituir a arbitragem.

A segunda situação admitida pelo STJ é a de concordância expressa do consumidor quanto à instituição da arbitragem. É o caso, por exemplo, em que o fornecedor leva o conflito ao juízo arbitral e o consumidor, em sua contestação, concorda expressamente com a arbitragem. Importante ressaltar que o silêncio não vale para o STJ.

Ante o exposto, nota-se que o texto legal do art. 507-A da CLT guarda bastante semelhança com o tratamento utilizado pelo STJ em seus acórdãos.

Assim, conclui-se que, embora não esteja explícito no art. 507-A, a jurisprudência caminhará no sentido de que as partes podem instituir a arbitragem no contrato de trabalho, contudo, a cláusula compromissória apenas terá eficácia caso o trabalhador opte, livremente, por levar o conflito trabalhista para o árbitro; ou quando o empregado manifestar expressamente sua concordância com a arbitragem perante o próprio juízo arbitral.

Percebe-se que a inovação legislativa trazida pela Lei 13.467/17 rompe com a jurisprudência até então dominante, fomenta vários questionamentos que serão abordados nesse texto.

4.A incapacidade econômica de uma das partes após a celebração da cláusula compromissória.

Embora celebrada a cláusula arbitral, não há que se negar a possibilidade de solução do litígio por intermédio do Poder Judiciário a parte que não dispõe de meios para suportar os encargos decorrentes da arbitragem.

Assim, em decorrência da insuficiência econômica de uma das partes, ou a outra parte custeará integralmente a arbitragem, o que não está obrigada a fazer ou

abre-se a oportunidade de ajuizamento da ação trabalhista perante a Justiça do Trabalho, o que se mostra compatível com a garantia constitucional de acesso à (Constituição, art. 5º, XXXV), como já decidiu o Bundesgerichtshof, no célebre processo do encanador[11].

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal retirou a obrigatoriedade de convenção arbitral, em caso de insuficiência econômica de uma das partes, observada após a assinatura da cláusula.

Importante destacar que não importa apurar os motivos que impossibilitaram a parte de arcar com as despesas da arbitragem. De acordo com o Tribunal Constitucional de Portugal[12], basta o indicativo objetivo dessa incapacidade econômica da parte para que seja possível a solução do litígio pelo Poder Judiciário.

5. Critério para submissão do conflito à arbitragem

No sistema jurídico brasileiro, a arbitragem é admitida no caso de litígio envolvendo “direitos patrimoniais disponíveis”[13], vale dizer, a possibilidade de resolver-se um litígio por intermédio da arbitragem, é determinada a partir de critério *ratione materiae*[14].

Adotava-se, portanto, o critério da disponibilidade do direito, para a admissão da arbitragem, também utilizado em outros sistemas jurídicos, como em Angola, nos termos da Lei n. 16/03, art. 1º, n. 1.

De igual modo, no direito português, a autora Isabel Gonçalves diz que:

“não é fácil apurar se determinada relação jurídica é ou não indisponível e, por outro lado, mesmo no primeiro caso nem todas as vicissitudes da relação jurídica ou do direito são indisponíveis”[15].

O entendimento majoritário no âmbito trabalhista vai no sentido de que os créditos do empregado são irrenunciáveis – e, portanto, imunes a atos unilaterais dos empregados ou a acordos extrajudiciais não revestidos de formalidades – mas não chegam ao patamar do indisponível – pois, do contrário, nem ao menos poderia haver prescrição trabalhista ou acordo judicial, com ou sem concessões recíprocas.

É como se a irrenunciabilidade, tão estudada pelos tratadistas juslaborais, estivesse num degrau abaixo ou numa dimensão de menor densidade da indisponibilidade, muito cara aos direitos da personalidade, por exemplo.

A diferenciação entre o indisponível e o irrenunciável sempre foi feita sob grande tensão no direito do trabalho em geral e na legislação brasileira em particular, pois esconde algumas inconsistências e contradições.

Por exemplo, não se admite que o empregado seja transferido de localidade, mas se admite ampla liberdade na rescisão contratual. Não se admitem acordos extrajudiciais realizados no âmbito do departamento pessoal de uma empresa, mas se admitem acordos feitos na sala de espera dos fóruns trabalhistas, às vezes sem a presença do empregado, em nome de uma formalidade que aos poucos se esvaiu.

Assim, não se admitia a arbitragem, mas se impunha os efeitos da prescrição e da transação judicial sobre todas as parcelas trabalhistas.

Direito patrimonial disponível, nas palavras de Belizário Antônio de Lacerda, é:

“todo aquele direito que, advindo do capital ou do trabalho, ou da conjugação de ambos, bem como ainda dos proventos de qualquer natureza, como os acréscimos patrimoniais não oriundos do capital ou do trabalho ou da conjugação de ambos, pode ser livremente negociado pela parte, visto que não sofre qualquer impedimento de alienação, quer por força de lei, quer por força de ato de vontade”[16].

Nesta lógica, apenas questões que não envolverem direito que admita transação não são passíveis de arbitragem, como questões penais, referentes ao estado das pessoas, tributárias.

Conforme mencionado, várias normas atinentes ao contrato individual de trabalho admitem a possibilidade de renúncia e transação, o que permite a conclusão, de acordo com grande parte da doutrina, da disponibilidade de direitos que a princípio são considerados indisponíveis[17].

Eduardo F. Ricci, tratando sobre a questão da conexão lógica entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem, afirma que ela seria verdadeiramente imprescindível se a sentença arbitral, em vez de ser o equivalente da decisão judicial proferida pelo juiz, no que se refere a seus efeitos, fosse o equivalente de contrato privado estipulado pelas partes, a fim de solucionar a lide mediante transação ou conciliação.

Afirma que nesse caso, as partes obteriam, mediante o árbitro, a mesma finalidade que poderiam conseguir diretamente por meio de acordo. Conclui que esse tipo de arbitragem realmente exige a disponibilidade da lide como pressuposto.

Contudo, o mencionado autor alega que é diferente a situação da arbitragem disciplinada pela Lei n.º 9.307/96, pois a convenção de arbitragem não é convenção sobre o objeto da lide, nem ato de disposição do direito controvertido, é convenção sobre a escolha do juiz[18].

Por outro lado, o art. 507-A adotou critério diverso. Não utilizou a natureza do direito em si para definir a aplicação da arbitragem nos direitos individuais trabalhistas. Ao contrário, partiu de um dos elementos do contrato de trabalho, a saber, o valor da remuneração pactuada, sendo que acima de certa remuneração, a arbitragem é admitida na solução dos conflitos individuais do trabalho, abaixo, não.

O legislador pátrio adotou a ideia de que a remuneração mais elevada implica maior capacidade negocial, o que justifica a celebração da cláusula arbitral.

O critério adotado pelo art. 507-A da CLT não é de todo desarrazoado, uma vez que remunerações mais elevadas estão normalmente associadas a uma maior capacidade de negociação contratual.

Contudo, pode-se suscitar questionamento quanto ao valor estabelecido pela norma trabalhista não ser suficientemente adequado a fim de garantir uma verdadeira capacidade negocial do trabalhador.

Denota-se que o valor mencionado pelo art. 507-A da CLT substitui o conceito aberto correspondente à capacidade negocial do trabalhador.

O art. 507-A da CLT tornou disponíveis todos os direitos trabalhistas dos empregados que recebem mais que o teto ali imposto ao autorizar que a eventual lide decorrente desse contrato de emprego possa ser resolvida pela arbitragem.

O legislador partiu da premissa de que os empregados que percebem mais que duas vezes o teto da Previdência são hipersuficientes, pois tanto o empregado precisa do emprego como o patrão de seu serviço.

A intenção foi tornar disponíveis os direitos trabalhistas, podendo a lide ser apreciada pelo árbitro.

Verifica-se, ainda, que o legislador não exigiu a permanência de remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime

Geral de Previdência Social ao longo de todo o contrato de trabalho como fundamento para a eficácia da cláusula arbitral.

Portanto, caso o benefício previdenciário for elevado posteriormente à cláusula arbitral, sem, contudo, que a remuneração do trabalhador seja majorada, o ajuste entre as partes não fica prejudicado.

Por outro lado, a cláusula compromissória ajustada quando a remuneração do empregado for inferior ao limite legal é inválida, sendo que, posterior majoração da remuneração por si só, não é suficiente para convalidar a cláusula[19]. É necessária, portanto, uma nova pactuação, nos moldes do art. 507-A da CLT.

6.A capacidade das partes para submissão do conflito à arbitragem

A rigor, o art. 507-A da CLT não exige a capacidade das partes como pressuposto de validade da cláusula compromissória de arbitragem, portanto, um trabalhador incapaz com ganhos elevados, como um menor artista poderia ter em seu contrato o ajuste para eventual lide seja submetida à arbitragem.

Contudo, o próprio art. 507-A da CLT faz remissão aos “termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996”, sendo que o art. 1º da Lei 9.307/1996[20] exige a capacidade de contratar para a adoção da arbitragem.

Ainda que assim não fosse, a arbitragem ocorre pela celebração de negócio jurídico – cláusula compromissória ou compromisso arbitral – e estes, como se sabe, tem como pressuposto de validade a capacidade do agente[21].

7.Momento para pactuação da arbitragem

Interessante observar que o art. 507-A da CLT menciona apenas a possibilidade de celebração da cláusula compromissória, excluindo-se, a possibilidade de ajuste de compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato, vale dizer, antes do conflito surgir, as partes determinam, que uma vez ele ocorrendo, a sua solução, será pela arbitragem, nos termos do art. 4º da Lei 9.307/96.

Na fase pré-contratual, se o valor da remuneração avençado pelas partes supera o limite estabelecido pelo art. 507-A da CLT, é lícito às partes celebrarem a cláusula compromissória de arbitragem.

A cláusula compromissória pode ser firmada durante a vigência do contrato de trabalho. Assim, o empregado, que, após uma promoção, passa a ganhar remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social poderá pactuar cláusula compromissória de arbitragem.

O silêncio inicial não obsta negociação posterior durante a execução do contrato de trabalho, inclusive, até a recusa manifestada em um primeiro momento não é definitiva. Em um novo momento, chegando as partes a acordo, pode ser adotada a cláusula.

Uma vez extinto o contrato de trabalho, a subordinação desaparece, com mais razão, pode-se pactuar a cláusula compromissória. A doutrina aponta para a faculdade da arbitragem após a extinção do contrato de trabalho, uma vez que:

"with regard to the consent of an employee...an arbitration agreement made after the termination of the labour contract raises no serious concerns about the employee being manipulated by the employer" [22].

Debate interessante será no sentido de ser possível a arbitragem após a extinção do contrato de trabalho para todos os trabalhadores ou teremos que respeitar os requisitos do art. 507-A da CLT.

Nesse sentido, vale transcrever ementa do Tribunal Superior do Trabalho com entendimento anterior a novel normatização da arbitragem trabalhista no sentido de que sequer após a extinção do contrato de trabalho será possível a submissão do conflito à arbitragem:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CÂMARA DE ARBITRAGEM. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. ABSTENÇÃO DA PRÁTICA DE ARBITRAGEM NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO

1. Controvérsia estabelecida nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, em que se busca impor a pessoa jurídica de direito privado obrigação de abster-se de promover a arbitragem de conflitos no âmbito das relações de emprego.

2. Acórdão proferido por Turma do TST que, a despeito de prover parcialmente recurso de revista interposto pelo Parquet

, chancela a atividade de arbitragem em relação ao período posterior à dissolução dos contratos de trabalho, desde que respeitada a livre manifestação de vontade do ex-empregado e garantido o acesso irrestrito ao Poder Judiciário. Adoção de entendimento em que se sustenta a disponibilidade relativa dos direitos individuais trabalhistas, após a extinção do vínculo empregatício.

3. Seja sob a ótica do artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, seja à luz do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, o instituto da arbitragem não se aplica como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas. Mesmo no tocante às prestações decorrentes do contrato de trabalho passíveis de transação ou renúncia, a manifestação de vontade do empregado, individualmente considerado, há que ser apreciada com naturais reservas, e deve necessariamente submeter-se ao crivo da Justiça do Trabalho ou à tutela sindical, mediante a celebração de válida negociação coletiva. Inteligência dos artigos 7º, XXVI, e 114, caput, I, da Constituição Federal.

4. Em regra, a hipossuficiência econômica ínsita à condição de empregado interfere no livre arbítrio individual. Daí a necessidade de intervenção estatal ou, por expressa autorização constitucional, da entidade de classe representativa da categoria profissional, como meio de evitar o desvirtuamento dos preceitos legais e constitucionais que regem o Direito Individual do Trabalho. Artigo 9º da CLT.

5. O princípio tuitivo do empregado, um dos pilares do Direito do Trabalho, inviabiliza qualquer tentativa de promover-se a arbitragem, nos moldes em que estatuído pela Lei nº 9.307/1996, no âmbito do Direito Individual do Trabalho. Proteção que se estende, inclusive, ao período pós-contratual, abrangidas a homologação da rescisão, a percepção de verbas daí decorrentes e até eventual celebração de acordo com vistas à quitação do extinto contrato de trabalho. A premência da percepção das verbas rescisórias, de natureza alimentar, em momento de particular fragilidade do ex-empregado, frequentemente sujeito à insegurança do desemprego, com maior razão afasta a possibilidade de adoção da via arbitral

como meio de solução de conflitos individuais trabalhistas, ante o maior comprometimento da vontade do trabalhador diante de tal panorama.

6. A intermediação de pessoa jurídica de direito privado - "câmara de arbitragem" - quer na solução de conflitos, quer na homologação de acordos envolvendo direitos individuais trabalhistas, não se compatibiliza com o modelo de intervencionismo estatal norteador das relações de emprego no Brasil.

7. Embargos do Ministério Público do Trabalho de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento "

(E-ED-RR-25900-67.2008.5.03.0075, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DEJT 22/05/2015).

8.Arbitragem trabalhista de direito ou de equidade

A arbitragem pode ser de direito ou de equidade[23]. A livre pactuação da modalidade de arbitragem será afastada quando envolver a administração pública, impõe-se, no caso a arbitragem de direito em observância ao princípio da legalidade[24].

O grande debate da arbitragem por equidade em conflitos trabalhistas individuais advém do fato de que boa parte das normas de Direito do Trabalho são de ordem pública e não podem ter sua incidência excluída de aplicação pela vontade das partes, dado seu caráter tutelar e norteador das relações laborais[25].

O art. 507-A da CLT é omissivo quanto ao assunto. Contudo, a Lei 13.467/2017 não derogou o art. 9º da CLT de modo que não há espaço para que as partes estipulem arbitragem por equidade em litígio trabalhista individual, o que, se aceito, permitiria a exclusão da incidência das normas legais na solução do conflito arbitral.

Se a cláusula compromissória estipula a arbitragem por equidade, põe-se a questão de saber se a invalidade atinge todo o instituto, deixando aberta a possibilidade judicial, ou se viola apenas o critério previsto, mantida a sentença arbitral, a ser feita, porém, segundo as regras de direito.

A rigor, o problema central está na extensão da nulidade parcial. É importante analisar a intenção prática das partes.

Se pactuaram a cláusula com o escopo de resolver o conflito por equidade, todo o ajuste é inválido. Não há como decompor o ajuste, pois a invalidade do fim principal buscado – solução por equidade – compromete todo o acordo.

É a solução que resulta também do art. 1.419, do Código Civil italiano:

“La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”.

Zeno Veloso anota:

“ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total”[26].

Se, ao contrário, pretenderam, como fim principal, obter solução arbitral para a controvérsia, elegendo, por desconhecimento do limite legal, o critério da equidade, o resultado pode ser diverso, de modo que se mantenha a cláusula.

Não há qualquer óbice que exista previsão expressa no compromisso sobre a divisibilidade ou não das suas partes[27], o que se revela mesmo recomendável, para evitar as incertezas interpretativas que o silêncio pode resultar.

O art. 292º do Código Civil português estabelece:

“A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada”.

Nesse sentido, vejamos ementa do Superior Tribunal de Justiça que trata sobre a divisibilidade ou não da cláusula que estipula a solução por equidade:

“Nos termos do art. 184 do CC/02, a nulidade parcial do contrato não alcança a parte válida, desde que essa possa subsistir autonomamente. Haverá nulidade parcial sempre que o vício invalidante não atingir o núcleo do negócio jurídico. Ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que

as partes só teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total. O princípio da conservação do negócio jurídico não deve afetar sua causa ensejadora, interferindo na vontade das partes quanto à própria existência da transação.” (STJ – 3ª T., REsp n. 981.750/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 13.04.2010 in DJe de 23.04.2010).

De qualquer modo, a rigor, de acordo com a previsão do art. 184 do Código Civil, tal como o Código Português, a presunção é a da divisibilidade das disposições.

9.O montante da remuneração e o art. 507-A da CLT

O art. 507-A estipula a remuneração como o elemento principal para a possibilidade de utilização da arbitragem:

“Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”.

A norma, do ponto de vista técnico, apresenta evidente equívoco formal. Isto porque, nele se indica a remuneração, sem estabelecer, contudo, o seu modo de aferição.

A remuneração pode ser estipulada por unidade de tempo ou por unidade de obra[28].

Quando estabelecida por unidade de tempo, pode ser aferida por hora, por dia, por semana ou por mês. Indicar apenas o valor da remuneração, sem normatizar o modo de aferição, deixa incompleta a norma.

A remuneração de que se aponta é por unidade de obra ou por unidade de tempo? Caso seja por unidade de tempo, o período a considerar é o mês, a semana, o dia ou a hora?

Luciano Martinez aponta que “não basta...dizer qual será a dimensão salarial básica; é imperioso definir em função de que o estipêndio será pago”[29].

Foi precisamente o que não ocorreu na redação do art. 507-A.

Além disso, da instituição da remuneração como critério pode até ensejar situação paradoxal, em que direitos idênticos ou da mesma natureza, de titularidade

do mesmo empregado, ficam sujeitos a arbitragem em uma situação, mas não em outra.

Vejamos o caso de um médico com dois contratos de trabalho, havendo controvérsia, em ambos, sobre a exigibilidade ou, não, do pagamento de certa gratificação em uma dada situação, que se repete de forma idêntica nos dois casos.

Na primeira situação, a remuneração supera o valor previsto no art. 507-A; no outro, não. É difícil entender que a arbitragem cabível no primeiro caso, não possa também ser utilizada no segundo, a despeito da substancial identidade dos fatos.

O paradoxo decorre do fato de o legislador ter procurado isolar o elemento justificador da diferenciação dos empregados, relacionando-o com a remuneração decorrente do contrato.

10.A negociação coletiva e a arbitragem trabalhista

A negociação coletiva não pode alterar as condições estabelecidas pelo art. 507-A para a adoção de arbitragem no plano individual.

Isto porque, nem a convenção coletiva nem o acordo coletivo suprem o consentimento pessoal do trabalhador, imprescindível à adoção da arbitragem em conflitos individuais.

Não importa que haja previsão de arbitragem nas mencionadas normas coletivas. Sem a manifestação de vontade do próprio empregado, não é válida cláusula compromissória[30].

As normas coletivas nada podem com relação aos requisitos estabelecidos pelo art. 507-A. Não é possível ampliá-los, modificá-los ou restringi-los.

Nota-se, que o art. 611-A, que especifica os temas que podem ser regulados por normas coletivas, ainda que seu rol seja exemplificativo, não menciona a previsão do art. 507-A.

Posto isto, a norma coletiva não pode diminuir o limite mínimo da remuneração exigido para que seja instituída a arbitragem, de igual modo, pode aumentá-lo, nem pode acrescentar outros requisitos, não estabelecidos pelo legislador, a saber: exercício de função de confiança ou diretiva, formação de nível superior do empregado, idade mínima, aprovação ou homologação pela entidade sindical, assistência sindical na subscrição da cláusula, dentre outros.

Além disso, não é permitido ao regulamento de empresa disciplinar a arbitragem, o que contrasta com o teor do art. 507-A, que exige iniciativa do empregado ou sua concordância expressa.

A simples aceitação das normas do regulamento empresarial pelo trabalhador não é suficiente, dela não se extraíndo consentimento expresso para com a arbitragem.

Permite-se, a rigor, que a norma coletiva ou o regulamento de empresa prevejam regras favoráveis ao empregado no que diz respeito à arbitragem. Como no caso em que o empregador reduza o seu poder diretivo, expresso no regulamento de empresa, para dizer que a arbitragem, quando aceita com os requisitos do art. 507-A, será realizada sem ônus financeiros para o trabalhador.

11. Conclusão

A arbitragem entendida como meio alternativo de solução de conflitos individuais trabalhistas pode ser altamente vantajosa para as partes. Mas para isso, deve ser constituída de algumas cautelas, pois o Direito do Trabalho possui regras, princípios e valores voltados à proteção do trabalhador, parte hipossuficiente na relação trabalhista.

Dentro deste contexto, não se desconsidera o caráter protetivo do direito laboral, caracterizado por ter normas de ordem pública, intransigíveis e irrenunciáveis.

Contudo, tais características desse ramo especializado do direito não são capazes de excluir, de forma rígida, o cabimento de arbitragem para solução de seus litígios.

Permito-me fazer referência a recente reforma na legislação brasileira trabalhista, que permite a arbitragem apenas para empregados cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, com base na suposição de que trabalhadores com salários inferiores não seriam completamente capazes para contratar livremente a arbitragem.

Acredito ser prematura a adoção de cláusula de barreira instituído pelo art. 507-A da CLT. Ao limitar o uso da arbitragem àqueles empregados com altos salários, o legislador substitui o conceito correspondente à capacidade negocial, por um montante, privando de sua utilização justamente aqueles mais necessitados de uma justiça rápida e especializada.

Verificou-se, no campo jurídico, que o art. 507-A da CLT foi omissivo em diversas questões importantes no que tange a arbitragem trabalhista para solução de contratos individuais de trabalho, tais como: se a arbitragem é de direito ou equidade, se norma coletiva pode alterar o patamar estabelecido remuneratório necessário para instituição da arbitragem, dentre outros aspectos tratados no presente trabalho.

Temos, ainda, a omissão normativa que levará a discussão quanto à possibilidade de constituição da arbitragem, após a extinção do contrato de trabalho para todos os trabalhadores ou, ainda, assim, teremos que respeitar os requisitos do art. 507-A da CLT.

Portanto, percebe-se que a nova regra trazida pela Lei nº 13.467/2017 não pacificou toda a problemática que envolve a arbitragem. Nesse sentido, pode-se afirmar que a nova legislação sequer acompanhou o desenvolvimento das relações já conhecidas na seara da arbitragem, o que causará diversos debates judiciais sobre questões que, pela natureza arbitral, deveriam ser solucionadas fora do Poder Judiciário, por intermédio de árbitro escolhido pelas partes.

Assim, para alcançar o almejado efeito de solucionar os conflitos trabalhistas de forma mais justa e célere, é imprescindível que haja instituições arbitrais sérias e previsibilidade sobre qual será o entendimento do Poder Judiciário no que diz respeito ao alcance da arbitragem trabalhista, a fim de tornar o mecanismo arbitral colaborativo para a pacificação social.

12. Referências

BASHAYREH, Mohammad Hussein. Arbitrating Individual Labour Disputes in Jordan: Has the Policy of Promoting Arbitration Been Misplaced? em *Arab Law Quarterly*, vol. 23 (2009).

BATISTA MARTINS, Pedro A., FERREIRA LEMES, Selma M. CARMONA, Carlos Alberto, Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

BUENO MAGANO, Octavio. Direito individual do trabalho, São Paulo, LTr, 1992, vol. II, n. 131.

CARAMELO, António Sampaio. Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça in *Direito da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CHINA apud CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem: Lei n.º 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FLENIK, Giordani. Arbitragem nos litígios trabalhistas individuais. Florianópolis: Insular, 2009.

GOTTSCHALK, Egon Felix. Norma pública e privada no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995.

HERZOG, Paul M. e STONE, Morris. (Voluntary Labour Arbitration in the United States, International Labour Review, vol. 82, 1960).

ISABEL GONÇALVES. A não arbitrabilidade como fundamento de anulação da sentença arbitral na Lei de Arbitragem Voluntária in Análise de jurisprudência sobre arbitragem, Coimbra, Almedina, 2001.

LACERDA, Belizário Antônio de. Comentários à Lei de Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, Saraiva, 2016.

PINTO, José Augusto Rodrigues, *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*, São Paulo, LTr Editora, 1998.

RAMOS FILHO, Wilson. O fim do poder normativo e a arbitragem. São Paulo: LTr, 1999.

RICCI, Eduardo F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide a admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro Batista (Coord.). Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Zoraide Amaral de. Arbitragem: conciliação: mediação nos conflitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2004.

VELOSO, Zeno. Invalidez do negócio jurídico, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

VICENTE, Joana Nunes, A invalidez parcial do contrato de trabalho. Coimbra, Gestlegal, 2017.

YOSHIDA, Márcio. Arbitragem trabalhista. São Paulo: LTr, 2006.

[1] PINTO, José Augusto Rodrigues, *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*, São Paulo, LTr Editora, 1998, p. 269.

[2] CINTRA, Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

[3] CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 51.

[4] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21.

[5] FLENIK, Giordani. Arbitragem nos litígios trabalhistas individuais. Florianópolis: Insular, 2009, p. 57.

[6] CHINA apud CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem: Lei n.º 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8.

[7] RAMOS FILHO, Wilson. O fim do poder normativo e a arbitragem. São Paulo: LTr, 1999, p. 243.

[8] YOSHIDA, Márcio. Arbitragem trabalhista. São Paulo: LTr, 2006, p. 114.

[9] Depois de sucessivas reedições, a Medida Provisória original “mudou de número” para 1.698-51, de 27 de novembro de 1998.

[10] Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a arbitragem é prevista como forma de solução dos conflitos coletivos em mais de 90% das normas coletivas, segundo informação antiga de Paul M. Herzog e Morris Stone (*Voluntary Labour Arbitration in the United States*, *International Labour Review*, vol. 82, 1960, p. 301).

[11] A propósito, com a súmula da decisão tomada pelo tribunal alemão no caso do encanador, António Sampaio Caramelo, *Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça in Direito da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 223e segs.

[12] Acórdão n. 311/2008, Rel. Joaquim de Sousa Ribeiro, decisão de 30.05.2008.

[13] Lei n. 9.307/1996, art. 1º, in fine.

[14] BATISTA MARTINS, Pedro A., FERREIRA LEMES, Selma M. CARMONA, Carlos Alberto, Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 144.

[15] ISABEL GONÇALVES. A não arbitrabilidade como fundamento de anulação da sentença arbitral na Lei de Arbitragem Voluntária in Análise de jurisprudência sobre arbitragem, Coimbra, Almedina, 2001, p. 139

[16] LACERDA, Belizário Antônio de. Comentários à Lei de Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

[17] SOUZA, Zoraide Amaral de. Arbitragem: conciliação: mediação nos conflitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2004, p. 192.

[18] RICCI, Edoardo F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide a admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro Batista (Coord.). Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 405-406.

[19] Código Civil, art. 169, princípio.

[20] Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

[21] Código Civil, art. 104, inciso I.

[22] Mohammad Hussein Bashayreh, Arbitrating Individual Labour Disputes in Jordan: Has the Policy of Promoting Arbitration Been Misplaced? em Arab Law Quarterly, vol. 23 (2009), p. 450.

[23] Lei n. 9.307/1996, art. 2º, caput.

[24] Constituição, art. 37, caput, e Lei n. 9784/1999, art. 2º.

[25] GOTTSCHALK, Egon Felix. Norma pública e privada no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995.

[26] VELOSO, Zeno. Invalidez do negócio jurídico, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 95.

[27] VICENTE, Joana Nunes, A invalidade parcial do contrato de trabalho. Coimbra, Gestlegal, 2017, p. 98.

[28] BUENO MAGANO, Octavio. Direito individual do trabalho, São Paulo, LTr, 1992, vol. II, n. 131, p. 222.

[29] MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 458.

[30] RABELLO DE MIRANDA, Fernando Hugo. Arbitragem nos conflitos individuais de trabalho, São Paulo, dissertação (s.e.p.), 2004, p. 71.

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NO DIREITO AMBIENTAL E AGRÁRIO: A RELAÇÃO ENTRE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O PROGRESSO DA HUMANIDADE

FILIPE EWERTON RIBEIRO TELES: Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA (CE). Pós Graduado em Direito Penal e Criminologia - URCA.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo verificar o estudo da evolução do conceito de sustentabilidade ambiental característico no Direito Ambiental e Agrário e sua relação sustentável com o progresso da humanidade. Cuida-se de tema de constante debate pelas organizações e ambientalistas, sendo sempre debatido a prática sustentável do desenvolvimento humano na humanidade. Adicionalmente, os estudos doutrinários referentes ao tema também são de extrema relevância, pois funcionam como um caminho adequado para estudo da legislação e jurisprudência presente no ordenamento jurídico. Dessa forma, sua compreensão auxilia na resolução de diversas questões controversas. Considerando que as questões ambientais envolvendo o tema tem análise complexa na doutrina e na legislação vigente o estudo foi feito juntamente com a apresentação de conceitos de doutrinadores e posicionamentos de ambientalistas com a finalidade de facilitar a compreensão temática.

PALAVRAS-CHAVE: Sustentabilidade Ambiental; Direito Ambiental e Agrário; Doutrina; Meio Ambiente.

ABSTRACT: This article aims to verify the study of the evolution of the concept of environmental sustainability characteristic in Environmental and Agrarian Law and its sustainable relationship with the progress of humanity. It takes care of a topic of constant debate by organizations and environmentalists, always debating the sustainable practice of human development in humanity. In addition, the doctrinal studies related to the theme are also extremely relevant, as they work as an adequate way to study the legislation and jurisprudence present in the legal system. In this way, their understanding helps to resolve several controversial issues. Considering that the environmental issues involving the subject have a complex analysis in the doctrine and in the current legislation, the study was done together with the presentation of concepts of indoctrinators and positions of environmentalists in order to facilitate the thematic understanding.

KEYWORDS: Environmental Sustainability; Environmental and Agrarian Law; Doctrine; Environment.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1.1 Perspectiva Histórica; 2. A Questão Ambiental e o papel das Nações Unidas; 3. A Sustentabilidade Ambiental no Direito Positivo Brasileiro; Conclusão; Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

1.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA

O diálogo entre a população, pesquisadores, cientistas sociais, economistas e ambientalista, voltado à compreensão do meio ambiente é muito recente. O tema não é simples, pois, a sustentabilidade ambiental e sua interrelação com o desenvolvimento humano são assuntos complexos, que estão ligados tanto ao conceito de progresso, quanto ao de desenvolvimento.

O progresso sempre foi uma aspiração na história humana. Seu conceito é baseado na ideia de que no futuro, o mundo será melhor do que é hoje. A ciência, a tecnologia, a industrialização, a democracia, e até a qualidade de vida, são instrumentos do progresso, porém as questões ambientais não estão inseridas neste contexto. Em contra partida, o conceito de desenvolvimento só teve início no século XX, e pode englobar questões macro – envolvendo aspectos econômicos – questões regionais e setoriais – industrialização ou agricultura –, questões locais – geração de renda de uma população específica –. O conceito de desenvolvimento também está relacionado às mudanças na estrutura social, econômica e cultural da sociedade.

Dois aspectos estão interligados na noção de desenvolvimento. O primeiro, considera a hierarquia funcional, caracterizada pela crença de alcançar um objetivo seguindo técnicas, métodos e legislações estabelecidas pelos Estados, remete a ideia do desenvolvimento internacional. O segundo, considera o acúmulo de capital (RIBEIRO, 1992).

A definição de desenvolvimento é vasta, porém, todas trazem a ideia de progresso econômico e condições de vida melhor que a atual. Um estudo realizado por Herculano (1998), demonstra que a democracia na Escandinávia possibilita a participação da população nas decisões relacionadas a elas. Desta forma, a qualidade de vida se baseia em “ter, amar e ser”. Ter: condições materiais suficientes para sua própria sobrevivência (casa, trabalho, saúde, educação); Amar: capacidade de se relacionar com outros indivíduos e formar identidades sociais; Ser: capacidade de integração com a sociedade e com a natureza.

Estes critérios de qualidade de vida são definidos como um compromisso ético, que garantem o desenvolvimento, considerando tanto os aspectos humanos, quanto os do meio ambiente. Para compreender como a qualidade de vida está

associada ao meio ambiente, é preciso primeiro entender a expressão meio ambiente, e assim inserir o conceito de desenvolvimento sustentável em todas as atividades humanas. Meio Ambiente é tudo que tem a ver com a vida de um ser ou de um grupo de seres vivos.

Tudo que tem a ver com a vida, sua manutenção e reprodução. Nesta definição estão: os elementos físicos (a terra, o ar, a água), o clima, os elementos vivos (as plantas, os animais, os homens), elementos culturais (os hábitos, os costumes, o saber, a história de cada grupo, de cada comunidade) e a maneira como estes elementos são tratados pela sociedade. Ou seja, como as atividades humanas interferem com estes elementos. Compõem também o meio ambiente as interações destes elementos entre si, e entre eles e as atividades humanas. Assim entendido, o meio ambiente não diz respeito apenas ao meio natural, mas também às vilas, cidades, todo o ambiente construído pelo homem (NEVES; TOSTES, 1992).

Percebe-se que, o meio ambiente não se restringe à vegetação, animais, solos, mas também a todos os elementos que interagem com a natureza. Não é apenas um recurso infinito à disposição do homem, ou objeto de pesquisa. É importante salientar que todos os seres vivos dependem diretamente do meio ambiente para sobreviver, e que a geração de riquezas pode existir sem que haja a necessidade de comprometê-lo.

2 A QUESTÃO AMBIENTAL E O PAPEL DAS NAÇÕES UNIDAS

A exploração da natureza pelo homem sempre existiu, pois, tudo o que mantém e alimenta a vida humana advém dos recursos naturais. Ao passo que a humanidade intensifica o consumo dos recursos naturais, o crescente risco de colapso nos ecossistemas globais são atenuados, ou seja, a capacidade de renovação fica comprometida (BARBIERI, 2016).

Os processos industriais não só causaram muitos danos ambientais, devido ao enfoque no lucro rápido e na produção em massa. A industrialização acarretou no aumento de grandes aglomerações urbanas, intensificou problemas relacionados ao esgoto, poluição hídrica, descarte descontrolado e sem controle de resíduos, desmatamento (MOREIRA, 2013), colocando o meio ambiente na atual crise em que se encontra. Sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a era nuclear disseminou entre a população o medo de uma nova poluição, a radiação.

Estes temores impulsionaram o movimento ambientalista, que a partir de 1962, com o livro "A Primavera Silenciosa" de Rachel Carson, denunciou os perigos que a população mundial está sujeita, por não respeitar o meio ambiente em que habita. O livro de Rachel Carson, intitulado como A Primavera Silenciosa, é

considerado até hoje como referência básica às questões ambientalistas, e foi o texto precursor do desenvolvimento das políticas públicas governamentais no mundo. Sua leitura é de importante relevância à humanidade, e é possível comprá-lo em qualquer livraria de renome.

Neste cenário, a Organização das Nações Unidas (ONU) se atribuiu a responsabilidade de estabelecer políticas ambientais às nações que integram seu conselho. A dificuldade que surgiu foi em encontrar um consenso dos níveis e medidas ambientais, principalmente quando estas questões envolviam países com grandes riquezas naturais e, ao mesmo tempo, densidade populacional elevada. Na tentativa de solucionar a problemática desta questão, a ONU introduziu o conceito de desenvolvimento sustentável, que de forma geral, propõe políticas governamentais que visam o desenvolvimento e a preservação do meio ambiente. Estudiosos defendem que os países subdesenvolvidos são os que mais necessitam de desenvolvimento

. Para tanto, devem afastar a ideia de que a preservação ambiental é superior ao crescimento econômico, e colocar em prática o desenvolvimento sustentável. Historicamente a construção das políticas ambientais teve início com a conhecida Conferência de Estocolmo realizada em 1972 pela ONU. O evento apresentou, em sua declaração final, o Manifesto Ambiental, que contém 19 princípios, abordando a necessidade da preservação e melhoria do meio ambiente humano.

Os documentos elaborados pela ONU, a partir de então, têm grande relevância à divulgação dos instrumentos de proteção à natureza, e influenciam a construção das leis ambientais dos países. Outro documento relevante às políticas governamentais surgiu em 1970 com a publicação do Informe ao Clube de Roma: Limites do Crescimento – um relatório para o projeto do clube de Roma sobre o dilema da humanidade (MEADOWNS et. al, 1978).

Segundo Meadows e autores (1978), o Clube de Roma era composto por trinta pessoas de dez países diferentes. Estas pessoas eram tanto cientistas, economistas, ambientalistas, empreendedores, quanto representantes de governo nos níveis nacional e internacional. Sua finalidade era fomentar estudos de cunhos econômico, político, social e ambiental.

O Informe ao Clube de Roma divulga que o crescimento econômico depende diretamente da disponibilidade de recursos naturais e energéticos, e que dentro de algumas décadas, estes recursos tendem a degradação e ao desaparecimento. Com isto, o informe propõe transformações nos modos de produção de forma a se chegar em um modelo de crescimento zero (NASCIMENTO, 2013).

Segundo Foladori (2001), este documento trata-se de uma crítica ao sistema capitalista, que surgiu por parte do próprio sistema. Em seguida, a ONU realizou outra conferência que marcou os passos seguintes, e os atuais, da humanidade. No ano de 1983 é realizada a Conferência de Brundtland, na qual fez críticas aos modelos de desenvolvimento utilizados, e ressaltou os riscos do uso inconsciente dos recursos naturais. Ficou claro que as atividades humanas não convergiam ao conceito de desenvolvimento sustentável.

As recomendações feitas pela Conferência de Brundtland leva à realização da Conferência Rio-92, intitulada "Cúpula da Terra". É a partir de 1992 que a necessidade do desenvolvimento sustentável foi reconhecido pelo mundo. Segundo Soares (2001), os resultados que a Conferência Rio-92 alcançou, de forma geral, foram: A adoção das convenções – Convenção Quadro sobre as Mudanças Climáticas, e Convenção sobre a Diversidade Biológica; A assinatura dos documentos que continham os princípios a serem adotados pelos governos; A ação comprometida para com os temas das próximas reuniões da ONU; A criação da Comissão de Desenvolvimento Sustentável, que se encarrega de submeter, após deliberação, relatórios e recomendações, bem como acompanhar a implementação da Agenda 21.

A Rio-92 portanto, adotou a Agenda 21, que delineou um programa de ações, visando a aplicação do desenvolvimento sustentável como modelo base do desenvolvimento humano. A agenda 21 contemplava questões ambientais, econômicas, sociais e culturais, fundamentadas no conceito de desenvolvimento sustentável.

Segundo a evolução do conceito de sustentabilidade conforme Dryzek (1997), a sustentabilidade se origina no uso sustentável dos recursos naturais com fins produtivos. É a ideia de preservar hoje para ter com o que produzir amanhã. Este enfoque busca a manutenção da utilização dos recursos ambientais sem reduzir de forma irreversível a capacidade de regeneração.

A ciência agrobiológica desenvolveu este conceito para relacionar a capacidade de um sistema de gestão capaz de manter sua produção em meio às perturbações externas. O conceito tratava-se de uma índole física fundamentada na capacidade de carga, e era uma ideia estritamente ecológica da sustentabilidade (HERRERO, 2000).

A capacidade de carga de uma espécie biológica num ambiente é o tamanho populacional máximo que o meio pode sustentar indefinidamente, ao considerar alimento, habitat, água e outras necessidades disponíveis no ambiente. As ações

humanas são sustentavelmente ecológicas quando não alteram o ecossistema do meio – seja a função de fonte ou de fossa – ao longo do tempo (GOODLAND, 2002).

A função de fonte está ligada à obtenção da matéria-prima, e a função de fossa à absorção pelo meio ambiente destes dejetos descartados. Essas funções em conjuntos são a capacidade de carga, e não devem ser ultrapassadas pelas atividades do homem.

As taxas dessas funções podem ser medidas e avaliadas, portanto, a capacidade da natureza em assimilar os dejetos que recebe não pode ser superior ao seu limite, bem como as taxas de utilização de seus recursos, também não devem ser superiores às taxas de regeneração. Este conceito estabelece a premissa de que a sustentabilidade ecológica objetiva manter o capital intacto. Há três critérios de equilíbrio para as taxas de entrada e saídas de recursos naturais e de resíduos na sustentabilidade ecológica (HERRERO, 2000):

1) não podemos consumir estoques de recursos superando a velocidade de sua regeneração; 2) nos recursos que não se renovam, a taxa de utilização deve ser equivalente à taxa de substituição por outros recursos renováveis e incorporados ao processo econômico; 3) os processos de produção não podem poluir mais do que os ecossistemas são capazes de assimilar em termos biológicos.

O Informe Brundtland, publicado em 1987, é o percussor das iniciativas sobre o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. A sua concepção acerca da sustentabilidade ecológica é similar à exposta anteriormente:

Aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades.

O conceito possui duas questões-chave, a ideia das necessidades essenciais dos pobres, a que se deve atribuir absoluta prioridade, em especial nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos; e as limitações impostas pelas tecnologias e pelas organizações sociais referentes à capacidade de o meio ambiente atender às necessidades básicas presentes e futuras. Portanto, percebe-se que se apresenta a tensão dinâmica entre a pobreza e a preocupação ambiental, considerando a continuação da vida dos seres humanos dentro de certas restrições ambientais.

Ao longo dos anos, as atividades humanas intensificaram seus impactos ambientais. Seja por causa do crescimento populacional, seja em virtude do desenvolvimento tecnológico, as atuais intervenções são mais pontuais e problemáticas. Hoje os impactos atingiram uma escala maior, e é devido a isto que

as atividades humanas ameaçam a sustentabilidade, tanto a nível local como global (CMMAD, 1991).

Assim, as atividades humanas passaram a ser foco de discussão, e tornou-se imprescindível a identificação dos processos que podem causar interferência no ecossistema em um determinado prazo. Para Boff (2006), a sustentabilidade se resume na capacidade de administrar a voracidade humana.

Entretanto, quando se avalia as intervenções humanas sob o meio ambiente, verifica-se que o caráter físico e ecológico do conceito de sustentabilidade depende também de fatores econômicos e sociais (CMMAD, 1991).

O conceito evolui e acrescenta as variáveis socioeconômicas e culturais, chegando à sustentabilidade ambiental. Neste contexto, o conceito de equidade social entre cada geração toma força. A complexidade da sustentabilidade evolui de tal forma que a variação dos níveis de consumo per capita, as desigualdades sociais e econômicas, a capacidade de desenvolvimento da nação, as tecnologias disponíveis se tornam fatores de estudo para o entendimento da sustentabilidade ambiental.

A sustentabilidade ecológica separa o homem da natureza, limitando a análise dos aspectos biofísicos, e a sustentabilidade ambiental determina que as dimensões físicas: social, econômica e cultural relacionam-se intrinsecamente com os impactos ambientais. A sustentabilidade ambiental: dimensões ecológica, econômica e social

Os conceitos de sustentabilidade iniciaram com abordagens conservacionistas da natureza e foram evoluindo até manifestar a ideia atual de sustentabilidade (HERRERO, 2000). Não era suficiente limitar o meio ambiente às relações biofísicas, excluindo o homem e suas interações. Assim, a incorporação dos elementos físicos passa a complementar o conceito da sustentabilidade. Sachs (2004) considera então que a base da sustentabilidade não é fundamentada apenas nas três dimensões citadas anteriormente, e sim em seis dimensões principais:

1) sustentabilidade social; 2) sustentabilidade cultural; 3) sustentabilidade econômica; 4) sustentabilidade ecológica; 5) sustentabilidade ambiental; 6) sustentabilidade territorial.

Todavia, a maioria dos autores utilizam os aspectos de sustentabilidade ambiental, sustentabilidade sociocultural e sustentabilidade econômica, que segundo Cavalcanti (2002), devem obedecer aos critérios de equidade social, equilíbrio ecológico e eficiência econômica.

São diversos os objetivos da sustentabilidade, e não se limitam à manutenção dos níveis de recursos naturais que estão à disposição humana. Implica também nas exigências éticas da sociedade para a conservação ambiental e cultural. Essa ideia sustenta a possibilidade do desenvolvimento humano e social – satisfação das necessidades e preservação da natureza.

A sustentabilidade social vincula-se à distribuição de renda - redução das diferenças sociais – homogeneidade social, qualidade de vida da população e acesso igualitário aos serviços sociais (SACHS,2002).

Segundo Pierrri Estades (2002), é possível analisar a sustentabilidade local, regional e global, uma vez que a sustentabilidade ambiental é sempre espacial, ou seja, refere-se a um determinado espaço e sistema.

A análise local tem como objetivo identificar a influência do impacto das atividades sustentáveis, se o meio ambiente mantém suas características, ou se há degradação, esvaziamento ou aumento dos recursos naturais. A análise global seria identificar as contribuições positivas e negativas em longo prazo.

A ONU estabelece que o modelo de desenvolvimento econômico dos países deve ser baseado no desenvolvimento sustentável. Ou seja, um desenvolvimento com conduta sustentável. A palavra sustentável visa uma tradição, ações sociais duradouras ao longo do tempo. A tendência atual é buscar a sustentabilidade em contextos pequenos, aplicando a sustentabilidade local. Porém, todas as definições de sustentabilidade têm em comum a ideia de manutenção, sustentação ou a continuação dos recursos naturais, sistemas, ou relações homem e o meio ambiente.

A concretização da sustentabilidade através das ações humanas– sociais, culturais, ambientais e econômicas – é possível, com a utilização de instrumento de avaliação dos impactos ambientais que leve em consideração as dimensões do desenvolvimento sustentável dentro do contexto espacial e temporal em que a atividade está inserida. Este instrumento deve ser independente, sem associação à sustentabilidade ecológica, social e econômica. A separação dessas três dimensões é meramente metodológica, pois o uso racional dos recursos naturais aumenta a equidade e a justiça social, reduzindo simultaneamente a desintegração social (CAVALCANTI, 2002).

Apesar da característica interdependente do instrumento de avaliação ambiental, deve-se aprofundar o conhecimento com métodos e legislações, e somente após esta etapa, promover a integração das três dimensões.

3 A SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A fundamentação jurídica brasileira toma por base os documentos da ONU, mas não apenas estas orientações. O Brasil participou dos debates das três grandes Cúpulas ambientais que a ONU realizou, e assinou as declarações políticas estabelecidas.

Os documentos gerados a partir destas Cúpulas estimulam a elaboração de leis federais que estabelecem mecanismos necessários para a criação, coordenação e implementação de políticas e para a aplicação das leis.

A Declaração do Rio-92 estabelece 27 princípios fundamentais para o desenvolvimento sustentável, e em seu princípio 11 afirma que os Estados devem adotar a legislação ambiental eficaz. Os regulamentos, os objetivos e as prioridades de gerenciamento refletem o contexto ambiental em que são aplicados. As leis aplicadas por alguns países podem ser inadequadas para outros, por exemplo, para países que estão em desenvolvimento, resultando em custos econômicos e sociais injustificados (BARBOSA, 2006).

Por sua vez, a Cúpula de Joanesburgo estabelece o Plano de Implementação, que afirma (BARBOSA, 2006):

O desenvolvimento sustentável requer uma perspectiva de longo prazo e participação ampla na formulação das políticas, tomada de decisões e implementação em todos os níveis; na condição de parceiros sociais, as Nações devem continuar a trabalhar por parcerias estáveis com todos os grupos principais, respeitando os papéis independentes e relevantes de cada um deles; para alcançar os objetivos do desenvolvimento sustentável, é necessário que as instituições sejam multilaterais mais eficazes, democráticas e responsáveis.

A menção de desenvolvimento sustentável até 1992 não existia nas legislações brasileiras, apesar de alguns elementos conceituais serem visíveis na Constituição Federal e na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. É a partir da Eco-92 que este conceito é absorvido pelas legislações do Brasil (BARBOSA, 2006).

Dessa forma, inicia-se a adoção dos conceitos sustentáveis na legislação brasileira. Quase todas as leis promulgadas no Brasil, a partir do ano de 1992 tratam sobre questões relacionadas ao meio ambiente e ao conceito de sustentabilidade. Para exemplificar, o caso da Lei Federal nº. 9433 de Política Nacional dos Recursos Hídricos (PNRH), criada em 8 de janeiro de 1997, define em seu artigo 2º.:

Assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais; a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e de qualidade; a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental; a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do país; a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo.

Outro exemplo é a Lei Federal nº. 9795 de Política Nacional de Educação Ambiental, criada em 27 de abril de 1999, referência a sustentabilidade: a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o socioeconômico e cultural, sob o enfoque da sustentabilidade; o estímulo à cooperação entre as diversas regiões do País, em níveis micro e macrorregionais, com vistas à construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada, fundada nos princípios da liberdade, igualdade, solidariedade, democracia, justiça social, responsabilidade e sustentabilidade.

O artigo 5.º desta mesma lei, determina a promoção do estímulo à cooperação entre os estados da nação, visando a construção de uma sociedade em equilíbrio ambiental e fundada na liberdade, igualdade, solidariedade, democracia, justiça social, responsabilidade e sustentabilidade. Outra Lei Federal importante é a Lei nº. 9985 que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, criada em 18 de julho de 2000.

A sustentabilidade é referenciada, como: conservação da natureza – o manejo do uso humano da natureza, compreendendo a preservação, a manutenção, a utilização sustentável, a restauração e a recuperação do ambiente natural, para que possa produzir o maior benefício, em bases sustentáveis, às atuais gerações, mantendo seu potencial de satisfazer as necessidades e as aspirações das gerações futuras, e garantindo a sobrevivência dos seres vivos em geral; uso sustentável – exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável;

extrativismo – sistema de exploração baseado na coleta e extração, de modo sustentável, de recursos naturais renováveis.

É visível que a concepção de sustentabilidade integra as legislações ambientais brasileiras, mas é na Resolução CONAMA 237/97 que se define o instrumento de gestão ambiental AIA (Avaliação de Impactos Ambientais), promovendo a aplicação dos aspectos de sustentabilidade ambiental na sociedade brasileira.

CONCLUSÃO

A sustentabilidade ambiental é um conceito mundialmente difundido, tendo início a partir das questões ambientais que permearam a década de 1970. Os eventos e as conferências mundiais sobre temas ambientais reúnem representantes do governo de diversos países, e buscam acordos que reflitam o compromisso com o desenvolvimento sustentável. O Direito Ambiental e Agrário, por seu turno, por meio da doutrina incidente, defende que a tomada de decisões ambientais reflete preocupações ambientais, compromissos sociais e questões jurídicas.

Esses ramos do Direito estão crescentemente interessados nos problemas ambientais que o homem insere no meio ambiente, sob o espectro sustentável. Uma perspectiva interessante na hodierna prática de planejamento jurídico ambiental é o dever das sociedades organizadas no entendimento, moralidade e aceção da realidade. Os eventuais efeitos de uma sociedade de racionalidade incompleta e da impressão e estrutura social dos problemas ambientais têm particular atenção na faceta relativa à participação pública na composição, anuência e administração dos planos. Transversalmente, com os planejamentos jurídicos ambientais, incluindo o planejamento dos recursos hídricos, a sociedade poderá delimitar trajetórias de crescimento em razão dos fatores econômicos e socioculturais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT. **NBR 14001: Sistemas de Gestão Ambiental** - requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro, p. 41. 2015.

BARBIERI, J. C. **Gestão ambiental empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBIERI, J. C.; CAJAZEIRA, J. E. R. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBIERI, J. C. **Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos**. Ed. 5 Editora Saraiva, 2016. P.382.

BARBIERO, L. C. S. **Novo código florestal** – pontos principais. 2014. Disponível em: <https://graltec.com/novo-codigo-florestal-pontos-principais/>. Acesso em: 13 mar. 2019.

BEBBINGTON, J., BROWN, J., & FRAME, B. **Accounting technologies and sustainability assessment models**. Ecological Economics, 61, 224-236. 2007.

BOLEA, M. T. E. **Evaluación del impacto ambiental**. Madri: ITSEMAP, 1984.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**: estabelece os princípios da política nacional do meio ambiente. 1988.

BRASIL. **Lei n. 9605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de lei de crimes ambientais, condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 13 mar. 2019.

BRASIL. **Lei no 12.305**, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm. Acesso em: 13 mar. 2019.

BRASIL. **Lei no 9.433**, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei no 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei no 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

Brasília: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm. Acesso em: 13 mar. 2019.

BRASIL. Política Nacional do Meio Ambiente, **Lei 6.938**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 ago. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em 10 mar. 2019.

BRENNY, G. M. **Legislação ambiental**: principais leis ambientais. 2019. Disponível em: <http://glauciabrenny.blogspot.com/p/material-de-aula.html>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BUSON, M. A. **Uma avaliação da sustentabilidade de projetos na fase de planejamento com base nos princípios Lean**: Um estudo de caso no segmento de

eletrônicos (Dissertação de mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2009.

BUSON, M. A., et. al. **Uma proposta de avaliação da sustentabilidade de projetos na fase de planejamento com base nos princípios lean**: um estudo de caso no segmento de eletrônicos. In Anais do Congresso Brasileiro de Gestão de Desenvolvimento de Produto, São José dos Campos. 2009.

CAMPO, L. M. de S.; MELO, D. A. de. **Indicadores do desempenho de Sistemas de Gestão Ambiental (SGA)**: Uma pesquisa teórica. Produção. v. 18, n. 3, set./dez., 2008. p. 540-555.

CASTEL, R. **A insegurança social**: o que é ser protegido? Petrópolis: Vozes, 2005.

CORAL, E. **Modelo de planejamento estratégico para a sustentabilidade empresarial**. 2002. 282f. Tese (Doutorado em Engenharia da Produção). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis – SC, 2002.

DAL FORNO, M. A. R. **Fundamentos em gestão ambiental**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2017. 86 p. 73

DIAS, R. **Gestão Ambiental**: responsabilidade ambiental e sustentabilidade. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERREIRA, A.; RAVENA, N. **A importância da política nacional do meio ambiente para legislação ambiental brasileira**. In: II Congresso Amazônico de Meio Ambiente & Energias Renováveis. Belém. 2016.

FOLADORI, G. **Limites do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Ed. Unicamp, 2001.

FORATTINI, G. **Licenciamento ambiental federal**: avanços e desafios. In: Almoço-Palestra do comitê de meio ambiente com Gisela Forattini. Rio de Janeiro: Britcham. 2013.

HARDI, P; ZDAN, T. J. **Assessing sustainable development**: principles in practice. Winnipeg: IISD, 1997.

HERCULANO, S. C. **A qualidade de vida e seus indicadores**. Ambiente e Sociedade, ano 1, n. 2, p. 77-99, 1998.

IBGE. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/meio->

ambiente/9073-pesquisa-nacional-de-saneamento-basico.html?=&t=o-que-e.
Acesso em: 13 mar. 2019.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 14 ed. 2010.

MEADOWS, D. L.; MEADOWS, D. H.; RANDERS, Jogen; BEHRENS III, Willian W. **Limites do crescimento**: um relatório para o projeto do clube de Roma sobre o dilema da humanidade. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1978.

MILARE, E. **Direito do ambiente**: doutrina-jurisprudência-glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7 ed. 2011.

MINATTO, O. **Competências Ambientais**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 20 jun. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/direito-ambiental/252-competencias-ambientais. Acesso em: 09 Mar. 2019.

MOREIRA, I. V. D. Origens e síntese dos principais métodos de avaliação de impacto ambiental (AIA). In: IAP e GTZ. **Manual de avaliação de impactos ambientais**. Curitiba, 1999. 3100-35p.

Moreira, M. S. **Estratégia e Implantação do Sistema de Gestão Ambiental**: Modelo ISO 14001:2004. Minas Gerais: Editora Falconi, 4ed. 2013.

MOURA, A. M. M. **Governança ambiental no Brasil**: instituições, atores e políticas públicas. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28192. Acesso em: 11 mar. 2019.

NASCIMENTO, T. de S. **Avaliação de impacto ambiental como instrumento de gestão de usinas hidrelétricas na Amazônia**. Dissertação Mestrado em Engenharia Ambiental. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

NEVES, E.; TOSTES, A. **Meio ambiente: aplicando a lei**. Petrópolis: CECIP: Vozes, 1992. 79p PNUMA. **Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente**.

2019. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/>. Acesso em: 10 mar. 2019.

RIBEIRO, M. S. **Contabilidade e Meio Ambiente**. 1992. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SACHS, I. **Estratégias de Transição para do século XXI** - Desenvolvimento e Meio Ambiente. São Paulo: Studio Nobel – Fundação para o desenvolvimento administrativo, 1993.

SANTILLI, J. F. R. A política nacional de recursos hídricos (Lei 9433/97) e sua implementação no Distrito Federal. Ver. **Fund. Esc. Super. Minist. Público**: Brasília, ano 9, v. 17, p. 144-179, 2001.

SILVA, J. A. da. **Direito constitucional ambiental**. São Paulo: Malheiros, 7 ed. 2009.

SINGH, R. K. et. al. **An overview of sustainability assessment methodologies**. Ecological Indicators, 281-299. 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva Soares. **Direito internacional do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2001.

SOUZA, R. S. **Evolução e condicionantes da gestão ambiental nas empresas**. REAd, Porto Alegre, v. 8, n. 6, p. 1-22, nov./dez., 2002.

STRAUCH, M. Instrumentos da política ambiental. In: STRAUCH, M; ALBUQUERQUE, P. P. (Org.). **Resíduos**: como lidar com recursos naturais. São Leopoldo: Oikos, 2008. p. 191-212.

VIANA, M. B. **Licenciamento Ambiental**. In: GANEN, R. S. (Org.). Legislação brasileira sobre meio ambiente: instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília: Câmara dos Deputados, v.2. 2013.

RECEPTAÇÃO CULPOSA DE APARELHOS CELULARES (UM ALERTA AO ALERTA CELULAR)

FÁBIO LUIZ REBELO DE CARVALHO:

Bacharel Em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, Pós Graduado em Inteligência Policial pela UNIBRA, Delegado de Polícia Civil no Estado de Pernambuco.

RESUMO: O presente artigo aborda a configuração do crime de receptação culposa, utilizando-se de dados contidos no sistema “Alerta Celular”, desprezando hipóteses alternativas e diversas variáveis que podem interferir no caso concreto, desviando a condução e o entendimento do operador do Direito para muito longe da intenção delituosa alcançada pela figura penal do Art. 180, § 3º do Código Penal Brasileiro, ampliando, assim, o debate em relação a sua aplicação.

Palavras-chave: Receptação Culposa. Alerta Celular. IMEI.

ABSTRACT: This article addresses the configuration of the crime of wrongful reception, using data contained in the “Cellular Alert” system, ignoring alternative hypotheses and several variables that may interfere in the specific case, diverting the conduct and understanding of the Law operator far from the criminal intention reached by the penal figure of Art. 180, § 3 of the Brazilian Penal Code, thus expanding the debate in relation to its application.

Keywords: Culpous Reception. Cell Alert. IMEI.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da busca pessoal e do conceito de “Fundada Suspeita”. 3. Das situações concretas relacionadas à verificação do IMEI, suas limitações e repercussões. 4. Das repercussões do direito civil e do consumidor em face do crime de receptação culposa. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A presente reflexão se debruça sobre os limites de utilização de informações contidas em sistemas – bancos de dados – conhecidos como “Alerta Celular”, a fim de configurar o crime de receptação culposa de aparelhos celulares, sem que sejam obrigatoriamente observadas nuances, que podem se revelar da análise de casos concretos, desconfigurando o ilícito penal, quando apreciadas de maneira superficial pelo operador do Direito.

O trabalho analisa hipóteses que, dentro dos limites legais, resguardam a aplicação do Art. 180, § 3º do Código Penal Brasileiro, fundamentalmente no que toca

à legalidade da ação policial em contraponto a direitos individuais conferidos ao cidadão, bem como os problemas relacionados a esta temática, além das soluções possíveis para aplicação segura da Lei.

Repercutindo pontos como limites para a busca pessoal e conceito de “fundada suspeita”, passando pela sensível questão da devassa de dados contidos em dispositivos de telefonia móvel sem autorização judicial, o conteúdo da presente análise avança sobre temas relacionados ao *International Mobile Equipment Identity* – IMEI, a exemplo da sua clonagem, visitando ainda pontos relacionados a práticas comerciais informais e aspectos correlatos ao Código de Defesa do Consumidor.

Ao final, o texto humaniza e personaliza a aplicação da lei penal, contribuindo para evitar a elaboração desatenta de procedimentos descabidos, cuja gênese equivocada acaba por abarrotar o sistema criminal com demandas estéreis, consumindo recursos materiais e humanos de maneira equivocada.

2. DA BUSCA PESSOAL E DO CONCEITO DE “FUNDADA SUSPEITA”

Não há, nos dias atuais, como dissociar nossa vida dele. Os aparelhos de telefonia móvel, são ícones da sociedade moderna e, com o número crescente de *smartphones* habilitados pelas operadoras no Brasil, foram reveladas diversas questões jurídicas ligadas ao uso desses aparelhos, que, por aqui, já superou a marca de um smartphone por habitante e hoje conta com 230 milhões de celulares inteligentes ativos[1].

Como visto, os números relacionados à telefonia móvel são gigantescos, e, enquanto operador do direito, tenho me deparado frequentemente com ocorrências que trazem o que teoricamente funciona (ou pelo menos deveria funcionar) como ferramenta hábil no auxílio ao cidadão que teve seu celular furtado ou roubado, mas que, na prática, tem se transmutado em fonte de enganos jurídicos, os quais, invariavelmente, deságuam nos plantões policiais, para em seguida abarrotar as prateleiras dos Juizados Especiais Criminais, alargando o passivo desse tipo de celeuma para Juízes, Defensores e serventuários. A questão tem nome e sobrenome e se chama Alerta Celular.

Ocorrências envolvendo celulares “queixados”, termo usado no jargão policial para designar um celular que teve seu IMEI incluso no sistema Alerta Celular e posteriormente ativado como roubado/furtado, tem se multiplicado sem que se atente para alguns pontos determinantes e atinentes à questão, os quais passo a enumerar, sem ter a pretensão de exaurir o debate sobre o tema em discussão.

A primeira observação diz respeito ao tipo de procedimento adotado para que haja amparo legal na ação policial. Desta forma, conforme determina o artigo 244 do CPP, deverá haver fundada suspeita. Vejamos:

Artigo 244 – “A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

Assim, para aqueles doutrinadores que tem a revista pessoal como meio de prova, resta claro que a “ausência de justificativa” pode tornar a prova adquirida, desta maneira, ilícita. Neste passo, Rogério Sanches aponta que, “a busca pessoal, ou revista pessoal, realizada no corpo da pessoa, tem por objetivo encontrar alguma arma ou objeto relacionado com a infração penal” e, segundo Guilherme Nucci, “a suspeita para a revista pessoal sem mandado judicial há de ser “fundada”, ou seja, baseada em elementos visíveis e concretos, passíveis de confirmação por testemunhas”.

Esclarecemos que, dentro do universo compreendido pela busca pessoal, está inserida a revista a veículos em geral, pastas, mochilas, malas, lanchas etc., restando excluídos deste *hall* os veículos que proporcionam abrigo para o indivíduo (trailer, boleia de caminhão, barco com cabine, etc.), os quais se inserem na modalidade de busca domiciliar. Assim, a fundada suspeita não deve basear-se apenas em critérios subjetivos, pois em virtude do caráter lesivo a direitos individuais, deve ser conduzida primordialmente pelo respeito ao princípio da legalidade, como visto em decisão do Supremo Tribunal Federal:

A “fundada suspeita”, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. A ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um “blusão” suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo[2].

Cabe pontuar que a expressão “fundada suspeita” é permeada de alto grau de subjetividade, além de não possuir definição legal, o que pode dar margem a interpretações duvidosas a fim de patrocinar condutas ilícitas, sendo intuitiva por natureza e juridicamente frágil, a não ser quando se ergue sob a materialidade da consolidação da “suspeita” traduzida em determinado comportamento que influi

diretamente em sua formação, inadmitindo-se busca que não observe esta diferenciação, sob pena de caracterização de crime de abuso de autoridade que, de fato, irá aderir à conduta do agente policial, caso proceda à abordagem com base em uma opinião de quem se aborda, nas roupas que veste, por sua orientação sexual, pela cor da sua pele ou por estar numa região de periferia, tendo, entretanto, o abordado o dever legal de se identificar (informando nome completo, filiação e data de nascimento), cabendo exceção nos casos flagranciais, onde o suspeito tenha acabado de perpetrar o delito e se observem, naquele local ou áreas adjacentes, indivíduos que se enquadrem na descrição do autor, seja através de características físicas e/ou vestimentas.

Destarte, cabe, neste ponto, rememorar que a presente discussão versa tão somente sobre a possibilidade de verificação do IMEI do aparelho celular em decorrência de abordagem de rotina e busca pessoal no indivíduo abordado, ou seja, fora do escopo dedicado a um estado flagrancial, no qual instrumentos e objetos relacionados ao crime podem e devem ser apreendidos, incluindo-se aparelhos celulares.

Neste diapasão, como não extravasar o limite da busca pessoal do indivíduo sob fundada suspeita, obrigando-o ou compelindo-o a informar a Identificação Internacional de Equipamento Móvel (*International Mobile Equipment Identity* – IMEI) de seu aparelho de telefone celular a fim de saber se o mesmo foi objeto de queixa e respectivo registro positivo no banco de dados do Alerta Celular?

Entendo que a referida verificação vai além da busca pessoal e que, ao aproximar-se de subjetivismos, incrementa-se à possibilidade de caracterização de crime de abuso de autoridade ou discriminação de todo gênero e espécie que podem compreender desde a violência gratuita, através de agressões, abusos e humilhações físicas e morais, além de outros procedimentos inoportunos. Hely Lopes Meireles cita que abuso de autoridade é gênero, do qual são espécies o desvio de finalidade e o excesso. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo, razão pela qual reiteramos que a busca pessoal só é autorizada diante de uma suspeita tangível e fundamentada em algo concreto.

Assim, em um caso real de abordagem policial que convirja para esta situação fática, observo alguns caminhos possíveis para a sua resolução, minimizando os riscos de que o policial incorra no crime tipificado na Lei 4.898/65.

3. DAS SITUAÇÕES CONCRETAS RELACIONADAS À VERIFICAÇÃO DO IMEI, SUAS LIMITAÇÕES E REPERCUSSÕES

A primeira delas e mais óbvia é que o próprio possuidor do aparelho celular permita, espontaneamente, a quem está procedendo à busca o acesso ao IMEI, seja através da numeração gravada no chassi do aparelho (no compartimento da bateria) ou pela da inserção do código *#06# nos casos em que a bateria é incorporada ao aparelho, formando peça única, não permitindo sua remoção, existindo ainda a hipótese de apresentação do documento fiscal de aquisição e embalagem do aparelho, onde também constam apostos os dados relativos ao mesmo, dentre os quais o IMEI.

E, caso o possuidor não permita acesso ao aparelho celular, qual a atitude que se espera do policial? Antes de gerar polêmicas desnecessárias, é preciso compreender que os aparelhos celulares são muito mais que meros telefones, agregando inúmeros aplicativos e funções, dentre os quais os de mensagem instantânea, tais como *Whatsapp, Viber, Line, Wechat, Telegram, BBM, SnapChat*, etc., todos com as mesmas funcionalidades de troca de mensagens, fotos, vídeos e documentos, os quais, após baixados, ficam arquivados automaticamente no aparelho celular, armazenados na memória do telefone.

Hodiernamente o acesso a aparelho de telefonia móvel do tipo *smartphone* possibilita não só o conhecimento da lista dos números discados e chamadas recebidas pelo seu usuário, mas também a visualização de dados contidos em sua agenda telefônica, além de outros os mais diversos, aí compreendidos os já mencionados arquivos de imagem, som, planilhas, documentos, e-mails, ou seja, informações diversas compiladas em um verdadeiro dispositivo de armazenamento que, por acaso, também realiza chamadas telefônicas.

Diante da realidade imposta, a 6ª Turma do STJ – Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, em sede de Recurso Ordinário[3] (art. 105, II, “a”, da CF) que: “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”, ou seja, à luz da Carta Magna, é garantia fundamental e direito maior do indivíduo, a inviolabilidade dos dados de aparelho celular, bem como a interceptação de e-mail, cartas, mensagens e conversas telefônicas, sendo inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, tal qual ordena o inc. XII do art. 5º de nossa Constituição Federal.

Portanto, infere-se que, se eivada de ilicitude a devassa telefônica de aparelho apreendido por oportunidade de prisão em flagrante sem ordem judicial, maior proibição se impõe quando realizada por ocasião de meras abordagens policiais em situações de rotina, sendo indiscutível, pois, que a ordem para o desbloqueio

compulsório do celular com o fito de verificação de seu IMEI, manuseio e possível devassa de dados do aparelho, sem autorização do seu possuidor, é terminante proibida e ilícita, sob pena de se afrontar a lei maior (CF/88), bem como legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei 9.296 de 96, conhecida como a Lei da Interceptação Telefônica. Neste caso, resguardando-se direitos e garantias fundamentais, resta à autoridade de polícia judiciária, conhecendo da ocorrência, instaurar procedimento preliminar de investigação e/ou inquérito policial, encaminhando ao juízo competente representação a fim de que se tenha acesso aos dados/conteúdo do aparelho (especificamente ao seu IMEI), e, após deliberação judicial procedente, conduzir os demais atos no bojo do procedimento inquisitorial, inclusive intimação da vítima (nos casos em que o equipamento tenha sido roubado ou furtado) para que, existindo suspeito, proceda com o reconhecimento fotográfico deste, encetando outras diligências que julgar necessárias, para só então alcançar o relatório final com seus enquadramentos legais, alinhando-se, a depender do caso concreto, com os tipos penais de roubo, furto, receptação, inclusive em sua forma culposa ou, sendo as investigações inconclusivas, pugnar pelo seu arquivamento.

Desta forma, superado este primeiro ponto, cabe adentrar em outro questionamento com relação ao sistema Alerta Celular, a saber, o fato deste não permitir que o cidadão, antes de adquirir o aparelho, consulte diretamente sua base de dados objetivando afastar ou dirimir qualquer dúvida a respeito da condição do mesmo, decidindo só a partir de então pela sua aquisição ou não, ou seja, apesar do usuário poder efetuar o cadastramento de um aparelho celular a fim de que seja possível gerar um alerta, estranhamente não lhe é facultada a consulta a lista dos IMEIS cadastrados na base do sistema, deixando a ferramenta a desejar neste particular, cabendo aqui a crítica.

Atentemos para o fato de que, pelo menos no Estado de Pernambuco, somente policiais e pessoas ligadas à área de segurança possuem acesso ao sistema e conseqüente consulta ao seu respectivo banco de dados através do IMEI, gerando resultados negativos ou positivos (os quais podem indicar furto ou roubo), não tendo o cidadão comum possibilidade de realizar essa checagem no momento da aquisição de um aparelho usado, o que, como já mencionado, poderia sem dúvida ser um fator decisivo para a não realização da operação, a exemplo do banco de dados relativos a automóveis, o qual é consultado pelo cidadão através dos mais diversos meios – inclusive utilizando aplicativos para celular – definindo assim pela aquisição do bem diante de um resultado negativo para furto ou roubo.

Destacamos, sob esse ângulo, que o Estado não deve tutelar apenas os deveres impostos aos cidadãos, mas tem também a obrigação de pensar meios para amparar seus direitos, responsabilidade que, nos termos das questões levantadas

pelo presente artigo, não é cumprida. Atualmente, no caso dos celulares “queixados”, o Estado empenha-se apenas em reprimir, gerando, ao utilizar o rigor da Lei, estatísticas policiais positivas, sem, entretanto, preocupar-se em municiar e cercar de meios e condições que afastem uma aquisição indesejada àqueles que pretendem, com boa fé, adquirir um aparelho celular usado.

Torna-se ainda imperativo afirmar que a data do registro do BO pela vítima que teve seu aparelho celular roubado, furtado ou extraviado não se confunde com a data em que esta cadastrou o aparelho no sistema Alerta Celular, tampouco com a data em que o sistema será ativado pela mesma quando da ocorrência de um sinistro, ou seja, muitos usuários do Alerta Celular imaginam que o simples registro da ocorrência em BO automaticamente aciona o alerta do aparelho, o que absolutamente não é verdade. Assim, é perfeitamente plausível que, entre a data do registro do BO e a ativação do alerta, transcorra grande lapso temporal, dias, meses e até anos, e, obviamente, dentro desse período, estando o aparelho celular roubado/furtado/extraviado, sem o devido acionamento do alerta e, por conseguinte, ausente qualquer restrição em relação ao mesmo, a compra, venda ou troca do aparelho compreendida também neste ínterim, aos olhos do Alerta Celular, dá-se de maneira regular, autorizando a sua negociação.

Ademais, examinamos casos, nos plantões policiais, onde o IMEI consta como “positivo” para o Alerta Celular em razão de roubo, furto ou extravio, tendo sido o aparelho recuperado e negociado posteriormente, sem as devidas cautelas mínimas, quais sejam, baixa no sistema de alerta e confecção de BO complementar que documentasse o fato (recuperação de aparelho celular), podendo ensejar uma responsabilização criminal ao adquirente de boa fé por conduta omissiva que não lhe toca.

Portanto, existem celulares cadastrados na base de dados do Alerta Celular que foram recuperados após terem sido furtados, roubados ou extraviados e, posteriormente, comercializados sem que tivessem os respectivos registros da ocorrência baixados pelos antigos proprietários, ocasionando um “falso positivo”. Tal conduta pode ainda se configurar dolosa quando se intenta fraudar companhias seguradoras que trabalham com a modalidade de sinistros desses aparelhos, situação que desnatura, a princípio e, irreparavelmente, a aplicação do tipo penal consolidado no Art. 180, § 3º do CPB com a conduta de quem os adquire, devendo, pois, e por tais razões, serem verificadas também essas hipóteses antes de adequar a norma penal ao fato concreto.

Para além das situações acima descritas, iremos nos deparar com outra possibilidade ainda mais espinhosa, a clonagem de aparelhos celulares. Aqui cabe

uma observação preliminar e crucial: No Brasil, o funcionamento de aparelhos com o mesmo IMEI é possível porque não se exige a numeração exclusiva, existindo celulares diferentes com a mesma identificação.

Imperioso pontuar que este detalhe interfere diretamente nos registros do Cadastro de Estações Móveis Impedidas – CEMI, banco de dados dedicado à inserção pelas operadoras dos IMEIS gravados com queixa de roubo, furto, perda ou extravio (portanto bloqueados), devendo a vítima solicitar à sua respectiva operadora o bloqueio do aparelho para impedir sua utilização, de forma indevida, na rede nacional de telecomunicações, por qualquer outro usuário.

Assim, há aparelhos desbloqueadores de IMEI fabricados na China e na Coreia do Sul, obtidos no Paraguai por cerca de US\$ 350 (cerca de R\$ 1.130), que efetuam a supressão do código registrado no CEMI, fazendo com que o sistema reconheça novamente o celular e libere o seu funcionamento.

Portanto, é fato que o IMEI do aparelho adquirido pode ser adulterado antes de ser vendido, induzindo o comprador em erro, sem que este vislumbre a possibilidade de estar na posse de um aparelho roubado/furtado, passível de bloqueio pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, ou, em via reversa, que tem seu IMEI regular “clonado” em um aparelho roubado/furtado, havendo, em ambos os casos, dois celulares com o mesmo IMEI, passíveis de bloqueio.

As estatísticas apontam que o Brasil possui hoje 8,2 milhões de aparelhos bloqueados registrados no CEMI. O cadastro centraliza informações de todas as operadoras, em um esforço para impedir o uso de celulares de forma irregular, no entanto, o desbloqueio criminoso acaba reduzindo a eficácia do bloqueio feito em decorrência de denúncia de roubo, furto ou perda[4].

Nesse diapasão, afirmo que, na esmagadora maioria dos casos, as vítimas de furto/roubo de aparelhos de telefonia móvel não efetuam o bloqueio do IMEI junto a sua operadora, o que possibilita a sua livre utilização, mesmo após ter sido “queixado”. Ocorre que o referido bloqueio é compulsório, conforme determinação do art. 8º, inciso VII, alínea “a” da Resolução nº 477 de 7/8/2007 da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), que atribui como dever do usuário de SMP (Serviço Móvel Pessoal) comunicar à operadora de serviços de telefonia móvel o roubo, furto ou extravio de aparelhos de telefone celular[5].

Assim sendo, bloqueado o aparelho através da inclusão do IMEI no CEMI – estando as informações sobre impedimento disponíveis para consulta em até 72 horas, a partir da solicitação de bloqueio - restará o mesmo inservível para realizar e receber ligações (salvo na possibilidade já mencionada de adulteração

do *International Mobile Equipment Identity* – IMEI), sendo possível, nos casos de recuperação, mediante comprovação pelo solicitante da propriedade do aparelho de telefone celular, a solicitação de desbloqueio à mesma operadora que o realizou. Atente-se que o IMEI está visível na nota fiscal da compra do telefone, na etiqueta colada no aparelho, que é avistada ao retirar-se a bateria (nos casos em que essa remoção é possível), ou ainda (nos casos das baterias blindadas) ao digitar, no teclado do referido equipamento, o código *#06#.

Nesse contexto, surgiu o projeto Celular Legal[6], que tem por objetivo fortalecer o combate a celulares adulterados, roubados e extraviados e inibir o uso de aparelhos não certificados pela Anatel, ou seja, desde maio de 2016, o consumidor pode solicitar o impedimento do seu aparelho móvel que tenha sido roubado, por meio da central de atendimento das operadoras ou diretamente nas Delegacias de Polícia dos Estados que já aderiram ao projeto, cabendo destacar que os aparelhos hoje incluídos na lista nacional de terminais irregulares por roubo, furto ou extravio estarão impedidos de acessar as redes móveis nacionais.

Diante da problemática posta, não se pode tratar o assunto em tela de forma leviana, sem que sejam analisadas as várias vertentes e possibilidades que produzem desalinhamento com a prática criminosa prevista pelo § 3º do Art. 180 do Código Penal (receptação culposa), sendo esta, para além dos pontos trazidos no presente artigo, por si só de difícil caracterização.

4. DAS REPERCUSSÕES DO DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR, EM FACE DO CRIME DE RECEPÇÃO CULPOSA

Deixamos para o final o aspecto mais básico a ser analisado diante do fato concreto, ou seja, em muitíssimos casos, simplesmente não há desproporção entre o valor informado como sendo o de aquisição do aparelho e aquele cobrado pelo mercado de usados, tampouco há como se falar da “condição” do vendedor como determinante para definição da forma de obtenção criminosa do produto, já que existem relatos, inclusive de aparelhos “queixados” adquiridos em grandes magazines. Nestes termos, mensurar a condição econômica humilde de quem negocia um aparelho celular usado configuraria um salvo conduto para inferências preconceituosas.

Por consequência, não há como confundir preço baixo ou acessível com vil, como sói ocorrer. O preço vil obviamente não guarda correlação com a média praticada em aparelho de mesma marca, modelo e, importantíssimo, com a condição de conservação. Assim, revela-se totalmente factível, analisada principalmente esta última condição, a aquisição de um aparelho celular por R\$ 50,00 ou mesmo R\$ 30,00,

sem que possa lhe atribuir como “vil” o preço, não possuindo tal fato o condão de comprometer a negociação, presumindo-a idônea e não se reputando o objeto obtido por meio criminoso.

Ainda na seara das práticas comerciais informais, cabe aduzir que se aperfeiçoa o contrato verbal de compra e venda de bem móvel com o ajuste acerca do objeto e do preço e transfere-se a propriedade com a tradição, conforme dicção do art. 482 c/c art. 1.267, ambos do Código Civil Brasileiro, não havendo, pois, a possibilidade de exigir de pessoa física, que oferta e vende algum produto, emissão de nota fiscal ou qualquer outro documento fiscal ante a total inexigibilidade legal neste sentido, sendo exatamente essa a esmagadora modalidade de transação comercial onde o bem objeto da transação é um aparelho celular, sem mencionar aqui os inúmeros casos de simples troca não onerosa entre produtos, conhecida como escambo.

Assim, se estamos diante da compra equivocada de um aparelho irregular, é importante saber que o Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/1990) protege a transação, garantindo os direitos do adquirente de boa fé, lembrando que, nas compras fora do estabelecimento comercial (pela internet, por telefone), o consumidor tem um prazo de sete dias, do ato de recebimento do produto, para exercer seu direito de arrependimento e devolver o mesmo. Por fim, destaque-se que, nos casos de venda de produtos adulterados/falsificados, a responsabilidade poderá ser atribuída também ao comerciante (art. 13º CDC).

Para compras feitas no estabelecimento comercial, não há direito de arrependimento. Porém, o fornecedor responde pela venda de produtos impróprios para o consumo, tais como produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.

O prazo que o consumidor tem para reclamar no fornecedor é de 90 dias a contar da data da compra (para vícios aparentes) ou da data do conhecimento do defeito (para vícios ocultos). Nos casos em que o IMEI informado está impedido por perda, roubo ou furto pela sua inclusão no Cadastro de Nacional de Aparelhos Móveis Roubados, somente o solicitante do impedimento pode requisitar o desbloqueio, sendo imprescindível o contato do consumidor com a empresa de telefonia móvel.

Caso o bloqueio por roubo, furto ou extravio não tenha sido solicitado pelo consumidor, ele deve entrar em contato com quem lhe vendeu o equipamento e buscar a troca e/ou ressarcimento do valor pago pelo aparelho celular.

5. CONCLUSÃO

Aplicar o Direito ao caso concreto não é ser autômato, simplesmente alinhando o fato ao dispositivo penal, ao contrário, significa analisar o fato e, com inteligência, dentro dos limites legais, humanizar e personalizar a sua aplicação, resguardando fundamentalmente a integridade moral dos tutelados e evitando assim uma verdadeira epidemia de procedimentos descabidos, cuja gênese equivocada, acaba por abarrotar o Judiciário de demandas estéreis, absorvendo desnecessariamente energia de todo o sistema criminal, ai compreendidos os advogados, técnicos e analistas judiciários e do Ministério Público, Oficiais de Justiça, Defensores Públicos, membros do *parquet*, magistrados e operadores do Direito e geral.

Por fim, é preciso reafirmar que as hipóteses lançadas no presente trabalho não esgotam, nem pretendem esgotar a discussão sobre os limites impostos aos operadores do Direito a respeito do tema, mas sim auxiliar na tomada de decisão, trazendo à tona algumas nuances que podem desconfigurar por completo uma análise mais rasa sobre casos concretos envolvendo aparelhos celulares ditos “queixados”, desviando a condução e o entendimento para muito longe da intenção delituosa contida e alcançada pela figura penal da receptação culposa, ficando aqui um alerta ao Alerta Celular.

6. REFERÊNCIAS

CUNHA, Rogério Sanches. Processo penal: doutrina e prática. São Paulo: JusPodivm.

NUCCI, Guilherme de Souza. Disponível em: <https://www.facebook.com/guilhermenucci2>.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38ª Ed. 2012.

NOTAS:

[1]30ª Pesquisa Anual de Administração e Uso de Tecnologia da Informação nas Empresas, realizada pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP)

[2] (Habeas Corpus nº 81.305-4. Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2001, DJ 22-02-2002)

[3] Habeas Corpus nº 51.531, oriundo do Estado de Rondônia,

[4] Dados fornecidos pelo Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel e Pessoal (SindiTeleBrasil)

[5] <https://consultaaparelhoimpedido.com.br/public-web/welcome>

[6] <https://www.anatel.gov.br/celularlegal/>

A IMPORTÂNCIA DOS FUNDOS PÚBLICOS NA CONCEPÇÃO DA SEGURANÇA CIDADÃ MUNICIPALIZADA E EFETIVA

WILLIAM SERGIO ANTUNES DE CAMPOS:

Bacharel em Gestão Pública para o Desenvolvimento Econômico e Social- UFRJ. Pós-Graduado- Especialista em Políticas e Gestão de Segurança Pública- UNESA. Pós-Graduado- Especialista em Gestão Pública Municipal- UFF. Policial da Guarda Municipal do Rio de Janeiro (GMRIO), e Assessor de Assuntos Especiais na Prefeitura Municipal de Guapimirim-RJ.

ANTONIO JOÃO DE OLIVEIRA VIANNA JUNIOR

(Orientador)

Resumo: O sistema de segurança pública promulgado na Carta Magna de 1988 gera uma interpretação reducionista quanto ao seu artigo 144 a despeito da responsabilidade dos municípios brasileiros e a atuação das Guardas Municipais causando uma enorme assimetria na concepção dessas corporações quanto às práticas de polícia cidadã, que somada às dificuldades encontradas na utilização dos recursos provenientes dos fundos públicos de segurança dificulta a municipalização do sistema. Assim este artigo visa analisar e discutir os fundos públicos e a importância do seu uso na concepção de uma segurança cidadã municipalizada e efetiva através de uma pesquisa bibliográfica abordada de forma quanti- qualitativa que permite apontar e criticar a atual forma jurídica do Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP) e a aplicabilidade do Fundo Especial de Ordem Pública (FEOP), no recorte das políticas de segurança da capital fluminense.

Palavras-chave: Segurança Pública. Guarda Civil Municipal. Fundos Públicos de Segurança. Policiamento Preventivo. Polícia cidadã.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de segurança pública promulgado na Carta Magna de 1988 gera uma interpretação reducionista quanto ao seu artigo 144 a despeito da responsabilidade dos municípios brasileiros e a atuação das Guardas Municipais causando uma enorme assimetria na concepção dessas corporações quanto às práticas de polícia cidadã, que somada às dificuldades encontradas na utilização dos recursos provenientes dos fundos públicos de segurança dificulta a municipalização

do sistema e o protagonismo da GM no exercício do policiamento preventivo e de proximidade com a sociedade.

A interpretação reducionista do artigo 144, da Constituição Federal (CF) / 1988 ganhou forma nos debates que compuseram a literatura de análises do sistema de segurança pública nos últimos anos, onde de forma simplista alguns autores entendem que a Guarda Municipal é somente responsável pela proteção dos próprios municipais, ou seja, bens, serviços e instalações, não importando a proteção maior descrita no caput do artigo 144. Por outro lado, há o entendimento da ampliação do mandado de proteção exercido por estas corporações, inclusive confirmado por legislações complementares a Constituição, como a Lei 13.022/2014 que procura pacificar o entendimento e regram o § 8º, do supracitado artigo constitucional.

Por exemplo, podemos identificar estas assertivas nas seguintes passagens:

Em outras palavras, a Constituição da República de 1988 passou a prever que a 'segurança pública', como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (artigo 144), sendo um estado anti-delitual, será exercida, na República Federativa do Brasil, pelas Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Cíveis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, devendo ser lembradas, por assemelhação, as Guardas Municipais, porque integram a previsão do aludido Capítulo e artigo 144 no seu § 8º. (LAZARINNI, 1989, p. 12)

Contraponto a visão policial das GMs, Natalia de Oliveira Fontoura no trabalho intitulado Segurança Pública na Constituição Federal de 1988: continuidades e perspectivas (2009, p. 145) traduz o entendimento do texto constitucional "chegar ao detalhe de enumerar os órgãos federais e estaduais que devem se encarregar da segurança pública", excluindo por completo a responsabilidade municipal, e ainda completa:

A enumeração é, além de tudo, taxativa, o que significa que não podem ser criados outros órgãos policiais incumbidos da segurança pública. Define-se, portanto, um desenho institucional único para as organizações policiais estaduais. A PF e as PMs já haviam sido objeto de dispositivos em constituições anteriores. Já a PC e a PRF aparecem pela primeira vez em uma constituição, sendo que a criação da PRF foi objeto

de emendas às propostas parciais de dispositivos constitucionais. (FONTOURA. et al. 2009 p. 145)

Hoje, mais do que nunca há um clamor por segurança pública que requer a atuação das guardas, precipuamente no exercício de suas funções policiais com condições de enfrentar a criminalidade e proteger os seus munícipes. O interesse pelo tema nasce dessa observação, da passividade e procedimentos operacionais das GMs que explicitam “uma concepção sociocultural- regional” (CAMPOS, 2014, p. 52) de conceber Guardas Municipais desarmadas, apesar da lei 10. 826/ 2003 garantir o porte de arma de fogo por prerrogativa de função aos policiais das GMs, além da forma de enfrentamento no tocante as ações de segurança pública preferindo voltar suas forças apenas para as questões de proteção interna dos próprios municipais, prática majoritária no estado do RJ.

A partir dessa identificação o trabalho revisitará literaturas com intuito de produzir argumentos que ajudem a responder a pergunta- problema proposta dentro de um contexto multidisciplinar: como os fundos públicos municipais de segurança podem ser utilizados para consolidar um sistema de segurança cidadã efetivo em nível local?

Dessa forma cumpre-nos analisar este instrumento orçamentário que pode se revelar um fator preponderante para a efetivação de um sistema de segurança autônomo e compartilhado nos municípios. Assim, este artigo objetiva analisar e discutir acerca dos fundos públicos e a importância do seu uso na concepção de uma segurança cidadã municipalizada e efetiva.

Para cumprir tal finalidade o artigo será estruturado em 3 (três) seções. A introdução abará todo conteúdo de contextualizações e informações da pesquisa. No desenvolvimento iremos trabalhar acerca dos fundos públicos de segurança com um recorte na capital do Rio de Janeiro e sua Guarda Municipal, a GMRIO, passando por uma contextualização da interpretação reducionista do artigo 144 da CF/ 1988 e seus debates referentes às Guardas Civis Municipais, além de apresentar o referencial teórico e a metodologia aplicada na realização da pesquisa que originou o presente ensaio. Observadas as devidas argumentações, serão dialogadas algumas propostas e análises nas considerações finais, que apresentará os resultados que esperamos alcançar com esse trabalho.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

O ressurgimento das GMs a partir de 1988 trouxe complexidades à gestão local quanto à concepção dessas corporações principalmente pela tentativa da Carta Magna de romper com o que William Sergio Antunes de Campos considera a

“organização concorrente histórica”, ou seja, a gestão da segurança pública no âmbito da União e Estados. (CAMPOS, 2014, p. 27) Sendo assim é imperioso que revisitemos essas literaturas na tentativa de romper com a interpretação reducionista e busquemos o reconhecimento, principalmente cultural, do valor policial das Guardas Civis para a sociedade.

Luís Roberto Cintra Ferreira (2012, p. 22) descreve que o papel dos municípios em relação à segurança pública era bastante reduzido, deixando as maiores atribuições aos Estados e, em menor escala, à União. Nessa tentativa de rompimento, entretanto, a Carta Magna o fez de forma discreta, ao não incluir as GMs no rol do caput do artigo 144, protelando assim, o entendimento acerca da responsabilidade dos municípios no sistema, o que gerou uma interpretação reducionista das reais funções e prerrogativas das guardas na garantia do policiamento e na proteção da incolumidade das pessoas, o que foi corrigido pela lei 13. 022/ 2014 em seu artigo 5º, inciso III e em diversas outras legislações federais.

III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais;

A interpretação reducionista da função constitucional das GMs surge, por exemplo, do falso dilema que Alberto Kopittke descreve como sendo apenas duas possibilidades:

a guarda como uma nova polícia ostensiva de combate ao crime (leia- se, uma nova polícia militar vestindo uniforme azul marinho) ou a guarda exclusivamente como cuidadora de próprios municipais. (KOPITKE, 2016, p. 73)

O viés proteção dos próprios municipais ainda hoje é o principal motivo para que os municípios não assumam a sua parcela de responsabilidade pelo sistema de segurança, contrariando diretrizes e esforços que a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) vem empreendendo e “investido na qualificação e no aperfeiçoamento da capacidade institucional de gestão das Guardas Municipais no país” (BRASIL, 2014, p. 6), principalmente através do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI) “que oferecia aos municípios um cardápio com diferentes projetos de prevenção da violência” (RISSO, 2016, p. 15)

Por exemplo, o Livro Azul publicado pela SENASP em 2019 contextualiza essa visão sucintamente quando reforça que “por força da Lei nº 13.675/18, o papel das Guardas na prevenção primária do crime adquiriu destacada relevância”. (BRASIL, 2019, p. 5) e que em relação aos avanços legais “há ainda um longo caminho a ser

percorrido, com possibilidades de melhoria contínua do serviço prestado pelas Guardas”. (BRASIL, 2019, p. 5)

Assim é importante a abordagem dos fundos públicos com o recorte no Fundo Especial de Ordem Pública (FEOP), da capital do Rio de Janeiro, que foi instituído pela Lei Municipal nº 6.235/ 2017 com a finalidade

de prover recursos para suprir despesas de investimento e custeio, incluindo os encargos de capacitação, aperfeiçoamento, desenvolvimento e modernização das atividades de interesse da ordem pública na Cidade do Rio de Janeiro. (RIO DE JANEIRO, 2017)

Os fundos públicos são instrumentos orçamentários que devem ser elaborados por lei complementar que a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 165, § 9º, inciso II, recepcionando a Lei nº 4.320/ 1964, vigente, que “Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal” (BRASIL, 1964), lei esta que o Supremo Tribunal Federal (STF) entende “como sendo aquela referida no mencionado art. 165, § 9º da Constituição da República”. (SOUZA e FREITAS, 2012, p. 105)

Segundo Paludo (2010, p.150), o glossário do Senado Federal define fundos como instrumentos orçamentários criados por lei para a vinculação de recursos. Para (POLIS, 2002, p. 2) os fundos devem estar associados a um plano que deve prever como serão efetivado os gastos. “Neste caso, o Plano é um documento de planejamento da política, corresponde à uma previsão de atividades e resultados a serem alcançado pela ação governamental”.

Os fundos públicos segundo a Lei 4.320/ 1964 terão receitas especificadas que servirão a objetivos e serviços determinados por lei

Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação. (BRASIL, 1964)

Para “dar apoio financeiro” (COSTA, 2007, p.12) ao Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP), atualmente operacionalizado pela Lei federal nº 13.675 de 11 de junho de 2018, foi criado em 2000 o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP) com objetivo de articular ações de repressão e prevenção da criminalidade no país contemplando diretrizes para segurança pública nas três esferas de poder.

O FNSP— atualmente regrado pela Lei federal nº 13.756 de 12 de dezembro de 2018— deveria se tornar um importante instrumento de cooperação entre diversas agências operadoras da segurança pública.

“O fundo pode ser definido como o patrimônio de uma pessoa ou entidade afetado a uma finalidade específica”. (BUGARIN, 2008) A compreensão deste instrumento orçamentário é importante para estabelecer um novo paradigma de segurança cidadã municipalizada com os recursos provenientes dos fundos, que possibilite as GMs romperem com a interpretação constitucional reducionista conforme determina a Lei 13.022/ 2014 em seu inciso III, artigo 5º.

2.1. METODOLOGIA

Para desenvolver este trabalho, utilizou- se uma abordagem quanti-qualitativa para tratar o assunto proposto. Por excelência a modalidade de pesquisa que utilizamos foi a pesquisa ação, pois conforme seu gênero, “é voltada para intervir na realidade social” (DEMO, 2000) e do ponto de vista dos objetivos que o ensaio almeja alcançar utilizamos a pesquisa explicativa pois na visão de Cleber Cristiano Prodanov “procura-se explicar os porquês das coisas e causas, por meio de registros, da análise, da classificação e da interpretação dos fenômenos observados”. (PRODANOV, 2013, p. 53)

Quanto aos procedimentos técnicos utilizou- se a pesquisa bibliográfica que se elabora “a partir de material já publicado com objetivo de colocar o pesquisador em contato com todo material já escrito sobre o assunto da pesquisa”. (PRODANOV, 2013, p. 54)

Dessa forma foram registradas e analisadas fontes bibliográficas em suas formas online e/ou impressa, buscando as causas através da interpretação possibilitada pelo método dedutivo, acionando o raciocínio decrescente, ou seja, do conhecimento geral para o caso particular, que é o recorte na cidade do Rio de Janeiro.

Utilizou- se ainda o instrumento do questionário online que permitiu, por uma amostragem aleatória, colher informações sobre o grau de satisfação, na ótica dos policiais municipais, sobre o Fundo Especial de Ordem Pública (FEOP) e seus investimentos na política de segurança da capital fluminense. A amostra contou com 115 participantes de um grupo de 256 agentes de segmentos distintos no âmbito da GMRIO no período de 13 a 23 de janeiro de 2020.

2.2. FUNDOS PÚBLICOS DE SEGURANÇA: UM NORTE PARA CONSOLIDAR A EFETIVIDADE POLICIAL DA GUARDA CIVIL MUNICIPAL E A PROTEÇÃO SISTÊMICA DA POPULAÇÃO

Como podemos mudar a visão que predomina nos municípios, especialmente no estado do Rio de Janeiro em relação à visão policial das GMs? O conhecimento sobre os fundos públicos e sua utilização pode ajudar e muito aos gestores, e especialmente os agentes, pois estes podem cobrar que sejam cumpridas as suas prerrogativas policiais instituídas em lei com esses investimentos.

Na prática a lei 13.756/ 2018- FNSP acaba por discriminar os municípios quando no repasse de recursos corroborando para a assimetria da segurança municipalizada:

Art. 7º As transferências dos recursos do FNSP destinadas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios serão repassadas aos entes federativos, nos termos da legislação em vigor, observadas as seguintes proporções e condições:

I - a título de transferência obrigatória, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) dos recursos de que trata a alínea *a* do inciso II do caput do art. 3º desta Lei para o fundo estadual ou distrital, independentemente da celebração de convênio, de contrato de repasse ou de instrumento congênere; e (BRASIL, 2018)

O FNSP não faz previsão das transferências legais para os municípios, que são aquelas onde

a) as que não se vinculam a aplicação dos recursos repassados – o ente receptor dos recursos possui liberdade para definir a despesa correspondente ao recurso repassado; b) as que vinculam a aplicação dos recursos repassados a um fim específico – a transferência tem um aspecto finalístico, ou seja, os recursos são repassados para atender a uma despesa específica. (GOMES, 2013, p. 1)

Especialmente na modalidade que conhecemos como fundo a fundo:

as Transferências Fundo a Fundo representam um instrumento de descentralização de recursos disciplinado em leis específicas que se caracterizam pelo repasse direto de recursos

provenientes de fundos da esfera federal para fundos da esfera estadual, municipal e do Distrito Federal, dispensando a celebração de convênios. (GOMES, 2013, p. 3)

Corroborando com (GROSSI, 2007) é nítida a falta de iniciativa dos municípios para explorarem as possibilidades que esse instrumento poderia fornecer a segurança local. A Prefeitura do Rio de Janeiro somente instituiu seu fundo (FEOP) no ano de 2017, através da Lei 6.235/ 2017 e regulamentou- a mediante o Decreto nº 43.583/ 2017. A lei traz em seu artigo 2º, incisos III e IV estratégias relacionadas ao investimento na GMRIO:

(...)

III - modernização da Guarda Municipal - GM-RIO, aquisição de meios de comunicação, equipamentos e veículos necessários à execução de suas atividades;
IV - implantação de ações e programas psicopedagógicos relacionados com o aprimoramento dos recursos humanos vinculados à atividade da SEOP e da GM-RIO; (RIO DE JANEIRO, 2017)

O uso desse instrumento ainda carece de conhecimento técnico e ruptura na cultura contrária ao fortalecimento da prática de polícia cidadã operada pelas Guardas Municipais. Um exemplo dessa máxima é representado na pesquisa realizada com objetivo de colher o grau de satisfação dos policiais da GMRIO quanto à utilização do FEOP e seus investimentos na política de segurança da capital fluminense.

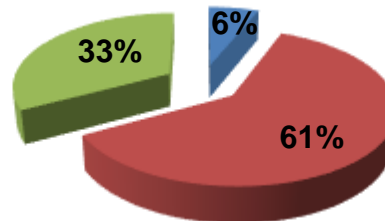
A pesquisa online contou com uma amostra de 115 participantes, aproximados 44,9%, do total de um grupo de 256 guardas de segmentos distintos no âmbito da GMRIO, no período de 13 a 23 de janeiro de 2020. Os policiais responderam objetivamente e discursivamente a 06 (seis) questões.

No gráfico 1 apresenta- se o nível de conhecimento sobre o FEOP por parte dos agentes. Um total de 94% dos entrevistados conhecem bem, ou pelo menos já ouviram falar sobre o fundo.

Gráfico 1: nível de conhecimento sobre o Fundo Especial de Ordem Pública

Nível de conhecimento sobre o FEOP

■ desconhece ■ já ouviu falar ■ conhece bem



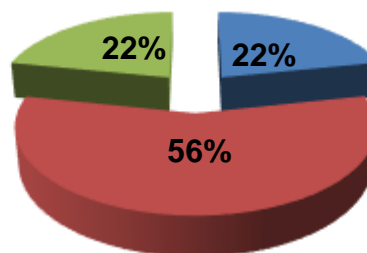
Fonte: o autor (2020).

No gráfico 2 apresenta-se o nível de conhecimento sobre a aplicação do FEOP. Um total de 78% dos entrevistados conhece, em diferentes níveis, a sua aplicação.

Gráfico 2: nível de conhecimento sobre a aplicação dos recursos do FEOP

Nível de conhecimento sobre a aplicação do FEOP

■ desconhece ■ conhece pouco ■ conhece bem



Fonte: o autor (2020).

No gráfico 3 apresenta-se a satisfação dos agentes com a política de segurança aplicada com os recursos do FEOP. Um total de 99 % encontra-se insatisfeitos.

Gráfico 3: nível de satisfação com a política de segurança aplicada com os recursos do FEOP à GMRIO

Nível de satisfação com a política de segurança aplicada com recursos FEOP à GMRIO



Fonte: o autor (2020).

No gráfico 4 apresenta-se, na visão do agente, se há valorização da perspectiva policial aplicada na GMRIO. 99 % afirmam que há pouca ou nenhuma valorização dessa perspectiva na corporação.

Gráfico 4: valorização da perspectiva policial aplicada na GMRIO

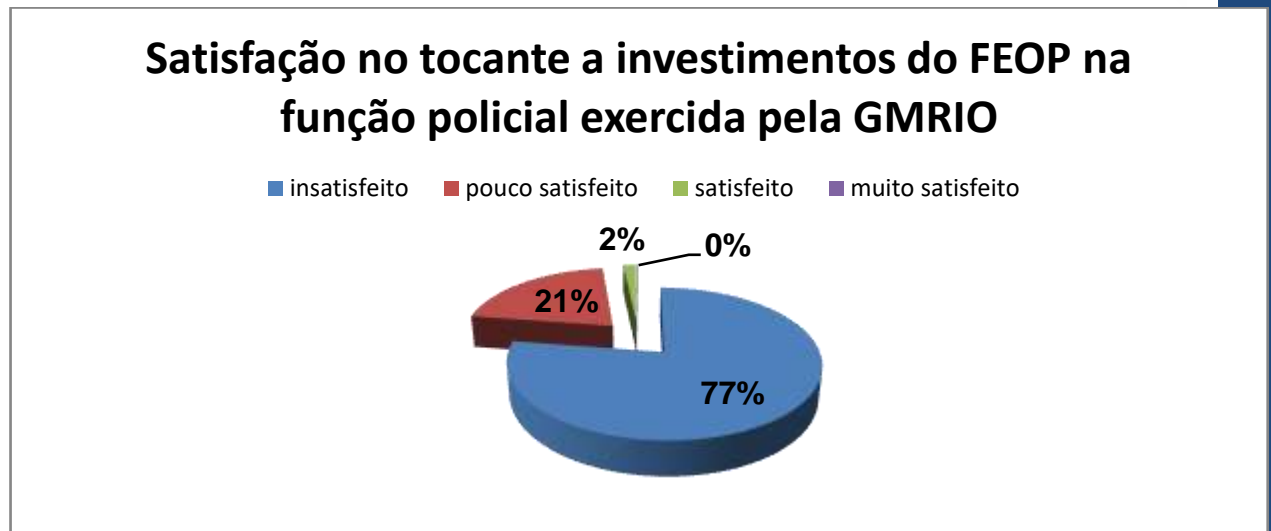
Valorização da perspectiva policial aplicada na GMRIO



Fonte: o autor (2020).

No gráfico 5 apresenta-se os dados sobre o grau de satisfação com a gestão municipal em relação aos investimentos do FEOP na função policial da GMRIO. 98% dos policiais afirmaram estarem pouco ou insatisfeitos com essa condição.

Gráfico 5: Satisfação no tocante à investimentos do FEOP na função policial exercida pela GMRIO



Fonte: o autor (2020).

Para a sexta pergunta: em sua opinião, qual deve ser o principal projeto de investimento da gestão municipal para fortalecer a efetividade da função policial exercida pela GMRIO? Foi aberto para que o participante pudesse expressar sua resposta de forma aberta e discursiva. Os policiais apresentaram diversas possibilidades que agrupamos em: plano de cargos e salários adequados, capacitação profissional, uniformes, instrumentos e armas de fogo, cumprimento da legislação pertinente as prerrogativas funcionais da GM e infraestrutura e logística nas unidades da GM.

O grupo plano de cargos e salários adequados fez um total de 48% que optaram por ser esse o principal investimento para fortalecer a perspectiva policial da GMRIO. No grupo capacitação profissional, uniformes, instrumentos e armas de fogo, 32% optaram por ser esse o melhor investimento. Já 19% escolheram o grupo do cumprimento das legislações pertinentes. 11% optaram pelo grupo da infraestrutura e logística como o investimento que deve ser priorizado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cerne da questão proposta por esse trabalho: como os fundos públicos municipais de segurança podem ser utilizados para consolidar um sistema de segurança cidadã efetivo em nível local? Pode ser respondida com a afirmação que se baseia na possibilidade da transferência legal em sua modalidade fundo a fundo para o sistema de segurança, assim como já ocorre na área da assistência social e

saúde. O objetivo da análise e discussão da importância do uso dos fundos na concepção de uma segurança cidadã municipalizada é plenamente atingido quando este ensaio apresenta a possibilidade de uma modalidade diferente do que preconiza atualmente a lei que rege o FNSP para os municípios.

O estudo revela, pela legislação, a falta de iniciativas integradoras, apesar de o FNSP ter sido considerado um “poderoso instrumento para incentivar a cooperação intergovernamental” (COSTA, 2007, p. 15) no sistema de segurança pública brasileiro, na verdade acontece o inverso, ao prever apenas a modalidade de transferência voluntária através de convênios e/ou contratos de repasse para os municípios. Ao retirar essa possibilidade o governo federal por um lado operacionaliza o sistema de segurança, através do SUSP buscando a perspectiva policial para as GMs, mas por outro não dotam os municípios de recursos mínimos para executá-lo, ampliando a discrepância entre teoria e prática.

Dessa forma observa-se falta de criação e gestão de diretrizes nacionais para que os municípios sejam dotados de autonomia para gerir suas políticas de forma independente, porém compartilhada com outros entes, não apenas por modalidade de convênios. Não há critérios que incentivem a municipalização da segurança através de investimentos para o fortalecimento das GMs, por exemplo, que poderia contemplar a distribuição de recursos fixos para cada policial da GM como ocorre no FUNDEB, da educação. A gestão descentralizada de uma conta única com distribuição igualitária para serem aplicados pelos municípios, que ficará a critério destes, desde que cumpram a finalidade poderia também ser uma possibilidade para erradicar a assimetria no sistema de segurança local.

O estudo também aponta uma problemática na aplicação dos recursos nos municípios que possuem fundos, caso da capital fluminense, revelada pelo questionário disponibilizado aos policiais municipais que traduz altos percentuais de insatisfação com a destinação desses recursos, especialmente no tocante ao investimento em práticas de polícia cidadã exercida pela GMRIO.

Apresentar o instrumento orçamentário dos fundos públicos e sua aplicação para consolidar um sistema de segurança cidadã nos municípios, com recorte da capital fluminense, possibilitou uma real visão de como isso se dá no âmbito de uma instituição. Poderia-se aprofundar mais o assunto, porém, a característica do artigo não permite, no entanto, nada impede que seja recobrado num trabalho posterior, pois é de grande relevância para os municípios, especialmente porque em muitos lugares a Guarda Civil Municipal é a única força de segurança presente.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS. **Manual de fundos públicos: controle social e acesso aos recursos públicos**. São Paulo, Fundação Petrópolis, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº. 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº. 13.022 de 08 de agosto de 2014. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº. 13.675 de 11 de junho de 2018. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº. 13.756 de 12 de dezembro de 2018. Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.615, de 24 março de 1998, 10.891, de 9 de julho de 2004, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.675, de 11 de junho de 2018; e revoga dispositivos das Leis nº 6.168, de 9 de dezembro de 1974, 6.717, de 12 de novembro de 1979, 8.313, de 23 de dezembro de 1991, 9.649, de 27 de maio de 1998, 10.260, de 12 de julho de 2001, 11.345, de 14 de setembro de 2006, e 13.155, de 4 de agosto de 2015, da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, e dos Decretos-Leis nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, e 594, de 27 de maio de 1969, as Leis nº 6.905, de 11 de maio de 1981, 9.092, de 12 de setembro de 1995, 9.999, de 30 de agosto de 2000, 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e 10.746, de 10 de outubro de 2003, e os Decretos-Leis nº 1.405, de 20 de junho de 1975, e 1.923, de 20 de janeiro de 1982. Brasília, DF. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2018/ Lei/L13756. htm >. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. **Marco Regulatório das Guardas Municipais**. Brasília, DF, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça e segurança Pública. **Livro azul das Guardas Municipais: princípios doutrinários da segurança pública municipal**. Brasília, DF, 2019.

BUGARIN, Bento José. Ministério Público do Estado do Paraná. Revista Igualdade, ano XIV, Curitiba, 2008.

CAMPOS, William Sergio Antunes de. **A GUARDA MUNICIPAL NO CONTEXTO DA SEGURANÇA PÚBLICA INTEGRADA: desafios e perspectivas no exercício funcional frente à demanda por segurança e proteção do cidadão**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2014. 102 p., (Programa de Graduação em Gestão Pública para o Desenvolvimento Econômico e Social- GPDES). Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/5426/1/WSACampos.pdf>> Acesso em: 14 fev. 2020, 15:00:15.

_____. **Questionário online aplicado aos policiais da GMRIO sobre o grau de satisfação da aplicação dos recursos FEOP nas políticas de segurança da capital fluminense**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em:< https://docs.google.com/forms/d/12VxNlRxmU2vR-qPn1LzHui_vZc_gy6CJv6KePvddJD6c/viewanalytics> Acesso em: 23 jan. 2020, 13:15:10.

COSTA, Arthur; GROSSI, Bruno C. **Relações intergovernamentais e segurança pública: uma análise do fundo nacional de segurança pública**. São Paulo: Revista brasileira de segurança pública, ano 1, edição 1, 2007.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. **Fundo público meramente contábil ou financeiro**. Brasília: CNM, 2012.

DEMO, P. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

FERREIRA, Luís Roberto Cintra. **O PAPEL DAS GUARDAS MUNICIPAIS NA REDUÇÃO DE HOMICÍDIOS: EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS PARA O BRASIL**. São Paulo: EES/ FGV, 2012.

FONTOURA, Natalia de Oliveira; RIVERO, Patrícia Silveira; RODRIGUES, Rute Imanishi. **Segurança pública na Constituição Federal de 1998: continuidades e**

perspectivas. In: Políticas Sociais: acompanhamento e análise. IPEA, Brasília, v. 3, p. 135-196, 2009.

GOMES, Luciano de Souza. **Repasse de recursos: convênio ou transferência fundo a fundo?** Brasília: ORÇAMENTO PÚBLICO em discussão n. 08, 2013.

KOPITCKE, ALBERTO. **Guardas Municipais: entre a tentação da tradição e o desafio da inovação.** São Paulo: Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 10, n. 2, ago- set, p. 72-87, 2016.

LAZZARINI, A. **A Segurança Pública na Constituição de 1988.** Belo Horizonte: Revista O Alferes da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, jul, 1989.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento público e administração financeira e orçamentária.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

POLIS- INSTITUTO DE ESTUDOS, FORMAÇÃO E ASSESSORIA EM POLÍTICAS SOCIAIS. **Fundos Especiais.** São Paulo, 2002.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico** / Cleber Cristiano Prodanov, Ernani Cesar de Freitas. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 6.235 de 25 de agosto de 2017. Institui o Fundo especial de Ordem Pública e dá outras providências. **Lex:** Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/lei-ordinaria/2017/623/6235/lei-ordinaria-n-6235-2017-institui-o-fundo-especial-de-ordem-publica-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 10 mar. 2020, 10:15:20.

RIO DE JANEIRO. DECRETO nº 43. 583 de 28 de agosto de 2017. Regulamenta o Fundo especial de Ordem Pública- FEOP e dá outras providências. **Lex:** Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2017/4358/43583/decreto-n-43583-2017-regulamenta-o-fundo-especial-de-ordem-publica-feop-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 10 mar. 2020, 11:30:10.

RISSO, M. **Prevenção da violência: construção de um novo sentido para a participação dos municípios na segurança pública.** São Paulo: Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 10, n. 2, ago/set, p. 12-23, 2016.

SOUZA, Maria Ilanice Lima de; FREITAS, Alciléia Sousa. **FUNDOS PÚBLICOS – CARACTERÍSTICAS, APLICAÇÃO E CONTROLE DOS RECURSOS.** São Paulo: Caderno Gestão Pública, ano. 1, n.1, jul – dez, 2012.

SANÇÕES PENAIS OCASIONADAS PELA COVID-19

WELTON FRANCISCO DA SILVA DE FREITAS:

graduando no curso de Direito pela Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado a Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito, Prof. Dr. Ademir Gasques Sanches.

RESUMO: A pandemia da COVID-19 torna os indivíduos e a sociedade extremamente vulneráveis em todos os aspectos. Durante a atual pandemia da COVID-19, os governos nacionais estão tomando medidas excepcionais para retardar a propagação do vírus. Muitos países tiveram que adotar medidas de emergência com relação ao funcionamento de seus sistemas judiciais e permitir que seus tribunais continuassem operacionais, na medida do possível. O coronavírus continua sendo uma das principais preocupações. Governos federais, estaduais e locais estão tomando decisões que afetam a operação de seus sistemas de justiça criminal. Partindo dessa ideia o trabalho tem como escopo discorrer sobre sanções penais ocasionadas pelo coronavírus (COVID-19), para tanto realizou-se uma revisão de literatura, na qual foi apresentado o conceito de coronavírus, o conceito de sanção, relatou-se também sobre a relação do direito penal com COVID-19 e a possível responsabilização da China frente a responsabilidade pela disseminação e consequente normas internacionais aplicáveis a situação. Concluindo que como trata-se de uma pandemia, em que o mundo não se encontrava preparado e traz em seu conceito diversas dificuldades, vê-se que líderes políticos e legislativo estão em constante adaptação e trabalhando em muitos casos por analogia.

Palavras-chave: COVID-19, coronavírus, direito penal, sanção, pandemia.

ABSTRACT: The COVID-19 pandemic makes individuals and society extremely vulnerable in all aspects. During the current Covid-19 pandemic, national governments are taking exceptional measures to slow the spread of the virus. Many countries have had to take emergency measures regarding the functioning of their judicial systems and allow their courts to remain operational, as far as possible. Coronavirus remains a major concern. Federal, state and local governments are making decisions that affect the operation of their criminal justice systems. Based on this idea, the work aims to discuss criminal sanctions caused by the coronavirus (COVID-19), for this purpose a literature review was carried out, in which the concept

of coronavirus was presented, the concept of sanction, it was also reported on the relationship of criminal law with COVID-19 and China's possible accountability for responsibility for dissemination and consequent international standards applicable to the situation. Concluding that as it is a pandemic, in which the world was not prepared and brings in its concept several difficulties, we see that political and legislative leaders are constantly adapting and working in many cases by analogy.

Keywords: COVID-19, coronavirus, criminal law, sanction, pandemic.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. REVISÃO DE LITERATURA. 2.1. Conceito de sanção. 2.2. A relação do direito penal e a COVID-19. 2.3. A Covid-19 e o Direito Comparado. 2.4. A possível responsabilização da China frente a COVID-19. 2.5. Normas internacionais aplicáveis. 3. METODOLOGIA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A COVID-19 é uma doença infecciosa causada por um novo Corona vírus identificado pela primeira vez em dezembro de 2019. A coronavírus é uma família de vírus causadoras de infecções respiratórias. Ainda não existe uma vacina para prevenir a COVID-19 e não há tratamento específico para a doença, além de controlar seus sintomas (BRASIL, 2020a).

Em meados de março de 2020, mais de 150 países haviam relatado casos da COVID-19, e a Organização Mundial da Saúde (OMS), informou que havia mais de 200.000 infectados em todo o mundo. Mais de 7.000 pessoas morreram e os números continuaram a aumentar a um ritmo alarmante (BRASIL, 2020b).

Com essa pandemia apresentada de forma repentina, nossos líderes políticos, bem como, legisladores se viram mediante a necessidade de apresentar soluções para contenção da mesma, tanto na esfera civil, administrativa quanto penal. Essas derrogações às regras processuais geralmente aplicáveis em questões criminais foram tomadas principalmente por razões óbvias de saúde, a fim de reduzir contatos físicos, mas também para garantir o funcionamento contínuo do sistema de justiça público, um serviço público que, no contexto da serviço mínimo devido a todos os cidadãos, não pode se dar ao luxo de parar completamente (TOSCHI, 2020).

A Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, emitida pelos Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública do Brasil, estabeleceu a natureza obrigatória das medidas previstas na Lei Federal nº 13.979, promulgada para enfrentar a atual emergência de saúde pública. Essa legislação, por sua vez, prevê medidas de combate à emergência de saúde pública causada pela COVID-19

e foi regulamentada pela Portaria nº 356/2020 do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020c).

As citadas portarias associadas a Lei Federal nº 13.979 / 2020 não estabelecem quais penalidades estariam sujeitas àqueles que não cumprirem suas regras. Tais atos apenas estabelecem que os infratores serão responsáveis civil, administrativamente e criminalmente (LACERDA, 2020).

A crise da COVID-19 é um lembrete brutal da importância de garantir um progresso duradouro no que diz respeito ao gozo de direitos sociais, particularmente por meio do desenvolvimento de serviços universais de saúde pública. A pandemia mostra em termos práticos a indivisibilidade dos direitos humanos (ALMEIDA, 2020).

Ao usar os conceitos de direito penal para fazer cumprir o esquema regulatório, essas ofensas regulatórias estão sujeitas aos princípios legais de direito penal que descrevem, definem e limitam as sanções.

2. REVISÃO DE LITERATURA

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que um surto de doença por coronavírus (COVID-19), identificado pela primeira vez em dezembro de 2019 em Wuhan, China, havia atingido o nível de uma pandemia global. Citando sua preocupação com "os alarmantes níveis de disseminação e severidade", a OMS instou os governos a tomarem ações urgentes e vigorosas para impedir a propagação do vírus (AMORE e CARDOSO, 2020).

O novo coronavírus que surgiu em Wuhan, China, no final de 2019, síndrome respiratória aguda grave - coronavírus 2 (SARS-CoV-2), se espalhou rapidamente para todas as províncias chinesas e, em 1 de março de 2020, para 58 outros países. Esforços para conter o vírus estão em andamento; no entanto, dadas as muitas incertezas em relação à transmissibilidade e virulência de patógenos, a eficácia desses esforços é desconhecida (BRASIL, 2020a).

A fração de casos não documentados, mas infecciosos, é uma característica epidemiológica crítica que modula o potencial pandêmico de um vírus respiratório emergente. Essas infecções não documentadas muitas vezes passam despercebidas devido a sintomas leves, limitados ou inexistentes e, portanto, dependendo de sua contagiosidade e número, podem expor uma parcela muito maior da população ao vírus do que ocorreria de outra maneira (BRASIL, 2020b).

A lei internacional de direitos humanos garante que todos tenham o direito ao mais alto padrão de saúde possível e obriga os governos a tomar medidas para

evitar ameaças à saúde pública e prestar assistência médica às pessoas necessitadas. Os padrões de direitos humanos também reconhecem que, no contexto de sérias ameaças à saúde pública e emergências públicas que põem em perigo a vida de uma nação, restrições a alguns direitos podem ser justificadas desde que tenham uma base legal, sejam estritamente necessárias, de acordo com as evidências científicas e não são arbitrárias ou discriminatórias em sua aplicação, têm duração limitada, respeitam a dignidade humana, estão sujeitas a revisão e são proporcionais para atingir seu objetivo (AMORE e CARDOSO, 2020).

A magnitude e severidade da pandemia da COVID-19 é claramente o nível de uma ameaça à saúde pública que poderia justificar restrições a certos direitos, como os resultantes da imposição de quarentena ou isolamento e que limitam a liberdade de movimento. Ao mesmo tempo, uma atenção cuidadosa aos direitos humanos, como não discriminação e princípios de direitos humanos, como transparência e respeito à dignidade humana, pode promover uma resposta eficaz em meio às turbulências e perturbações que inevitavelmente resultam em tempos de crise, bem como limitar os danos que possam advir da imposição de medidas gerais demais que não atendam aos critérios (LACERDA, 2020).

O trabalho fornece uma visão geral das preocupações de direitos humanos levantadas pelo surto de coronavírus, com base em exemplos de respostas do governo tomadas até o momento e recomenda maneiras pelas quais governos e outros atores podem respeitar os direitos humanos nessas respostas.

2.1. Conceito de sanção

Uma sanção é chamada de penalidade estabelecida por uma lei ou regulamento para quem a violar ou violar. A palavra, como tal, vem do latim *sanctio, sanctionis*. Na lei, pode-se dizer que a sanção é consequência de uma conduta que constitui uma infração à norma legal. Dependendo do tipo de infração, pode haver penalidades criminais, civis ou administrativas (HASSEMER, 2018).

Da mesma forma, o ato formal e solene pelo qual o chefe de estado confirma uma lei ou estatuto é chamado de sanção. Portanto, como sanção, a aprovação ou autorização de qualquer ato legal também pode ser convocada (FALAVIGNO, 2020).

Por outro lado, no Direito Internacional, sanções são as medidas que um Estado toma perante outro unilateralmente e que podem ser econômicas, diplomáticas ou militares. Como tal, o objetivo deste tipo de sanções é pressionar ou coagir o outro Estado a cumprir certas obrigações ou ceder às negociações (JAKOBS e MELIÁ, 2017).

O termo tem raízes legais, podendo ser de diferentes calibres e referir-se a prisão, multas, desqualificações para determinadas performances de trabalho ou, no caso de instituições privadas, expulsão. As sanções nesse sentido fazem parte das sociedades a partir do momento em que são organizadas com algum tipo de norma, ou seja, existem entre nós desde os tempos antigos. No entanto, há outra variante em relação ao significado do termo. Na verdade, ele também pode se referir a um ato de uma natureza institucional pelo qual o poder executivo valida uma lei ditada pelo Legislativo (HASSEMER, 2018).

Entendido como um ato punitivo, pode-se dizer que eles já estavam previstos nos códigos legais das civilizações antigas. Por exemplo, uma frase referente a um número enorme de anos é a que afirma "olho por olho, dente por dente"; é a famosa lei do talião, uma das expressões mais remotas da justiça retributiva. Estabelece que a sanção aplicada contra uma pessoa deve ser igual ao dano que a mesma causou. Do ponto de vista contemporâneo, essa consideração pode parecer um excesso; de fato, nossos códigos geralmente não aplicam o mesmo dano que se destina a sancionar; os presos têm garantias de que podem invocarem qualquer momento. No entanto, a lei de Talion representa um grande avanço no que diz respeito à consideração da sanção; de fato, no passado, eles podiam até exceder em muito o dano causado, uma circunstância que os igualava mais à vingança do que à justiça (COSTA, 2017).

2.2. A relação do direito penal e a COVID-19

Essas novas disposições promulgadas à luz da pandemia da COVID-19 representam o poder coercitivo do Estado, previsto legalmente, para impor comportamentos positivos em sua população, a fim de proteger a saúde pública (LACERDA, 2020).

A criminalização da exposição e transmissão de doenças infecciosas suscita preocupação nos termos da lei penal e dos direitos humanos. Geralmente, não é eficaz nem necessário para avançar nas metas de saúde pública. Ao considerar essa criminalização no contexto da COVID-19, os Estados devem aprender lições de outra epidemia como a AIDS, por exemplo. Em vez de basear-se em evidências científicas e médicas, a criminalização da não divulgação, exposição e transmissão é motivada por medos e preconceitos sobre a doença. Essa criminalização aumenta o estigma relacionado e não é informada pelas mais recentes evidências científicas e médicas e prejudica os resultados de saúde pública (AMORE e CARDOSO, 2020).

Deve-se lembrar que, a partir de uma análise criminal, nenhuma empresa pode ser responsabilizada por um crime (exceto por crimes ambientais). Os indivíduos que

representam a empresa, no entanto, podem ser responsabilizados criminalmente se for comprovado que eles tinham conhecimento e vontade de se envolver em conduta criminal ou, de alguma forma, causaram um crime. Portanto, a responsabilidade criminal no Brasil é individual, pessoal e intransferível (BRASIL, 2020b).

Portanto, se uma ordem médica, quarentena ou isolamento, for ignorada, o indivíduo que fracassou poderá ser responsabilizado pelos crimes de desprezo perante os funcionários (artigo nº 330 do Código Penal Brasileiro) ou violação de uma assistência médica preventiva medida (artigo 268 do Código Penal Brasileiro), a menos que a conduta constitua crime mais grave, como o caso de uma epidemia (artigo 267) (BRASIL, 2012).

No entanto, a prisão de indivíduos é uma medida excepcional e extrema e não ocorrerá para todos os crimes. Como os dois primeiros crimes mencionados acima são considerados menos graves pelo marco legal brasileiro (uma vez que a pena máxima de prisão é inferior a dois anos), aqueles que cometem tais crimes podem se submeter a medidas alternativas. No caso, a própria portaria já indica que tais medidas seriam: assinatura do compromisso de atender aos atos do processo e cumprir as medidas estabelecidas no artigo 3º da Lei nº 13.979 (isolamento, quarentena e execução de exames) (LACERDA, 2020).

O recurso atual às leis criminais, supostamente para sancionar a exposição e transmissão da COVID-19, ecoa assustadoramente de volta a essas preocupações. É provável que o uso do direito penal contribua para o medo da COVID-19, aumentando o estigma para pessoas com COVID-19 ou para aqueles que podem ter sintomas associados à doença. Por condenação, as possíveis penalidades associadas a esses crimes também parecem ser desproporcionalmente severas, à luz dos conselhos da OMS de que a grande maioria das pessoas (acima de 80%) se recuperará sem nenhum tratamento. Há também preocupações sobre a aplicação discriminatória dos delitos de exposição e transmissão da COVID-19. Por exemplo, a discriminação relacionada a COVID-19 já ocorreu, como visto através do aumento de ataques relacionados ao coronavírus contra asiáticos. Como a criminalização relacionada ao HIV, também é previsível que essas ofensas possam ser aplicadas de forma desproporcional contra indivíduos marginalizados, como pessoas que vivem em assentamentos informais ou pessoas afetadas por desabrigados (AMORE e CARDOSO, 2020).

As lacunas atuais no conhecimento e na ciência sobre a COVID-19 significam que processar pessoas pela exposição e transmissão da COVID-19 estaria repleto de dificuldades (CREMONEZE, 2020).

Primeiro, provar a "culpabilidade" parece ser extremamente difícil. Além disso, o 'ato' criminalizado para exposição ou transmissão a COVID-19 pode ser muito vago e excessivo para atender aos princípios fundamentais do direito penal. Existem muitas perguntas sobre a transmissão da COVID-19, incluindo a possibilidade e a taxa de transmissão assintomática (isto é, a transmissão do vírus por pessoas que têm a doença, mas sem sintomas). Mesmo com mais dados disponíveis, dado que o novo coronavírus é altamente contagioso e que a comunidade se espalha em muitos lugares, será difícil, se não impossível, provar que uma pessoa adquiriu definitivamente o vírus de outro indivíduo identificado (AMORE e CARDOSO, 2020).

Criticamente, a criminalização da exposição e transmissão da COVID-19 prejudica os resultados de saúde pública. Sanções criminais para pessoas com COVID-19, bem como, aumento do estigma como resultado da criminalização, podem impedir as pessoas de procurar exames e outros serviços de saúde. A criminalização relacionada a COVID-19 também aumenta muito o dano a indivíduos por meio de detenção e/ou encarceramento. Indivíduos em ambientes fechados correm maior risco de adquirir a COVID-19 devido à incapacidade de praticar medidas de distanciamento social e acesso limitado a bens e serviços médicos (ALMEIDA, 2020).

De fato, alguns Estados libertaram pessoas em locais fechados, incluindo prisioneiros. Outros atrasaram julgamentos criminais e outros, reconhecendo que os tribunais, como outros espaços públicos, podem contribuir para as transmissões da COVID-19. A criminalização da exposição e transmissão, portanto, enfraquece as respostas de saúde pública a COVID-19. Em conclusão, dadas as considerações sobre direitos humanos, direito penal substantivo e saúde pública, os países devem abster-se de criminalizar a exposição e transmissão da COVID-19 (SILVER, 2020).

O papel do direito penal na aplicação das medidas de saúde pública deve ser limitado, com base em evidências científicas e em conformidade com os direitos humanos. Uma área análoga a partir da qual tirar 'lições aprendidas' ao avaliar a adequação do uso da lei criminal para aplicar medidas de saúde pública na resposta a COVID-19 é a tuberculose (TB) (LACERDA, 2020).

Embora a tuberculose seja uma doença contagiosa, é curável com detecção e tratamento adequado. No entanto, pode haver uma necessidade de isolar uma pessoa com TB ativa para impedir uma transmissão adicional. Respostas efetivas à TB, como outras doenças contagiosas, dependem de tomadas de decisão voluntárias, autônomas e informadas para prevenção, tratamento e cuidados. Na maioria dos casos, pessoas com tuberculose ativa aderem voluntariamente ao tratamento prescrito. Mesmo para as pessoas que inicialmente relutam em concordar com o

isolamento, o envolvimento do paciente, o aconselhamento e o apoio social geralmente resolverão a situação (MACIEL et al., 2020).

A saúde global e as normas internacionais de direitos humanos advertem que, na maioria das circunstâncias, o isolamento involuntário " viola os direitos de um indivíduo à liberdade de movimento, liberdade de associação e liberdade de detenção arbitrária ". No entanto, os padrões de saúde pública e direitos humanos atendem aos raros casos que requerem isolamento involuntário e tratamento de pessoas com TB. Como a OMS declarou, nos casos em que as pessoas com TB não aderem ao tratamento, 'ou não estão dispostas ou são incapazes de cumprir as medidas de controle de infecção, os interesses de outros membros da comunidade podem justificar esforços para isolar o paciente involuntariamente (MACIEL et al., 2020).

Mas, de acordo com as leis e normas internacionais de direitos humanos, conforme refletido nos Princípios de Siracusa, o recurso à privação de liberdade deve ser previsto e realizado de acordo com a lei; direcionado a um objetivo legítimo (levando em consideração as orientações da OMS quando a saúde pública for o objetivo legítimo a ser perseguido); estritamente necessário em uma sociedade democrática; os meios menos intrusivos e restritivos disponíveis; nem arbitrário nem discriminatório na aplicação; de duração limitada; e sujeito a revisão, inclusive perante um órgão judicial ou quase judicial. Esses mesmos padrões devem ser aplicados ao uso do direito penal para aplicar medidas de saúde pública relacionadas a COVID-19 (ABBOUD, 2020).

A OMS, bem como, outros especialistas e atores importantes em saúde pública, destacaram a importância de medidas voluntárias e não coercitivas no tratamento de doenças infecciosas. Atividades em nível comunitário, como medidas apropriadas de quarentena e distanciamento social, podem ser mais eficazes para o cumprimento de intervenções de saúde pública na resposta da COVID-19 do que a ameaça de sanções criminais. Comunicações de saúde pública claras, transparentes e consistentes podem ajudar a persuadir as pessoas a cumprir as medidas de saúde pública. A prestação de serviços de apoio, a satisfação de necessidades básicas (por exemplo, alimentos, água), bem como o apoio financeiro, social e psicossocial, também podem fortalecer a conformidade. Além disso, caso sejam necessárias sanções para lidar com as consequências do não cumprimento, os Estados podem impor multas administrativas ou civis, desde que sejam implementadas de maneira consistente com os direitos humanos (FERNANDES, 2020).

Quando os países usam o direito penal, como estão fazendo agora em suas respostas a COVID-19, estão usando a ferramenta mais coercitiva à sua disposição.

A história mostra que, quando poderes extraordinários são introduzidos em conexão com situações qualificadas como 'emergências que ameaçam a vida da nação' (de boa ou má fé), eles têm uma maneira estranha de penetrar na estrutura legislativa e política comum. Por exemplo, em 2015, a França introduziu medidas extraordinárias em resposta aos ataques terroristas em Paris - essas medidas já chegaram ao *le droit commun*, legislação ordinária. Poderes extraordinários, portanto, são normalizados. Nos contextos de justiça criminal e saúde pública, o uso indevido e excessivamente amplo do direito penal em emergências de saúde pública cria um precedente preocupante de como o direito penal pode ser usado após o desaparecimento da crise (AMORE e CARDOSO, 2020).

De acordo com OPAS (2020), as respostas ao novo coronavírus aumentaram rapidamente, com os Estados usando uma variedade de intervenções de saúde pública, incluindo ferramentas políticas e legais, com o objetivo declarado de tentar controlar a COVID-19. Todos nos acostumamos a ouvir termos como 'quarentena', 'bloqueio', 'isolamento' e 'distanciamento social', às vezes, aparentemente de forma intercambiável - para se referir a algumas das medidas tomadas. Embora compartilhem o mesmo objetivo - retardar a transmissão da doença, essas são medidas distintas, embora inter-relacionadas:

- a) Isolamento - separação de indivíduos doentes, com o objetivo de impedir ou limitar a transmissão subsequente.
- b) Quarentena - restrição do movimento de pessoas saudáveis que podem ter sido expostas ao vírus, geralmente durante o período de incubação anterior aos sintomas ou um teste positivo para a doença (no momento em que seriam colocadas em isolamento).
- c) Distanciamento social - uma série de atividades, do comportamento comunitário ao individual, para reduzir o contato entre as pessoas - inclui ações como fechar escolas, proibir grandes reuniões e incentivar as pessoas a aumentar a distância física entre si.
- d) Bloqueio - termo coloquial sem definição específica de saúde pública, que foi usada para se referir a alguns ou a todos os termos anteriores, mas geralmente é entendida como um movimento severamente restritivo.

Desde que a China impôs sua quarentena da província de Hubei em janeiro de 2020, muitos outros Estados seguiram o exemplo, adotando algum tipo de quarentena e/ou medidas de distanciamento social. Essas ações vão desde a emissão de diretrizes, aconselhando as pessoas a limitar a interação social, até pedidos estritos e obrigatórios de confinamento em casa. Foram adotadas medidas tanto em grandes áreas geográficas (por exemplo, quarentena em massa da China de 57

milhões de pessoas na província de Hubei) quanto em menores (por exemplo, na 'zona de contenção' em New Rochelle, Nova York, EUA). Nos EUA, em 26 de março, pelo menos 200 milhões de pessoas em 21 estados, 47 condados e 14 cidades estavam sendo instadas a ficar em casa (OPAS, 2020).

Alguns Estados se voltaram para o direito penal para aplicar algumas dessas medidas de saúde pública em suas respostas a COVID-19. Notavelmente, a Itália - atualmente em quarentena nacional, supostamente cobrou mais de 40.000 indivíduos por violar suas regras de quarentena. A Noruega, que anunciou medidas parciais de quarentena para o país em 12 de março, confirmou que multas ou prisão serão aplicadas a indivíduos que violarem as regras de quarentena ou isolamento. Da mesma forma, a Argentina anunciou que qualquer pessoa que não siga as regras obrigatórias de isolamento ou quarentena poderá ser presa de seis meses a dois anos. Na Bulgária, os escritórios do Ministério Público (MP), do distrito estão levando adiante pelo menos sete casos de indivíduos acusados de violar as regras de quarentena - se condenados, podem ser forçados a pagar uma multa que varia de 10.000 a 50.000 leva (aproximadamente US\$5500 a US\$27.600) ou enfrentar até cinco anos de prisão. Nos Emirados Árabes Unidos, que impuseram uma quarentena de 14 dias a qualquer pessoa que entrasse no país, o procurador-geral observou que indivíduos que violam a exigência de quarentena cometem um 'crime punível' (PARENTE, 2020).

Em Israel, a polícia abriu 86 investigações criminais sobre violações de quarentena, no Canadá o Ministro da Saúde anunciou recentemente que o país usaria todos os seus poderes sob a Lei Federal de Quarentena para controlar a COVID-19, incluindo penalidades criminais. Desde que a quarentena comunitária aprimorada nas Filipinas foi anunciada em meados de março, a polícia prendeu centenas de pessoas sob várias acusações, incluindo violações de quarentena e medidas de distanciamento social (PARENTE, 2020).

2.3. A Covid-19 e o Direito Comparado

Embora a comparação sempre tenha existido, os termos direitos comparados ou direito comparativo, não foi usado até o final do século XVIII quando se despertou grande interesse no direito estrangeiro e sua comparação com o direito nacional. Esse interesse surgiu na Alemanha a partir do trabalho de Pablo Anselmo de Feuerbach, mais tarde, esse interesse encontrou eco na França, onde a cadeira começou a ser ensinada; Legislação Comparada em 1832 e em 1869, a Sociedade de Legislação Comparada. Em 1900, foi realizado o primeiro Congresso Mundial de Direito Comparado, a expressão Legislação Comparada foi substituída pelo Direito Comparado que tem um significado mais amplo (ALMEIDA, 2016).

O direito comparado é uma disciplina que confronta semelhanças e diferenças dos vários sistemas legais em vigor no mundo, a fim de entender e melhorar o sistema legal de um determinado país. O direito comparado se deve ao fato de o sistema jurídico diferir de um país para outro. Dessa forma, é necessário seu estudo para apreciar tanto as diferenças quanto as semelhanças defeitos e sucessos dessa ordem, a fim de melhorar as instituições de um país e, portanto, seu sistema legal (JESCHECK, 2016).

A descrição e análise de sistemas jurídicos estrangeiros, mesmo quando nenhuma comparação explícita é realizada. A importância do direito comparado aumentou enormemente na atual era do internacionalismo, globalização econômica e democratização (SERRANO, 2017).

As leis políticas e civis de cada nação devem ser adaptadas de tal maneira às pessoas para as quais são enquadradas, apresentando uma grande chance das nações se adequarem uma as outras. Especialistas jurídicos de Direito Público Comparado e Direito Internacional examinam o respaldo da Organização Mundial de Saúde (OMS) no combate à pandemia de coronavírus, sendo que a organização se tornou um ator internacional importante na crise de Corona.

Em um artigo recente sobre o papel do direito internacional no tratamento da pandemia de SARS-CoV-2, pesquisadores do Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional em Heidelberg examinam mais de perto a cada vez mais criticada autoridade de saúde das Nações Unidas. Os juristas de todo mundo questionam: Os regulamentos Internacionais de Saúde (RSI), como principal instrumento da OMS para conter a propagação global de doenças tem surtido efeito? (SERRANO, 2017).

Na luta contra a propagação do vírus SARS-CoV-2, causador da doença conhecida como COVID-19, bem como suas consequências econômicas, políticas e sociais, os estados-nação atualmente parecem ser os principais atores. Eles estão adotando medidas de longo alcance, que variam de proibições a eventos e regulamentos do direito trabalhista e comercial a toques de recolher e restrições de contato. Dada a natureza complexa e global da pandemia, no entanto, também vale a pena examinar as instituições e regulamentos em nível internacional que são diretamente relevantes na atual crise (SACCO, 2015).

As áreas relevantes do direito são tão multifacetadas quanto a pandemia e suas consequências: ao incluir o direito internacional da saúde, os direitos humanos, o direito internacional do comércio, o financiamento internacional para paz e

segurança e desenvolvimento, salientando que os juristas de todo o mundo abordam vários regimes de direito internacional em seus estudos (ALMEIDA, 2016).

Tendo em vista sua relevância na crise do coronavírus, os autores examinam, entre outras coisas, várias áreas cobertas pelo Regulamento Sanitário Internacional (RSI). Dessa forma, eles fornecem uma visão geral da situação legal e mostram até que ponto os regulamentos se aplicam nas circunstâncias atuais. Ao fazer isso, eles também contextualizam recentes controvérsias políticas, como a entre os EUA e a China, desencadeada pelo presidente Donald Trump, que acusou o último país de não cumprir a obrigação consagrada no RSI de relatar imediatamente a nova doença à OMS (CASADO FILHO, 2020).

Com relação a esse caso específico, estudiosos apontam que o RSI fornece à OMS os meios para avaliar legalmente a precisão de tais alegações. Nesse caso, pode não apenas se referir a comunicações oficiais do governo, mas também levar em conta outras informações, como relatórios jornalísticos. Nessa situação específica, os autores argumentam que a OMS pode, por exemplo, comparar os dados fornecidos pelo governo com outros relatórios e, no caso de qualquer inconsistência, solicitar esclarecimentos ao governo chinês. Este e outros exemplos demonstram que as normas da OMS sobre notificação de doenças também desempenham um papel nos conflitos geopolíticos relacionados à saúde (SERRANO, 2017).

A OMS e seu RSI têm sido amplamente criticados por sua aparente ineficácia em meio à pandemia de coronavírus em andamento. Os juristas abordam alguns dos problemas das instituições: por exemplo, sem as informações fornecidas pelos Estados membros, a OMS é praticamente "cega" e carece de mecanismos de execução quando o RSI é violado. Apesar de todas as críticas, os pesquisadores enfatizam que a OMS oferece apoio técnico importante aos Estados membros, atuando como coordenador global da crise e fornecendo orientação por meio de recomendações. Eles também apontam o mérito do Regulamento Sanitário Internacional: segundo eles, o RSI é um conjunto abrangente de regras que cresceu através de exemplos de boas práticas e muitas décadas de experiência em surtos de doenças. Apesar do comportamento às vezes divergente dos Estados membros, o RSI continua a estabelecer o padrão de como os estados podem lidar com a disseminação de doenças além-fronteiras e refletir o consenso internacional sobre o controle de pandemia. Segundo os pesquisadores, essa não é de forma alguma uma contribuição insignificante na situação atual (CASADO FILHO, 2020).

Um exemplo a ser citado refere-se as primeiras análises comparativas da lei de migração e respostas políticas à pandemia do COVID-19. Em resposta à pandemia, os governos restabeleceram os controles fronteiriços na região de Schengen e

qualquer 'viagem não essencial' para a UE foi suspensa. O governo dos EUA instituiu proibições de viagens a não-cidadãos de vários países. Os requerentes de asilo foram impedidos de entrar em violação da lei internacional dos refugiados, e os advogados entraram com ações judiciais exigindo a libertação de detidos de imigração em face dos riscos impostos pelo COVID-19. Outros estados receptores de migrantes, como Austrália e Israel, também responderam de maneiras semelhantes. Reunindo especialistas em leis de migração da Austrália, Europa, Israel e América do Norte e do Sul, os autores começarão a mapear a gama de respostas (ALMEIDA, 2020).

Entre na pandemia do COVID-19, que deu origem a preocupações reais de saúde pública sobre o movimento de pessoas, mesmo que internamente, e é facilmente usado como justificativa para renegar as obrigações legais internacionais em relação aos migrantes (ALMEIDA, 2020).

2.4. A possível responsabilização da China frente a COVID-19

Se queremos avançar na construção do direito internacional, não se pode dar como certo que comportamentos apresentados nessa situação devem sempre ficar impunes, simplesmente porque o responsável é grande e poderoso demais para responder. Seria o mesmo que concordar com o fato de que, na arena internacional, a lei não governa, mas a força, e que isso, além disso, está bem, é primordial saber o que é justo ou injusto, independentemente de sua consagração prática, coloca-nos em uma situação intelectual defensiva contra contos e propaganda circulados pelos poderosos.

Vírus como a COVID-19, não aparecem em humanos espontaneamente. São doenças animais (chamadas zoonoses) que saltam de um transportador de animais para o homem. O salto da SARS para seres humanos ocorreu nos mercados de animais selvagens da China. Existem muitos mercados em todo o país, onde animais capturados, vivos ou mortos, são vendidos para alimentos ou para outros fins, especialmente para a medicina tradicional chinesa. Esses dados sobre a origem animal de novas doenças humanas são conhecidos dos profissionais de saúde pública há muitos anos e das instalações de transmissão fornecidas pelos mercados de animais selvagens chineses. Quando o SARS apareceu nesses mercados em 2004, a China deveria ter tomado nota para fechá-los permanentemente, mas não, especialmente devido à pressão dos cidadãos contra ela (SPONCHIATO, 2020).

A tudo isso deve-se acrescentar seu atraso na reação, uma vez que se estabeleceu que esse vírus ou outro semelhante havia reaparecido. Isso já aconteceu com o SARS. A primeira reação é sempre a ocultação, censurando críticas e prendendo pessoas que ousam divulgar esses "rumores", nos primeiros dias da crise.

Este silenciamento foi ainda mais eficaz desta vez, pois a China desenvolveu nos últimos anos os instrumentos de monitoramento e controle social com sofisticação sem precedentes. De qualquer forma, a inação durante o período inicial de desenvolvimento da doença foi impressionante. Embora existissem casos desde o início de dezembro, em 18 de janeiro, dois dias antes de Wuhan informar o planeta sobre a gravidade do surto, a cidade realizou um banquete comunitário. Contou com a presença de mais de 40.000 famílias, para que a cidade pudesse competir pelo recorde mundial de mais pratos servidos em um evento (BARIFOUSE, 2020).

O governo central apoiou as autoridades de Wuhan. Wang Guangfa, um dos principais especialistas do governo em doenças respiratórias, disse em 10 de janeiro ao canal estatal da China Central Television que a pneumonia de Wuhan estava "sob controle" e que era principalmente uma "condição leve". Wuhan é uma cidade de 11 milhões de habitantes, incluindo quase 1 milhão de estudantes universitários de todo o país. Quando a gravidade do surto foi revelada, a temporada de viagens de 40 dias do Ano Novo lunar já havia começado, na qual a população chinesa faz uma estimativa combinada de 3 bilhões de viagens (BARIFOUSE, 2020).

Passe-se agora à classificação legal desses eventos. Em princípio, eles se enquadram na categoria de responsabilidade extracontratual (os chineses não violaram nenhum contrato que tivessem conosco a esse respeito), mas também por omissão (não criaram o vírus em laboratório, mas sua inação é atribuída a eles). quando fechar os mercados de animais e contê-lo uma vez detectado). Bem, a responsabilidade por omissão, ao contrário da ação, precisa de certas qualificações para dar origem a responsabilidade legal (outra coisa é moral ou política), sob pena de incorrer em abuso ao determiná-la (PARENTE, 2020).

Isso é conhecido desde os tempos antigos e, para esclarecer, pode-se usar um exemplo levantado, com enorme sucesso subsequente, por vários autores do segundo escolasticismo (Antonio Pérez e Leonardo Lessius), que consiste em discutir se alguém é obrigado, em razão da justiça, a resgatar quem está se afogando (de tal maneira que não determinaria sua responsabilidade legal pela omissão). A chave para resolver o problema não é se o resgate exige muito ou pouco sacrifício (vamos deixar de lado o caso de resgate extremamente simples). A chave é se o potencial salvador está vinculado por um relacionamento legal com o potencial resgatado, como seria o caso se fosse uma autoridade (parental ou policial) ou se houvesse um contrato entre as partes (resgate (FERNANDES, 2020).

Entre outras coisas, porque a existência desse vínculo legal permite que o potencial resgatador imponha ao resgatado certos encargos preventivos de risco (o caso da autoridade que pode obrigar o uso de um colete ou não tomar banho em

áreas limitadas) ou cuja ausência é assumida em virtude de um preço (caso do contrato). Se esse relacionamento não existe, não há outra obrigação senão a da caridade, que não é pouca coisa para quem a valoriza, é claro, mas é outra questão (ALMEIDA, 2020).

Ou seja, para que haja responsabilidade legal pela omissão, a pessoa deve ser especificamente chamada a intervir no caso, e isso sem dúvida ocorre no caso de funcionários públicos quando o ativo legal ameaçado lhes é diretamente confiado, como a saúde pública. Em suma, quando a autoridade pública tem o direito de exigir ou impor medidas preventivas, e não o faz (CUNHA, 2020).

Além disso, é necessário cumprir outros requisitos, comuns a ações e omissões. Em primeiro lugar, o que é chamado de falha no sentido jurídico deve ser cumprido, o que pode ser traduzido aqui como a existência de um risco razoavelmente previsível. Num duplo sentido. É necessário não apenas que o evento em si seja previsível, mas também a extensão do dano. Se algum desses requisitos estiver ausente, não seria razoável exigir responsabilidade, uma vez que ninguém pode ser exigido, por princípio e exceto em casos excepcionais - para prever o que, por definição, é imprevisível, nem reparar danos cuja quantia era inimaginável (FERNANDES, 2020).

Finalmente, deve haver uma relação causal entre a omissão e o dano produzido. Embora esse requisito, falando de omissões, seja tecnicamente complexo e discutível, deve pelo menos ficar claro que a ação omitida (no nosso caso, fechar o mercado de animais de Wuhan) teria evitado o dano. Bem, se aplicar esse esquema ao caso COVID-19, será observado que a China cumpre todos os requisitos para ser responsável pela omissão: relação de autoridade, competência e capacidade preventiva, risco previsível (o risco de uma pandemia derivada desse tipo de vírus) tem sido discutido em fóruns especializados há décadas), danos previsíveis (também se sabe o que implica uma pandemia global) e causalidade (CARDOSO, 2020).

Mas esse esquema é aplicável, obviamente, apenas se considerar o planeta Terra como uma comunidade universal governada pela lei (algo, aliás, típico do pensamento escolástico) segundo o qual, conseqüentemente, as autoridades chinesas têm o dever de agir para salvaguardar a saúde de todo o planeta. Se o considerar simplesmente como um conjunto de autarquias independentes, o Estado chinês não responde nem mesmo a seus próprios cidadãos, entre outras coisas, porque sua lei positiva consagra um regime ditatorial no qual não existem direitos subjetivos nem responsabilidade. Ainda menos diante dos cidadãos de outros países, como é lógico, dada a ausência de qualquer dever ou autoridade que possa exigir (ALMEIDA, 2020).

A China tem tradições culturais e pensou que poderia lidar com os riscos (pior é a ocultação, obviamente, mas é o que todas as ditaduras têm). Em nossa vida cotidiana, toma-se decisões semelhantes com a melhor intenção quase todos os dias, especialmente em nosso papel de pais ou empregadores (embora de importância muito menor, obviamente) (CARDOSO, 2020).

2.5. Normas internacionais aplicáveis

De acordo com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela maioria dos países, todas as pessoas têm direito ao "mais alto nível possível de saúde física e mental". Os governos são obrigados a tomar medidas efetivas para "prevenir e tratar doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras doenças e combatê-las" (CREMONEZE, 2020).

O Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR), que monitora o cumprimento do pacto pelos Estados, declarou que o direito à saúde está intimamente ligado ao exercício de outros direitos humanos e depende desses direitos, declarados na Declaração Internacional de Direitos, em particular o direito à alimentação, moradia, trabalho, educação, à dignidade humana, à vida, à não discriminação, à igualdade, a não ser submetido a tortura, à vida privada, ao acesso à informação e à liberdade de associação, reunião e movimento. Esses e outros direitos e liberdades tratam dos componentes integrais do direito à saúde. O direito à saúde estabelece que os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem:

- 1) Seja suficiente em quantidade e disponibilidade.
- 2) Ser acessível e acessível a todos, sem qualquer discriminação, mesmo aos setores mais vulneráveis e marginalizados da população.
- 3) Seja adequado do ponto de vista científico e médico e seja de boa qualidade.

Os Princípios de Siracusa, adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 1984, e as observações gerais do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre estados de emergência e liberdade de movimento fornecem orientação autorizada sobre as respostas do governo que eles restringem os direitos humanos por razões de saúde pública ou emergência nacional. Qualquer medida tomada para proteger a população que limita os direitos e liberdades das pessoas deve ser legal, necessária e proporcional. Os estados de emergência devem ter duração limitada e qualquer redução de direitos deve levar em consideração o impacto desproporcional sobre populações específicas ou grupos marginalizados (ALMEIDA, 2020).

Em 16 de março de 2020, um grupo de especialistas em direitos humanos da ONU disse que “declarações de emergência baseadas no surto da COVID-19 não devem ser usadas como desculpa para atacar grupos, minorias ou indivíduos particulares. Eles não devem ser usados como cobertura para ações repressivas sob o pretexto de proteger a saúde (...) e não devem ser usados simplesmente para conter a dissidência” (ABBOUD, 2020).

Os Princípios de Siracusa afirmam especificamente que, no mínimo, as restrições devem:

- a) Impor e aplicar de acordo com a lei.
- b) Responder a um objetivo legítimo de interesse geral.
- c) Seja estritamente necessário em uma sociedade democrática para atingir seu objetivo.
- d) Seja o menos invasivo e restritivo possível para atingir seu objetivo.
- e) Baseado em evidências científicas e não aplicado de maneira arbitrária ou discriminatória.
- f) Tenha uma duração limitada, respeite a dignidade humana e esteja sujeito a revisão.

3. METODOLOGIA

Para realizar o trabalho foi escolhido a revisão de literatura baseada em pesquisa bibliográfica, tratando-se, portanto, de um documento acadêmico, que visou contribuir com o conhecimento atual, incluindo achados substantivos, bem como contribuições teóricas e metodológicas sobre o assunto.

Após a escolha do tema, usou-se os seguintes indicadores textuais: coronavírus, covid-19, pandemia, direito penal, saúde pública, sanções. Na busca encontrou-se, artigos científicos e periódicos, todos de fonte confiável, o período foi o ano de 2020, ano da citada pandemia.

Após o levantamento do material necessário, passou-se a análise das informações e ao resumo das fontes, organizando assim todas as informações, partindo do princípio que o foco de uma revisão da literatura é resumir e sintetizar os argumentos e ideias de diversos autores. Em seguida discorreu-se sobre sanções penais ocasionadas pela COVID-19, as quais visam assegurar direitos humanos fundamentais.

Em suma, o documento de pesquisa é mais do que uma versão resumida do que outros disseram ou escreveram. Idealmente, o trabalho de pesquisa representou

uma síntese das próprias percepções, atitudes, ideias e experiências apoiadas por informações obtidas de outras fontes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A COVID-19 é uma emergência de saúde pública sem precedentes tanto na rápida disseminação da doença quanto devido à natureza abrangente de algumas das medidas adotadas pelos Estados em suas respostas a ela. Na urgência de responder a esta crise, no entanto, os governos não devem esquecer suas obrigações de direitos humanos.

À luz desses critérios, o uso do direito penal pelos Estados em suas respostas a COVID-19. Embora seja importante que os Estados reconheçam que o novo coronavírus é uma grave emergência de saúde pública, a criminalização relacionada a COVID-19 é uma tendência alarmante.

Questiona-se, em particular, a conveniência e eficácia das respostas atuais do direito penal em termos de saúde pública, com base em experiências passadas e duvidam seriamente de sua consistência com as leis e normas de direitos humanos. Embora os Estados possam estar usando o direito penal com o objetivo amplo de reduzir a transmissão da COVID-19, para os propósitos atuais, deve-se analisar duas maneiras distintas pelas quais os Estados estão recorrendo a essas medidas: criminalização da exposição e transmissão da COVID-19 (parte 1), e aplicação de medidas de saúde pública através de sanções penais (parte 2).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, G. **Responsabilidade fiscal e COVID-19. Medidas de urgência em tempos de crise. Estado da Arte. Jornal O Estadão.** On line, 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/responsabilidade-fiscal-covid-medidas-urgencia/>. Acesso em abril de 2020.

ALMEIDA, E.M. **Novo coronavírus (covid-19) e a judicialização da saúde no Brasil em tempos de enfrentamento à crise e medidas emergenciais.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324342/novo-coronavirus-covid-19-e-a-judicializacao-da-saude-no-brasil-em-tempos-de-enfrentamento-a-crise-e-medidas-emergenciais>. Acesso em abril de 2020.

ALMEIDA, P.W. **O Direito Internacional frente à pandemia Covid-19.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-internacional-frente-a-pandemia-covid-19-09042020>. Acesso em abril de 2020.

ALMEIDA, C. F. **Introdução ao Direito Comparado**. 12^a ed. Editora Coimbra: Almedina, 2016.

ALMEIDA, C. F. **O Direito Internacional frente à pandemia Covid-19**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-internacional-frente-a-pandemia-covid-19-09042020>. Acesso em junho de 2020.

AMORE, N.; CARDOSO, R. **Direito Penal e distanciamento social: impactos da Covid-19 na Itália e no Brasil**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-penal-e-distanciamento-social-impactos-do-covid-19-na-italia-e-no-brasil-11042020>. Acesso em abril de 2020

BARIFOUSE, R. **Coronavírus: lentidão inicial em diagnósticos facilitou disseminação de vírus na China, diz estudo**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51938703>. Acesso em abril de 2020.

BRASIL, **CORONAVÍRUS**. Disponível em: <http://www.cff.org.br/userfiles/Coronavirus%20-%20%20Folder.pdf>. Acesso em abril de 2020.

BRASIL. **O coronavírus causa uma doença chamada COVID-19. Como nunca tivemos contato com o vírus antes, não temos imunidade**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/07/Cartilha-Coronavirus-Informacoes-.pdf>. Acesso em abril de 2020.

BRASIL **PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 5, DE 17 DE MARÇO DE 2020**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>. Acesso em abril de 2020

BRASIL. **PORTARIA Nº 356, DE 11 DE MARÇO DE 2020**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em abril de 2020

BRASIL. **Lei Federal nº 13.979**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em abril de 2020.

BRASIL. **Código Penal. Decreto Lei 2848 de 07 de dezembro de 1940**. In: *Vade mecum penal e processual penal*. 3^a ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2012.

CARDOSO, R. **Reflexos-Jurídicos Penais do nova COVID- 19.** Disponível em: <https://romanodonadel.com.br/reflexos-juridico-penais-do-novo-coronavirus-covid-19>. Acesso em abril de 2020.

CASADO FILHO, N. **Direito Internacional e o Coronavírus: quais são os desdobramentos?** Disponível em: <https://blog.saraivaaprova.com.br/direito-internacional-coronavirus/>. Acesso em junho de 2020.

COSTA, H.R.L. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2017. 261 f. Tese (Livre Docência). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2017.

CREMONEZE, P.H. **A pandemia covid-19 e a teoria da imprevisão: Breve reflexão sobre possíveis abusos e futuros desafios.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324838/a-pandemia-covid-19-e-a-teoria-da-imprevisao-breve-reflexao-sobre-possiveis-abusos-e-futuros-desafios>. Acesso em abril de 2020

CUNHA, R.S. **COVID-19 e seus reflexos penais.** Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/03/19/covid-19-e-seus-reflexos-penais/>. Acesso em abril de 2020.

FALAVIGNO, C.F. **A deslegalização do Direito Penal. Leis Penais em Branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro.** Florianópolis: Emais Editora, 2020, p. 174 e ss.

FERNANDES, V. **Novo Coronavírus a COVID 19 e o direito à saúde: O que mudou nesse período de pandemia?** Disponível em: <http://farelosjuridicos.com.br/colunistas/blog/novo-coronav%C3%ADrus-o-covid-19-e-o-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-o-que-mudou-nesse-per%C3%ADodo-de-pandemia>. Acesso em abril de 2020.

HASSEMER, W. Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 29, p. 9 à 20, abr/jun 2018, p. 13.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M.C. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

JESCHECK, H.H. **Desenvolvimento, Tarefas e Método do Direito Comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2016.

LACERDA, C.M.V. **Os impactos da pandemia da COVID-19 nas ações de improbidade administrativa à luz das alterações da lei de introdução às normas do direito brasileiro.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323740/os-impactos-da-pandemia-de-covid-19-nas-acoes-de-improbidade-administrativa-a-luz-das-alteracoes-da-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro>. Acesso em abril de 2020.

MACIEL, E. L. N.; GONCALVES JUNIOR, E.; DALCOLMO, M.M.P. Tuberculose e coronavírus: o que sabemos? **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 29, n. 2, e2020128, 2020.

OPAS BRASIL. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus).** Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em abril de 2020.

PARENTE, F. **Coronavírus e seus reflexos no Direito Penal brasileiro.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/coronavirus-reflexos-direito-penal-brasileiro>. Acesso em abril de 2020.

SACCO, R. **Introdução ao Direito Comparado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SERRANO, P.J. **Como Utilizar o Direito Comparado para a Elaboração de Tese Científica.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVER, L. **Regulando a COVID-19 da perspectiva do Direito Penal.** Disponível em: <https://ablawg.ca/2020/04/29/regulating-covid-19-from-the-criminal-law-perspective/>. Acesso em abril de 2020.

SPONCHIATO, D. **Coronavírus: como a pandemia nasceu de uma zoonose.** Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/coronavirus-pandemia-zoonose/>. Acesso em abril de 2020.

TOSCHI, A.S. **Corona audiente: Se ficar o bicho pega e se correr o bicho come.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81769/corona-audiente-se-ficar-o-bicho-pega-e-se-correr-o-bicho-come>. Acesso em abril de 2020.

CRIMES AMBIENTAIS E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

ROSICLERK OTTILO CAVASSANI NETO

Resumo: O meio ambiente é um dos bens que mais têm chamado à atenção e causado preocupação em parte da sociedade, em juristas e cientistas, sendo inclusive garantido pelos ordenamentos jurídicos. A preocupação com o coletivo faz com que aconteça uma grande alteração na ordem jurídica, cuja tutela dos interesses massivos começa a ser tratada como interesse maior e essencial para a sociedade como um todo. Sendo assim, o objetivo deste trabalho é tratar sobre a possibilidade de aceitação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público por danos ambientais. A realização deste trabalho demandou o uso de revisão bibliográfica, com abordagem qualitativa, através de artigos, livros, dissertações, revistas e manuais. Observou-se que, à responsabilidade penal que envolve pessoas jurídicas de Direito Público, se impõe não somente em decorrência da necessidade de tratamento isonômico frente às pessoas jurídicas de Direito Privado, mas, principalmente, porque a imputação de pena à pessoa jurídica de direito público revela-se ser importante instrumento de controle das atividades do próprio Estado. Conclui-se que, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cada vez mais tende a ser uma necessária opção, para a boa tutela que envolve o meio ambiente, mesmo porque tem sido a pessoa jurídica aquela que pratica condutas mais nocivas, por proporcionarem danos ambientais de uma maior magnitude.

Palavras Chave: Meio Ambiente. Pessoas Jurídicas. Responsabilidade Penal.

Abstract: The environment is one of the assets that has attracted the most attention and caused concern in part of society, jurists and scientists, and is even guaranteed by the legal systems. Concern with the collective causes a major change in the legal order, whose protection of massive interests is being treated as a major and essential interest for society as a whole. Thus, the objective of this paper is to deal with the possibility of accepting the criminal liability of legal entities governed by public law for environmental damage. The accomplishment of this work demanded the use of bibliographical revision, with qualitative approach, through articles, books, dissertations, magazines and manuals. It has been observed that criminal liability involving legal entities governed by public law is imposed not only because of the need for isonomic treatment vis-à-vis legal entities governed by private law, but mainly because the imputation of punishment to legal entities governed by public law. Proves to be an important instrument for controlling the activities of the state itself. It is concluded that the criminal liability of the legal entity increasingly tends to be a necessary option for the good protection that involves the environment, even

because it has been the legal entity that practices the most harmful conduct, for providing environmental damage of a greater magnitude.

Keywords: Environment. Legal entities. Criminal Responsibility.

Sumário: 1. A responsabilidade Penal do Ente Coletivo. 1.1 Natureza Jurídica do Ente Coletivo. 1.2 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 1.3 Da Capacidade de Culpabilidade da Pessoa Jurídica. 1.4 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Público. Conclusão. Referências.

Introdução

Destaca-se que, com o passar do tempo, frequentemente o procedimento produtivo traz em si elementos prejudiciais ao meio ambiente. Isso exige que o poluidor tenha consciência do fato de que auferir lucro e deixa para a coletividade os prejuízos ambientais que necessita reparar.

Os problemas, que passaram a agredir a sociedade nos últimos tempos, característicos de uma sociedade de risco, apresentaram a necessidade de reconstrução de paradigmas. Sabe-se que a discussão quanto à possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica em questões ambientais em âmbito penal recebeu novos contornos com a publicação da Carta Constitucional Brasileira de 1988.

Diante da nova realidade, gerada pela globalização e pela liberalização do comércio mundial, que sobremaneira, estimulam a criminalidade econômica, levada a cabo por organizações empresariais, o Direito Penal não poderia ficar apático no que se refere à punição das pessoas jurídicas. Contudo, a questão é tormentosa e será ainda motivo de muito debate nos meios acadêmicos e profissionais, a começar pela aferição de culpabilidade das pessoas jurídicas.

O objetivo geral, do presente trabalho foi tratar sobre a possibilidade de aceitação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público por danos ambientais.

A abordagem desse tema justifica-se, devido ao fato de se entender que, para que sejam mais preservadas as questões ambientais, a pessoa jurídica deve, sim, ser responsabilizada. Trata-se de tema árduo, que está longe de encontrar pontos pacíficos de discussão, sendo, entretanto, de suma importância o seu enfrentamento visando à maior e melhor tutela dos bens jurídicos coletivos no seio da sociedade de risco.

A realização deste trabalho, demandou o uso de revisão bibliográfica, com abordagem qualitativa a qual levou à constituição do quadro teórico, do conjunto de definições, princípios, categorias etc. Para alcançar a proposta da pesquisa, a elaboração do estudo foi realizada através de artigos, livros, dissertações, revistas e manuais, demonstrando os conhecimentos teóricos sobre o assunto, onde foram expostas e analisadas as principais ideias dos autores pesquisados.

1. A RESPONSABILIDADE PENAL DO ENTE COLETIVO

O presente capítulo versa a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica e contém, por pressuposto, a análise da natureza jurídica do ente coletivo e, como consequência, considerações sobre a sua culpabilidade penal. Ao final, tópico específico aborda a nova e delicada questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público.

1.1 Natureza jurídica do ente coletivo

Para responsabilizar a pessoa jurídica, a fundamentação dogmática a ser estabelecida necessita ter como marco inicial a definição de sua natureza, pois não se pode idealizar a responsabilidade penal do ente coletivo sem conceituá-lo, mesmo porque tal definição ou justificará a existência dessa responsabilidade ou negará a possibilidade de sua existência.

Segundo o renomado doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2016, p.22) entende-se por pessoa aquele ser a quem se confere direitos e obrigações, relacionando-se a pessoa natural ou física aquela que pode ser fidalgo de relação jurídica. Quanto às pessoas jurídicas, estas são entes contemplativos determinados pela vontade e precisão do homem. As pessoas jurídicas aparecem, ora como conjunto de pessoas, ora como destinação patrimonial, com disposição para contraírem direitos e adquirir obrigações.

Desta forma, a pessoa jurídica não pode ser vista somente como a reunião de pessoas ou indivíduos. É preciso que exista, além da simples aglomeração de pessoas, uma vinculação específica que crie um liame de natureza jurídica. Portanto, o que caracteriza primordialmente a pessoa jurídica e a define é a reunião de pessoas ligadas por um fim, com objetivos comuns e unidade orgânica.

Para a teoria da ficção, cujo principal expoente é Savigny (*apud* PRADO, 2018 p.149), as pessoas jurídicas trazem experiência fictícia. A sua vivência é devida aos seus representantes. A pessoa jurídica não é um ser livre, perspicaz e sensível, mas sim um ser contemplativo:

Ficção (Savigny): as pessoas jurídicas têm vivência fictícia ou imaginária. São entes abstratos capazes de ter, mas impossibilitados de delinquir (precisam de vontade e de ação). Os crimes imputados às pessoas morais são exercidos sempre por seus membros ou diretores (pessoas naturais), mesmo que o empenho da corporação tenha servido de pretexto ou de fim para o crime. (PRADO, 2018, p. 149)

Sustenta a Teoria Institucional defendida por Hariou, citado por Gonçalves (2012 p.99), que a pessoa jurídica é uma organização social desenvolvida para conseguir determinados fins. Partindo da apreciação das relações sociais, não da vontade humana, verifica a vivência de grupos formados para a prática de uma imagem socialmente útil às instituições, sendo estes grupos sociais dotados de ordem e organização próprias.

Pode-se dizer que, a real existência de um ente coletivo, em regra, é a intenção dessa teoria, pois deve-se garantir e evidenciar ainda que não signifique que seja reconhecida a um grupamento uma existência exatamente igual a uma pessoa física. Falando em outros termos, isso significa estabelecer a existência da pessoa jurídica e reconhecer uma vocação de ela ser, como uma pessoa física, um sujeito de direito. A comparação entre o grupamento e o corpo humano careceu de suficientes elementos a justificar o fenômeno da pessoa jurídica. Ao contrário dos seres humanos, os órgãos que integram as pessoas jurídicas possuem vida distinta, socialmente reconhecida (SANCTIS, 2009 p.77).

Quando se fala em responsabilidade penal, adverte Cruz (2008 p.102) que esta não depende excepcionalmente da teoria seguida. Isso porque é cabível a existência de sistemas jurídicos que seguem a teoria da ficção e atribuem à responsabilidade coletiva (Inglaterra e Estados Unidos), ao passo que, em alguns países do Civil Law, observa-se a teoria da realidade sem a correspondente responsabilidade da pessoa jurídica.

1.2 Da responsabilidade penal Da Pessoa jurídica

Observa-se hoje um grande incremento da prática criminosa de cunho econômico e ambiental, o que se deve, em grande parte, à participação cada vez maior das empresas para sua efetivação, ao crescimento econômico e, sobretudo, à globalização.

Diante da nova realidade gerada por essa globalização e pela liberalização do comércio mundial que, sobremaneira, estimulam a criminalidade econômica levada a cabo por organizações empresariais, o direito penal não podia ficar apático à

punição das pessoas coletivas. De certo, com a explosão que apresentou o liberalismo econômico, as medidas clássicas de controle da economia levadas a cabo pelos Estados não se fizeram eficazes contra a guerra que se criou contra a criminalidade, obrigando o Direito a seguir novas formas de imputação da responsabilidade penal, sobretudo no que diz respeito à responsabilidade das pessoas coletivas no âmbito do direito penal econômico (BRAVO, 2003 p.77).

Muito se debate se a pessoa jurídica pode delinquir. Os mais fervorosos defendem que não e, para tanto, explicam que o Direito no Brasil origina-se do direito romano-germânico, que pontifica: *societas delinquere non potest*, ou seja, não é aceitável a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e ratificam com os Códigos Penal e Processual Penal pátrio, segundo os quais não há como proceder ao interrogatório da pessoa jurídica, não podendo ser ela presa e quiçá ser sujeito de direitos inerentes à pessoa natural.

No Brasil, com a Constituição de 1988, passou-se a conceber que não basta responsabilizar tão somente a pessoa física administradora da empresa, passando também a ser responsabilizada a pessoa jurídica. Sobre isso ensina Rothenburg:

Fora de dúvida, entretanto, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está prevista constitucionalmente e necessita ser instituída, como forma, inclusive, de fazer ver ao empresariado, que a empresa privada também é responsável pelo saneamento da economia, pela proteção da economia popular e do meio ambiente, pelo objetivo social do bem comum, que deve estar acima do objetivo individual, do lucro a qualquer preço. Necessita ser imposta, ainda, como forma de aperfeiçoar-se a perquirida justiça, naqueles casos em que a legislação mostra-se insuficiente para localizar, na empresa, o verdadeiro responsável pela conduta ilícita. (ROTHENBURG, 2005, p. 12).

Entende-se como responsabilidade penal a obrigação de um autor de um fato típico, ilícito e culpável de responder por este fato perante a justiça criminal, sujeitando-se aos preceitos sancionadores previstos na legislação penal. Para caracterizá-la é necessária à existência de três elementos, quais sejam: conduta dolosa ou culposa, nexo de causalidade e resultado lesivo ao bem jurídico. Estando presentes tais elementos, impõe-se a sanção penal, exceto se inexistir ilicitude, por ter havido legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito, bem como pela ausência da culpabilidade, isto

é, se o agente era ao tempo da ação inimputável, houve erro de proibição, coação moral irresistível ou obediência hierárquica.

Contudo, conforme ensina Milaré (2013, p. 33), “a doutrina necessitará sempre buscar os meios mais adequados para a efetiva implementação dos desígnios do legislador, pois o jurista não pode esperar por um direito ideal, devendo usar o direito existente buscando soluções melhores”.

No caso específico da Lei 9605/1998, Lecey chama a atenção do leitor para o que se prevê no artigo 3º:

No *caput* do dispositivo legal, está previsto como requisito da responsabilidade criminal da pessoa coletiva que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado. Sempre, pois, haverá uma ou mais pessoas naturais deliberando pela pessoa jurídica e, pois, concurso de agentes entre a última e a(s) pessoa(s) física(s). Aquele ou aqueles que deliberarem no interesse e benefício da pessoa jurídica serão seus coautores, segundo a teoria do domínio do fato, ou meros mandantes, segundo a teoria forma ou da tipicidade, que restringe a autoria (e a coautoria à execução da figura típica) (LECEY *apud* MILARÉ, 2013, p. 987).

Outros renomados pensadores, como Schecaira (*apud* ALVES, 2009), ainda apontam, além dos requisitos já delineados, mais três condicionantes implícitos no art. 3º da Lei 9605/98, quais sejam: 1) que a infração seja praticada dentro da esfera de atividade da empresa; 2) que a execução do crime se dê por pessoa estreitamente ligada ao ente coletivo e, por fim, 3) que seja empregado na infração o poder econômico do ente coletivo.

No entendimento de Cruz (2008 p.99), a dignidade penal do meio ambiente é considerada inquestionável e justifica todo o sistema protetivo penal a partir dela construído. O direito penal tem um caráter fragmentário, na medida em que dentre os fatos ilícitos tutelados por diferentes ramos do direito, somente aqueles mais graves são indicados para serem acolhidos pelo ordenamento jurídico-penal, através da sanção penal. E o critério de dignidade penal, quer na doutrina nacional, quer na estrangeira é atribuído pela Constituição. É a Constituição que fixa, explícita ou implicitamente, quais os bens jurídicos fundamentais que deverão ser tutelados pelo direito penal. Em resumo, se a conduta violar bens jurídicos necessários à garantia

da dignidade da pessoa humana ela deverá fazer parte do âmbito de incidência do direito penal.

Com isso leciona Silva; Lavorenti; Genofre (2007, p.44) que existe constante desacordo doutrinário quanto à atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica, sobretudo quando se trata dos crimes ambientais. Conforme entendimento deste autor existe corrente que sustenta a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei dos Crimes Ambientais, declarando que a imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica se confronta com os princípios basilares do Direito Penal. Por outra vertente, existe corrente no sentido contrário, que considera ser sim constitucional o mencionado artigo, aceitando a penalidade à pessoa jurídica, somente excetuando as penas privativas de liberdade, por seu caráter pessoal. Nesta seara, o acima mencionado autor concorda com esta última corrente, percebendo que não existe inconstitucionalidade na Lei 9605/98, sendo possível, quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, a aplicação das penalidades de multa, restritiva de direitos ou a prestação de serviços comunitários.

A responsabilização penal da pessoa jurídica pressupõe, pois, abandonar a concepção clássica de responsabilização individual e o princípio da culpabilidade individual, pois evidente a incompatibilidade entre os institutos. Mas há quem sustente que a responsabilidade penal de entes coletivos presume uma análise distinta, não obstante válida, do conceito de vontade: a vontade não seria aqui algo resultante da existência natural humana, mas de uma existência em um plano sociológico, que permite à empresa manifestar-se em uma vontade pragmática (MACHADO, 2016 p.44).

Portanto, com o crescimento que se nota da criminalidade empresarial, a doutrina e legisladores da maior parte dos países têm admitido, de modo recente, alguns desvios ao princípio da responsabilidade penal individual, de forma a acolher a punição criminal das pessoas coletivas, baseando-se na necessidade de recorrer ao direito penal para o controle das ameaças protagonizadas por empresas e entidades equiparadas. Seguindo-se de perto o exemplo anglo saxônico, precursor na consagração da responsabilidade criminal das pessoas coletivas, assiste-se, um pouco por todo o mundo, um movimento de aceitação da punição penal das empresas, com expressão preponderante no campo do direito econômico (BRAVO, 2008 p.33).

Em nível jurisprudencial, os tribunais superiores entendem pela possibilidade de atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas. Há, no entanto, uma divergência entre eles: enquanto o Superior Tribunal de Justiça entende possível a responsabilidade penal do ente coletivo conjugada sempre com a responsabilidade

pessoal do gestor da empresa (teoria da dupla imputação), o Supremo Tribunal Federal entendeu, recentemente, pela possibilidade de responsabilização isolada do ente coletivo, afastando, assim, a teoria da dupla imputação.

A questão é, pois, tormentosa e será ainda motivo de muito debate nos meios acadêmicos e profissionais, a começar pela aferição de culpabilidade das pessoas jurídicas.

1.3 Da capacidade de culpabilidade da Pessoa Jurídica

A culpabilidade por defeito de uma organização pode restar comprovada não apenas pela conduta individual da pessoa física representante do ente coletivo ou empresarial, mas também quando demonstrado que a infração penal provém de um acúmulo de orientações indevidas ou operações individuais impróprias de pessoas físicas que compõem a estrutura social do ente coletivo. A culpabilidade, diz-se, poderia ocorrer, ainda, quando da falta de vigilância ou regular orientação da pessoa física que deveria praticar a conduta de modo adequado.

Sabe-se que, em regra, a responsabilidade penal que é considerada consagrada pelo Código Penal pátrio apresenta como princípio fundamental o da culpabilidade: *nullum crimen sine culpa*, sendo que a imputação de uma infração penal a alguém estaria sujeita à existência de uma vontade, a qual necessita estar coligada a um conhecimento sobre a ilicitude do fato, bem como a probabilidade de se determinar do agente outra conduta, nas circunstâncias do cometimento da infração. Tais elementos, somados à imputabilidade do agente, formam para a Teoria Geral do Delito o conceito de culpabilidade (BITENCOURT, 2016, p.66).

Igualmente, pontua Schecaira (2011, p.44), que a culpabilidade é eminentemente valorativa e faz depender sua apreciação unicamente do ser humano que é objeto de exame. Trata-se de analisar o homem desigualmente, como desigual que ele é. A análise da culpa do homem por meio de um conceito geral de culpabilidade, comparando-se com um hipotético sujeito, imaginário, que serve como referência padrão a todos os autores do delito, é um evidente retrocesso. O “homem médio” ou o “bom pai de família” não podem ser referência para o moderno conceito de culpa, pois esta depende de uma série de condicionantes pessoais exteriores, como deficiências educativas, carência de formação, dificuldades familiares, influências sociais, etc.

Enquanto princípio, a culpabilidade é empregada como sinônimo de início da responsabilidade penal pessoal/subjetiva, e estabelece que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente, motivo pelo qual só precisa responder pela infração penal o seu referente autor, coautor ou partícipe. Desse modo, ela própria estabelece um

postulado político-criminal que impede, inclusive, a responsabilidade penal objetiva e/ou presumida, abrangendo o dolo e a culpa (PRADO, 2018, p.55).

No tocante aos entes coletivos, Kist há muito, vem defendendo a aplicação do princípio da culpabilidade a eles:

[...] as dificuldades dogmáticas tradicionais para acolher penalmente a criminalidade das agrupações reside no contido das noções fundamentais da doutrina penal: ação, culpabilidade e capacidade penal. Se a pessoa moral pode concluir um contrato, por exemplo, de compra e venda, ela é que é sujeito de obrigações que se originam destes contratos e ela é quem pode violar essas obrigações. Isso quer dizer que a pessoa moral pode atuar de maneira antijurídica (KIST, 1999, p. 89).

E, ainda, com Gómez-Jara Díez:

Considerando-se esta perspectiva, a circunstância de que as organizações empresariais possam gerar uma cultura empresarial de fidelidade ou infidelidade ao Direito, que a referida cultura empresarial possa questionar gravemente a vigência das normas no ordenamento jurídico e que se esteja reconhecendo paulatinamente um mínimo de cidadania à empresa no que diz respeito à liberdade de expressão – *corporate speech* – contribuem para que, na sociedade moderna, a culpabilidade empresarial e a culpabilidade individual se mostrem como funcionalmente equivalentes. (DÍEZ, 2012, p. 334)

Contudo, no caso da pessoa jurídica, pode-se dizer que a culpabilidade está adstrita à reprovabilidade do comportamento da instituição. Passa-se, então, a analisar se, além de ter um comportamento institucional reprovável, determinado pelo meio das lesões que o desenvolvimento da atividade causa ao meio ambiente, a pessoa jurídica tem capacidade de atribuição.

Sobre isso Araújo Júnior ressalta:

A admissão da capacidade de agir conduz, necessariamente, à da capacidade de culpa. Podemos, entretanto, agregar que a teoria do risco da empresa, conseqüente da culpa na própria organização e atuação, legitima a responsabilidade penal da

pessoa jurídica e justifica a atribuição a ela, cumulativa ou isoladamente, do crime cometido por seus representantes em proveito da empresa. É esta a teoria da vantagem econômica, que fundamenta o juízo de reprovação pelo crime. Trata-se, assim, de uma categoria nova que a jurisprudência portuguesa e as propostas da Comunidade Europeia chamam de 'responsabilidade própria da empresa (ARAÚJO JÚNIOR, 1999, p. 77).

A capacidade de atribuição da pessoa jurídica está para sua responsabilização penal assim como a culpabilidade está para a responsabilidade criminal da pessoa natural. A exigibilidade de conduta diversa, verificada através de um juízo de reprovação social e de conhecimento técnico da empresa somado à capacidade de atribuição, implica na responsabilidade penal da pessoa jurídica.

1.4 Da responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público

Se grande é a celeuma quanto à possibilidade da pessoa jurídica responder penalmente por seus atos, maior ainda é a discussão concernente à pessoa jurídica de direito público.

Exemplo disso pode ser obtido, com a ajuda de Machado (2016, p.99), que em um de seus textos vem destacando, se determinado Município, com o fim de desempenhar atividade de saneamento básico, lança esgoto público em determinada praia, dificultando o uso desta pela população, incidindo assim nas penas do art. 54, § 2º, IV, da Lei 9605/98. Outro exemplo ocorre em hipótese de a União, por meio das Forças Armadas, vir a praticar exercícios militares em área de proteção ambiental, com o fim de manter suas tropas preparadas para a defesa nacional, praticando com isso degradações ambientais criminosas, puníveis na forma da Lei 9605/98.

Rocha (2002 p.34), por exemplo, sustenta que o Estado tem o monopólio do direito de punir e não seria apropriado falar, assim, que ele possa punir-se a si mesmo. Por outro lado, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Poder Público, chamadas paraestatais, não se confundem com o Estado e podem ser criminalmente responsabilizadas. Nas palavras do autor, a própria denominação paraestatal deixa claro que tais entidades não se confundem com o Estado, coexistindo paralelamente com ele.

Noutro sentido, há quem sustente não ser possível atribuir ao ente público qualquer responsabilidade pela prática de crime. Dispõe Mahmoud (2008, p. 279), nesse sentido, que "nunca um ente público pode ter como interesse, nem pode se

beneficiar de uma conduta criminosa”. E, com o fito de justificar sua conclusão, externa:

Antes, a Administração Pública submete-se à disciplina do art. 37 da Constituição Federal, que impõe o respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ademais, destaca a doutrina o princípio da supremacia do interesse público, que não pode ser confundido com o atendimento das aspirações da maioria. Desta forma, com a vênua devida dos que pensam em sentido diverso, deve prevalecer à oposição à responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público (MAHMOUD, 2008, p. 279).

Tem-se conhecimento que nos processos de nº 200204010372656/SC, nº 200004010159253/SC e nº 200004010891195/SC, alguns municípios foram apontados pela prática de crimes ambientais, porém, as denúncias foram consideradas rejeitadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região por motivos que precederam a análise da questão relativa à responsabilização penal da pessoa jurídica de direito público, atipicidade das condutas imputadas, e a questão não chegou a ser discutida. O mesmo restou registrado de modo recente pelo Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz que, ao rejeitar denúncia contra o Município de Paulo Lopes por atipicidade, manifestou-se referindo que:

O reconhecimento da atipicidade da conduta torna desnecessário o enfrentamento da questão relacionada com a possibilidade, ou não, de punição da pessoa jurídica de direito público em matéria de crime ambiental. A questão é complexa. Há entendimentos doutrinários consistentes em uma ou outra direção. Não há porque discuti-la em tese (BRASIL, 2006).

A doutrina, igualmente, caminha na discussão de questões quanto à possibilidade de responsabilização do ente público, como o fazem Santiago e Lobo (2008). Tais autores creem que é possível a aplicação do *sursis* processual ao ente estatal nos crimes ambientais.

Pode-se dizer que a probabilidade de acontecer suspensão condicional do processo criminal pela prática do delito ambiental já seria compreendida pelo disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, mas o legislador ambiental percebeu por bem em mencionar expressamente no art. 28 da Lei n. 9.605/98 a aplicação do referidos benefícios aos delitos de menor potencial ofensivos nela previstos, com algumas modificações. As mudanças são por demais pertinentes, pois o caráter técnico do

direito ambiental demanda providências na seara criminal diverso das existentes de maneira geral, uma vez que o objetivo principal da concessão do sursis processual ao infrator ambiental é propiciar a efetiva reparação do dano causado pela conduta delituosa.

Como dispõe Araújo:

O Estado de nossos dias, fruto da concepção de Estado do bem estar social, intervém direta ou indiretamente em uma infinidade de atividades de natureza econômica e social, produzindo quantidades expressivas de condutas potencialmente lesivas ao ambiente. As pessoas jurídicas de direito público movimentam orçamentos gigantescos e empregam milhões de pessoas para satisfazer necessidades coletivas das mais variadas espécies em áreas como as de transporte, comunicações, habitação, saneamento básico, biotecnologia, mineração, recursos hídricos, energia, defesa, além de inúmeras outras. Tais atividades, assim como as que são exercidas pelas pessoas jurídicas privadas, oferecem riscos ambientais, que devem ser controlados pelo ordenamento jurídico por meio de tutela penal (ARAÚJO, 2005, p. 01).

Em resumo entende-se que, das condições que são previstas na Lei n. 9.099/95 para que se tenha a concessão do sursis processual, a única aplicável às pessoas jurídicas de direito público é aquela consistente na reparação do dano, com a observação de que exclusivamente em casos excepcionais necessita ser extinta a sua punibilidade sob o pálio da impossibilidade da reparação do dano, eis que sempre presente a probabilidade de conversão da obrigação em perdas e danos.

Monografista do assunto, Santiago (2005, p. 18) intercede pela responsabilização criminal do ente público, já que entendimento contrário, no seu entender, representaria violação ao princípio constitucional da isonomia, mesmo porque ao ente público seriam aplicadas sanções de natureza administrativa e civil, "ao passo que a uma pessoa jurídica de direito privado, além de tais sanções, seria admissível ainda a imposição de uma pena".

E, conduzindo a questão sob a ótica da publicidade e transparência, revela Araújo:

Muito mais importante do que infligir severas punições ao Estado é a possibilidade de se levar ao conhecimento da sociedade o reconhecimento pelo Poder Judiciário da prática

de ilícitos criminais pelo Poder Público, especialmente com relação aos delitos que ofendem bens jurídicos tão caros à humanidade, como são os bens jurídicos ambientais. É a publicidade que se dá ao reconhecimento formal das condutas criminosas do Estado que permite fazer surgir na sociedade a irresignação necessária a que pressões democráticas surjam e determinem mudanças nos rumos da máquina pública, evitando assim a prática de novos delitos. Eis a essência do Direito Penal direcionado às pessoas jurídicas de direito público (ARAÚJO, 2005, p. 12).

Nesse aspecto, o rol de sanções passíveis de aplicação aos entes coletivos em geral encontra-se inserido no artigo 21, da Lei 9605/98 que dispõe serem elas a multa, penas restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade.

Quanto a tais penas, prevalece na doutrina o entendimento de serem cabíveis a multa e a prestação de serviços à comunidade, embora haja vozes em sentido contrário ao argumento de que a primeira reverteria em favor do próprio Estado enquanto que a segunda traduziria um dever que já é inerente ao poder público.

No tocante à multa, destaca Alves (2009) que ela, na medida em que é revertido para o Fundo Penitenciário Nacional, consoante o disposto no artigo 49 do Código Penal, acaba por se tornar verdadeira prestação social, que reverte em proveito da população. Igualmente, quanto à prestação de serviços à comunidade, se em prol desta também se voltam às políticas públicas em geral, problema algum haveria em uma aplicação orientada segundo os fins da pena e de forma a guardar pertinência com a infração penal perpetrada.

Trata-se, pois, de tema árduo que, longe de encontrar pontos pacíficos de discussão, é, no entanto, de suma importância para uma maior e melhor tutela dos bens jurídicos coletivos no seio da sociedade de risco.

Conclusão

Observou-se, pelo até agora exposto, que as pessoas jurídicas têm sim, como muitos hoje também defendem capacidade de conduta, o que permite sustentar que a vontade de ação ou vontade de conduta não é exclusiva dos seres humanos, mas inteiramente aplicável aos entes coletivos, que se submetem, no entanto, assim como as pessoas físicas, às responsabilidades inerentes às condutas, inclusive a penal.

A função do Direito Penal é, inequivocamente, a proteção dos bens jurídicos essenciais aos cidadãos, tanto individual como coletivamente considerados, e sua

orientação necessariamente deve voltar-se para a prevenção de ofensas a esses bens jurídicos.

Sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, esta revela-se ser uma necessária opção para a boa tutela do ambiente, mesmo porque tem sido a pessoa jurídica aquela que pratica condutas mais nocivas por proporcionarem danos ambientais de uma maior magnitude. Notou-se, no entanto, que normalmente os argumentos contrários à tese da responsabilização penal da pessoa jurídica se prendem a pontos de ordem meramente dogmática, com relevo às inspirações individualistas sob as quais nasceram os princípios do garantismo penal e os conceitos jurídico-penais clássicos.

Os conceitos de culpabilidade são repensados e reformulados para envolver não apenas pessoas naturais, mas também as pessoas jurídicas. Deixa-se para trás a ideia de proteção a bens jurídicos concretos, palpáveis, determinados e intimamente ligados ao ser humano para abarcar a proteção de bens universais, indeterminados e, por vezes, distantes da ideia antropocêntrica.

Conclui-se ao final dessa pesquisa, à responsabilidade penal que envolve pessoas jurídicas de direito público, esta se impõe não somente em decorrência da necessidade de tratamento isonômico frente às pessoas jurídicas de direito privado, mas principalmente porque a imputação de pena à pessoa jurídica de direito público revela-se importante instrumento de controle das atividades do próprio Estado, o que, no entanto, pressupõe, para a boa defesa do bem jurídico coletivo penalmente tutelado, a aplicação de penas adequadas à pessoa jurídica infratora.

Referências:

ALVES, Rodrigo Ribeiro de Magalhães. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais**. Tese (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Distrito Federal. 2009. 53 f.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

ARAÚJO, Luis Eduardo Marrocos de. **A Responsabilidade Penal do Estado por Condutas Lesivas ao Meio Ambiente**. Disponível em: [_http://www.escolamp.org.br/arquivos/Artigo_Responsabilidade%20Penal.pdf](http://www.escolamp.org.br/arquivos/Artigo_Responsabilidade%20Penal.pdf)>. Acesso em: 10/08/2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Processo nº 2002.04.01.029159-0/SC, Fonte: **DJU DATA**: 31/05/2006, Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz.

BRAVO, Jorge dos Reis. **A tutela penal dos interesses difusos**: a relevância criminal na proteção do ambiente, do consumo e do patrimônio cultural. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2003.

BRAVO, Jorge dos Reis. **Direito penal de entes coletivos** – Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Coletivas e Entidades Equiparadas. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2008.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KIST, Ataidés. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Leme (SP): Editora LED, 1999.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**: A gestão ambiental em foco. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **La culabilidad de la persona jurídica**. Tratado de responsabilidade penal de las personas jurídicas. Madrid: Thompson-Reuters, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 1: parte geral. 10. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

MAHMOUD, Mohamad ale Hasan. **O princípio da insignificância e o crime continuado, sob uma angulação processual**. Boletim iBCCRiM, ano 15, nº 182, jan. 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 16ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1. p. 149.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. In **Revista de Direito Ambiental**. Ano 7, n. 27. Jul.-set./2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba, Juruá, 2005.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTIAGO, Ivan. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica na lei dos crimes ambientais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; LOBO SEGUNDO, Antônio Nilo Rayol. **Responsabilidade penal do estado e suspensão condicional do processo**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis penais especiais anotadas**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Direitos Reais - Vol. IV - 17ª Ed.** 2016.

A LEGALIDADE DA COBRANÇA DE ITBI NOS CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

JOSE KAERIO FRANCA LOPES:

Especialista em Direito Administrativo pela UCAMPROMINAS. Graduado em Bacharel em Direito pela Faculdade Luciano Feijão e; Analista de Controle Externo no TCE/MG

ADIVAL JOSÉ REINERT JUNIOR

(orientador)

RESUMO: O presente estudo tem o intento de verificar a viabilidade da exigência do ITBI (imposto sobre a transmissão de bens imóveis por ato oneroso inter vivos) nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, *in contrarium sensum* ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial dominante, sempre apresentando argumentos jurídicos que defendam a cobrança do referido imposto, a fim de evitar que contribuintes usem tais entendimentos para se eximirem de pagar o tributo devido e gerarem perda relevante de receita ao município. Ademais, o estudo abordará desde a concepção do fato gerador do ITBI até a relação do contrato de promessa de compra e venda com os direitos reais para comprovar a legalidade da cobrança do tributo, bem como demonstrará que as principais cortes judiciais do País possuem jurisprudências conflitantes acerca das relações jurídicas oriundas da promessa de compra e venda, ora reconhecendo direito real do promitente comprador para exigir certo tributo e lhe concedendo certas garantias, ora negando haver existir direito real para eximi-lo da responsabilidade de pagar o imposto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Real, fato gerador, promessa de compra e venda.

1 INTRODUÇÃO

A maioria dos atos da vida civil com repercussões financeiras possui alta complexidade e divergência de interpretação, onde uma parte pretende receber mais, enquanto outra pretende pagar menos. No caso da relação do indivíduo com o Estado também não é diferente, principalmente ao se tratar de relações tributárias.

Esse fato se verifica em razão do alto volume de evasões fiscais e aumento exponencial de dos serviços de elisão fiscal, ou planejamento tributário.

Uma dessas grandes controvérsias tributárias reside na possibilidade de se cobrar ITBI (imposto sobre a transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre

imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição) nos contratos de promessa de compra e venda.

Grande parte da doutrina, a maioria por sinal, defende ser inconstitucional ser tal cobrança, contudo também há poucos pensadores que a defendam.

É comum, principalmente no interior, vários imóveis serem negociados inúmeras vezes apenas por meio de contrato de promessa de compra e venda, sem emissão e registro de escritura pública, pois desta maneira cada comprador evita de pagar o ITBI.

Nesse ponto, percebe-se que a vedação de cobrança de ITBI ocasiona lesão significativa ao erário e fomenta técnicas elisivas para não pagamento do tributo.

Baseando-se nisso, fora realizado esta pesquisa, a qual se baseou de revisão bibliográfica, sempre cotejando os pensamentos dicotômicos e revelando, e criticando, o atual posicionamento jurisprudencial.

Por fim, a pesquisa irá abordar a contradição das decisões jurisprudenciais que descredibilizam a cobrança de ITBI do promissário comprador, mas o autorizam em outros tributos.

2 DESENVOLVIMENTO

Não resta dúvidas que o “ponto chave” para entender o cerne deste trabalho, deve-se compreender o conceito de fato gerador e o momento de sua ocorrência.

Para Machado (2015, p. 131) o fato gerador é a ocorrência fática, pelo sujeito passivo da situação prevista em lei. Sendo assim não se deve confundir hipótese de incidência, ou seja, a situação hipotética trazida pela lei, com o fato gerador, que é o fato individualizado e específico que se amolda perfeitamente à hipótese de incidência.

Ademais, o mesmo autor ainda acrescenta que o fato gerador na obrigação principal deve ser instituído, necessariamente, por lei em sentido estrito, enquanto o fato gerador da obrigação acessória é por lei em sentido amplo, haja vista que o art. 115 do CTN assevera nesse caso o termo legislação.

Seguindo o raciocínio do art. 116 do CTN, Baleeiro (2015, p. 1101) explica que atualmente existem no ordenamento jurídico brasileiro o fato gerador situação fática (ou de execução), fato gerador situação jurídica e o fato gerador por período.

O referido autor leciona que o fato gerador de execução faz surgir a relação tributária por meio da execução de uma obrigação, seja obrigação de dar ou fazer, independente da natureza do negócio jurídico. Sendo assim, imagine a cobrança de imposto de importação, mesmo que as partes firmem contrato, o fato gerador não ocorrerá enquanto não houver a entrada na mercadoria no território nacional, pois neste caso o negócio jurídico *per si* não cria fato gerador, mas sim a situação fática, qual seja, a realização da obrigação oriunda da entrada da mercadoria no Brasil.

Noutra esteira, tem-se o fato gerador situação jurídica, o qual ocorre quando o legislador elege a formação do negócio jurídico como o momento do surgimento do fato gerador, sendo irrelevante a execução fática daquilo firmado no negócio. É o que ocorre quando uma pessoa transfere a propriedade de um carro para outra, esta se torna a devedora de IPVA independente da efetiva entrega do veículo.

Por fim, o fato gerador por período surge quando o legislador elege uma data ou lapso temporal específico como momento do surgimento do fato gerador, pode-se exemplificar com o caso de uma pessoa jurídica que auferir lucro diariamente, em tese, todos os dias ocorrem inúmeros fato geradores, logo, é praticamente impossível o contribuinte quantificar e pagar o tributo cada vez que auferir lucro. Nesse diapasão, o legislador elege uma data e recolhe todo o tributo devido dos fatos geradores ocorrido em determinado interstício.

Completado o estudo acerca do instituto jurídico do fato gerador, cabe explanar sobre o imposto sobre transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição – ITBI.

Pelo próprio nome do imposto é possível identificar seu fato gerador. Destarte, o primeiro aspecto a ser analisado sobre o tema é que o ITBI consiste na transferência de bens imóveis, direitos reais sobre imóveis e a cessão desses direitos, sendo excluídos os direitos de garantia.

Em síntese, cabe ao hermeneuta, neste caso, interpretar sistematicamente com o Código Civil, o qual considera como direitos reais: a propriedade; a superfície; as servidões; o usufruto; o uso; a habitação; o direito do promitente comprador do imóvel; o penhor; a hipoteca; a anticrese; a concessão de uso especial para fins de moradia;

Então todos os direitos acima, exceto penhor, hipoteca e anticrese, pois são direitos de garantia, em tese, são direitos sujeitos à cobrança de ITBI, quando transferidos ou cedidos.

Além disso todos esses direitos reais somente ensejarão cobrança de ITBI caso a sua transmissão ou cessão ocorra por ato *inter vivos*, logo, excluem-se os casos de herança, e oneroso, portanto inexistente ITBI nos contratos de doação.

Sobre o assunto, vide o entendimento doutrinário abaixo:

A transmissão tem que ser *onerosa*, ocorrendo empobrecimento e enriquecimento patrimonial das partes contratantes, na mesma proporção e segundo um nexo de causalidade. Não é onerosa e não sujeita à incidência tributária a transmissão bilateral em que apenas uma das partes se sujeita ao cumprimento de uma prestação patrimonial, e a outra, à satisfação de um encargo.

O usucapião transforma o possuidor em proprietário e implica a transmissão de direito real, mas não se torna exigível o imposto ante a ausência do requisito de onerosidade, inexistindo reciprocidade de prestações econômicas... (PAULSEN e MELO, 2016, p. 380).

Os autores acima destacam dois pontos importantes, primeiro, no caso de um contrato de doação com encargo, não incide ITBI, pois não há bilateralidade no contrato, ou seja, somente seria considerada onerosa a transmissão se houvesse sinalagma entre o valor do imóvel com o custo da prestação do encargo.

Segundo, o ITBI não incide no caso de usucapião, haja vista que neste caso não há transmissão onerosa, bem como usucapião ser considerado aquisição originária, portanto surge uma nova matrícula no imóvel, livre de encargos.

Superada todas essas considerações, pode-se adentrar acerca da incidência do ITBI nos contratos de promessa de compra e venda.

A promessa de compra e venda é um contrato oneroso, sinalagmático, preliminar, o qual permite ao promitente comprador o direito real à aquisição de propriedade, desde que no contrato não conste cláusula de arrependimento e haja o devido registro no cartório de registro de imóveis.

Ressalta-se que o registro do contrato de promessa de compra e venda no cartório não é requisito de validade para o negócio jurídico, mas apenas de aplicação do efeito *erga omnes*, ou seja, a possibilidade do promitente comprador opor o seu direito sobre terceiros, conferindo assim, maior segurança jurídica ao ajuste. Portanto, a ausência do registro no cartório mantém o contrato ainda válido, contudo

seus efeitos ficarão restritos apenas as partes contidas neste (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p. 1077).

Partindo da premissa acima, o entendimento doutrinário dominante é de que não cabe cobrança de ITBI sobre este tipo de contrato. Veja os posicionamentos abaixo:

Ressalta-se que considerar configurado o fato gerador do imposto antes do registro de compra e venda no Registro Imobiliário não quer dizer que esse fato gerador esteja configurado com o contrato de promessa de compra e venda. O que efetivamente transmite a propriedade é o contrato de compra e venda. Não o de promessa, que é instituto com efeitos bem definidos no direito privado e não se confunde com o contrato de compra e venda (MACHADO, 2015, p. 411).

Ademais, o STF corroborou o posicionamento acima, conforme trecho a seguir: “[...] a transferência do domínio sobre o bem torna-se eficaz a partir do registro. Assim, pretender a cobrança do ITBI sobre a celebração de contrato de promessa de compra e venda implica considerar constituído o crédito antes da ocorrência do fato imponible”, (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 805859, do Ministro Relator Roberto Barroso, primeira turma, DJe 09.03.2015)

O STJ no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 982.625/RJ, do Ministro Relator Humberto Martins, segunda turma, DJe 16/06/2008, também considerou inconstitucional a cobrança de ITBI na promessa de compra e venda, pois, em razão desta ter caráter preliminar não é possível afirmar se o negócio jurídico se concretizará ou não.

Embora o entendimento dominante seja no sentido da vedação de cobrança do ITBI, uma pesquisa realizada por Leitao Filho (2015, p. 63-69) demonstrou que existem Municípios que realizam tal cobrança no momento do registro do contrato de compra e venda.

A pesquisa foi realizada em 2015, com os municípios de Fortaleza, Belo Horizonte, Uberlândia, Recife, Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro, Manaus. Do universo da amostra, apenas Rio de Janeiro e Curitiba não cobram o ITBI nos contratos de promessa de compra e venda, sendo que São Paulo somente cobra no caso de cessão de direitos do contrato e não no momento do registro, todos os demais Municípios pesquisados cobram o ITBI no momento de registro do contrato preliminar.

Como visto muitos Municípios se posicionam contrários aos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários dominantes. Ora, é perceptível que no caso em epígrafe o entendimento do STJ e STF, com a máxima vênua, merecem críticas, como será demonstrado a seguir.

Inicialmente cabe destacar o posicionamento do ilustre doutrinador Hugo de Brito Machado, o qual, conforme citação outrora exposta, entende não incidir ITBI na promessa de compra e venda, porquanto que, segundo ele, o fato gerador do referido tributo é a transferência da propriedade, o que não ocorre no presente caso.

Este argumento não merece prosperar, pois o fato gerador do ITBI não se restringe apenas ao caso exposto pelo doutrinador citado, mas também, conforme art. 35 do CTN, a transferência de direitos reais, excetos os de garantia e a cessão de tais direitos.

Então, partindo deste pressuposto, consulta-se o art. 1.225 do C.C/02, o qual, de forma expressa, em seu inciso VII, considera o direito do promitente comprador de imóvel como direito real. Destarte, o art. 1.417 do mesmo diploma legal, considera que a promessa de compra e venda garante ao promitente comprador o direito à aquisição do direito real.

Portanto, pode-se concluir existir dois direitos distintos, o direito de propriedade e o direito à aquisição da propriedade, os quais, embora tenha nomes similares, são assaz distintos entre si.

É possível classificar o direito à aquisição de propriedade como um instituto jurídico autônomo em relação ao direito de propriedade, contudo, derivado do direito real do promitente comprador de imóvel, isso porque, é possível identificar efeitos jurídicos próprios deste instituto, inclusive, já amplamente aceitos pela doutrina.

Tartuce (2013, p. 579) afirma que a promessa de compra e venda inscrita em Ofício de Imóveis não é contrato preliminar propriamente dito, pois constitui direito real de aquisição a favor do promitente comprador, gerando obrigação de dar. (apud, LEITAO FILHO, 2015, p. 19).

Veja que o direito real de aquisição do promitente comprador gera uma obrigação de dar, inclusive ensejando a possibilidade de se propor ação judicial específica, qual seja, ação de adjudicação compulsória, caso o promitente vendedor não cumpra com sua parte no contrato, conforme preconiza o art. 1.418 do C.C/02.

Entretanto, cabe salientar que interpretando o artigo supracitado do código civil, pode-se inferir que não é todo contrato de compra e venda que assegura direito real contido em seu bojo normativo. Ora, para que possa emergir o direito real à aquisição de imóvel, não apenas obrigacional, faz-se necessário adimplir certas formalidades, quais sejam, cláusula de irrenunciabilidade e registro no cartório.

Logo, somente será possível cobrar ITBI, caso a promessa de compra e venda satisfaça os dois requisitos citados, caso não, a relação contratual torna-se apenas imbuída de direito obrigacional, não havendo, nesse caso, direito real transmitido, o que ocorrerá apenas com o registro da escritura pública, após a quitação da obrigação.

Como já exposto, o STF e o STJ entendem que os contratos preliminares ora estudados não transferem o direito de propriedade ou o domínio útil do imóvel, portanto, seria inconstitucional as cobranças do ITBI. Ademais, os respectivos Tribunais também entendem que, em razão da natureza preliminar, não é possível concluir se o contrato será adimplido pelo promitente comprador.

Os entendimentos acima vão de encontro com suas próprias decisões, bem como contrariam o próprio CTN.

Ora, o STF, no Recurso Extraordinário n. 253.472, do Ministro Relator Marco Aurélio, julgamento sessão 25-8-2010, DJE 20 de 1-2-2011, entendeu que o promitente comprador de imóvel cujo registro esteja em nome de autarquia é devedor de IPTU, pois aquele tem domínio útil sobre o imóvel, veja: “[...] nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel. Ora, no caso, a recorrente possui o domínio útil do imóvel [...]”.

O STJ, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.111.202/SP, Ministro Relator Mauro Campbell, julgamento 10/06/2009, DJ: 18/06/09, consolidou posicionamento no sentido que o promitente comprador é responsável solidário no pagamento de IPTU sobre imóvel, juntamente com o proprietário.

O STJ entendeu que o promitente comprador incide no fato gerador de IPTU previsto no art. 34 do CTN. Logo, corrobora que este detém de domínio útil sobre o bem.

Destarte, cabe explicar o que é domínio e sua relação com a propriedade.

Se a propriedade é observada pela lógica da relação jurídica nela edificada, a seu turno o domínio repousa na situação material de submissão direta e imediata da coisa ao poder de

seu titula, mediante senhorio, pelo exercício das faculdades de uso, gozo e disposição. [...] o domínio é um direito real que se exerce através da posse. O proprietário exercita ingerência sobre coisas (domínio) e pede a colaboração de pessoas (propriedade).

A propriedade consiste na titularidade do bem. Já o domínio se refere ao conteúdo interno da propriedade. Um existe em decorrência do outro. [...]

Enquanto as faculdades de uso, gozo e disposição compõem o domínio – com possibilidade de desmembramento –, a pretensão reivindicatória emerge da lesão ao direito subjetivo de propriedade e traduz o conteúdo jurídico do direito subjetivo. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p. 278)

Note que o domínio se trata de um direito real inerente e complementar ao direito de propriedade, o que apenas corrobora o entendimento contraditório de nossas principais cortes de justiça, as quais reconhecem a existência de direito real do promissário comprador no caso de IPTU, não obstante, entendem inexistir transferência de direito real, quando da cobrança de ITBI.

Outrossim, não se sustenta a alegação de que o ITBI não é devido ao promissário comprador, porque não é possível afirmar que este adimplirá sua obrigação na integralidade.

O art. 123 do CTN assevera que, salvo disposição em contrário, as convenções particulares não podem ser opostas para alterar o sujeito passivo da obrigação tributária, ou seja, o simples fato do promitente comprador não adimplir sua obrigação é irrelevante perante o fisco, devendo haver a devida cobrança do imposto, sendo vedado apenas cobrar novamente o tributo após a quitação do contrato, pois, neste caso, haveria *bis in idem*.

Entender que o fato pessoal do contribuinte não conseguir adimplir o contrato preliminar tem relevância tributária, é o mesmo que admitir que o promissário comprador deixa de exercer domínio sobre o imóvel, quando inadimplente ao contrato preliminar, não sendo mais devedor de IPTU, ou seja, nota-se novamente incoerência com o entendimento perquirido.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível que o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante consiste na inconstitucionalidade da cobrança de ITBI nos contratos de promessa de compra e venda. Porém, tais entendimentos conflitam com outras decisões jurisprudenciais, inclusive já consolidadas.

O STF e STJ, ao passo que afirmam que o contrato de promessa de compra e venda não induz transferência de direito real, o que ocorreria somente com o registro da escritura pública, entende haver direito real de domínio útil, quando da cobrança de IPTU.

O CC/02 é claro ao afirmar que o promitente comprador é titular de direito real, logo, inviabilizar a cobrança de ITBI do promissário comprador é transgredir frontalmente o ordenamento jurídico.

Contudo, tem-se que destacar que não é todo e qualquer contrato de promessa de compra e venda que está passível de ITBI, faz-se necessário, para tal, que o contrato seja registrado no cartório e possua cláusula de irrenunciabilidade. O que acarreta na transferência do direito real à aquisição de propriedade e, por conseguinte, o direito real de domínio útil.

4 REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406/2002.). Institui o Código Civil. Brasília. 10 jan. 2002.

_____. Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966.). Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília. 25 set. 1966.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 15ª ed. Bahia: Juspodivm, 2019.

LEITAO FILHO, Otaci Martins. A exigência do ITBI nos contratos de promessa de Compra e venda de imóveis. Repositório UFC. Fortaleza, 2015. Disponível em: < http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/25877/1/2015_tcc_omleitaofilho.pdf > Acesso em: 05 jan. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

PAULSEN, Leandro; MELO, Jose Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 10ª ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2016.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutierrez. **Fato Gerador do Imposto de Transmissão de bens imóveis no Sistema Brasileiro**. Revista da EMERJ: Rio de Janeiro, v. 6, n. 22, p. 223-238. 2003. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22.pdf > Acesso em: 03 jan. 2020.

COMPARTILHAMENTO DE TUDO COM A ECONOMIA COLABORATIVA PARA ELEVÇÃO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

EDUARDO PAIXÃO CAETANO:

Professor de Ciências Criminais e Delegado de Polícia Judiciária Civil, atualmente na Titularidade da Delegacia Especializada em Crimes contra o Consumidor do Amazonas. Doutorado em Ciências Jurídicas. Formação como Mestre em Direito Ambiental. Autor dos livros jurídicos: "Direitos Humanos, vocação do Delegado de Polícia" (ISBN 978-85-400-1964-5) e da obra "Consciência ambiental para efetivação da dignidade humana no sistema prisional" (ISBN 978-85-400-2178-5).

RESUMO: Um dos argumentos em favor do Consumo Colaborativo é a sua possível contribuição para um desenvolvimento mais sustentável. De fato, o Desenvolvimento Sustentável é a satisfação das necessidades humanas do presente considerando a preservação dos recursos naturais para as próximas gerações. Logo, o alcance de padrões e níveis de consumo mais sustentáveis envolve a construção de relações entre diversos setores sociais, como produtores, comerciantes e consumidores. Partindo desse pressuposto, este estudo identificou de que forma o Consumo Colaborativo se relaciona com o Desenvolvimento Sustentável. Os principais resultados destacados foram as motivações: econômicas, interação social em suas diversas formas, como formação de amizades, parcerias e cuidado ao próximo, preocupações com o meio ambiente e ativismo político. Todos os dados permitiram concluir que se deu algum grau de relação entre o Consumo Colaborativo e o Desenvolvimento Sustentável, seja na sua dimensão ecológica social ou de coletividade. Limitações e contribuições gerenciais e teóricas foram evidenciadas, conforme demonstrado neste estudo.

Palavras-chave: Economia Colaborativa; Consumo Eficaz; Desenvolvimento Sustentável; Ecologia; Sustentabilidade.

ABSTRACT: One of the arguments in favor of Collaborative Consumption is its possible contribution to more sustainable development. Indeed, Sustainable Development is the satisfaction of present human needs considering the preservation of natural resources for the next generations. Thus, achieving more sustainable consumption patterns and levels involves building relationships between various social sectors, such as producers, traders and consumers. Based on this assumption,

this study identified how Collaborative Consumption relates to Sustainable Development. The main results highlighted were the motivations: economic, social interaction in its various forms, such as forming friendships, partnerships and caring for others, environmental concerns and political activism. All the data allowed us to conclude that there was some degree of relationship between Collaborative Consumption and Sustainable Development, whether in its social or collective ecological dimension. Management and theoretical limitations and contributions were evidenced, as shown in this study.

Keywords: Collaborative Economics; Effective consumption; Sustainable development; Ecology; Sustainability.

INTRODUÇÃO

A expressão desenvolvimento sustentável foi popularizada em 1987. Define-se como o desenvolvimento que encontra as necessidades do presente sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades. A sociedade civil, governos, empresas e a academia têm aceitado o desenvolvimento sustentável como um princípio guia para o desenvolvimento econômico mundial. Dada a abrangência do conceito apresentado, uma possibilidade de aplicação que é aceita converge equidade social, preservação ambiental e viabilidade econômica como pilares para o desenvolvimento de práticas e políticas.

Entretanto, a implementação desses pilares não tem se provado fácil, de forma que seu progresso também não tem se mostrado real. As mudanças climáticas, a ameaça de extinção de espécies da biodiversidade e recursos naturais continuam desafiando as lideranças globais e a preservação da espécie humana.

Sobre tais desafios, a ação humana tem o papel fundamental, principalmente quando se fala sobre os níveis de consumo. Profundas mudanças se fazem necessárias na forma como as sociedades gerenciam seus assuntos econômicos, sociais e ambientais. Tais mudanças envolvem difíceis e imprescindíveis escolhas para se mover do discurso para a ação. A revolução na forma como o mundo faz negócios terá um impacto sobre estilos de vida e sobre consumo, principalmente em países desenvolvidos, mas também para o crescimento da classe média nos países em desenvolvimento.

O consumo, em muitos lugares, perpassa a reprodução da vida cotidiana e abarca, de modo dominante, em uma profundidade ideológica que permite estruturar e subordinar outras culturas. Assim, a sociedade do consumo, a qual a população está submetida, demonstra o quão cultural a prática de consumir envolve

as relações interpessoais. O consumo também demonstra o alto sentimento de identidade investido em objetos materiais.

Tanto a quantidade quanto a qualidade dos bens acumulados podem ser entendidas como medidas de sucesso. Nesse contexto, o consumo de bens materiais torna-se importante porque sinalizam certa posição na sociedade e, portanto, os indivíduos estão constantemente à procura de novas oportunidades de consumo. Como muitas sociedades contemporâneas estão divididas em classes, as classes mais baixas estão sempre em busca dos níveis de consumo dos mais ricos, induzindo uma insaciabilidade constante do consumo. Em última análise, a propriedade se torna um meio de poder e controle. Essa realidade reflete em padrões considerados contrários aos rumos do desenvolvimento sustentável.

Os produtos desempenham papéis representativos na vida dos consumidores, abrangendo além da tarefa ao qual se destinam. As marcas auxiliam o consumidor a encontrar e dar significado ao seu lugar na sociedade, visto que têm uma imagem coerente com suas necessidades, e contribuem na formação de ligações com outras pessoas que têm preferências análogas.

Além de serem consideradas medida de sucesso, poder, sentimento de pertencimento e papel na sociedade, as posses das pessoas podem ser consideradas fomentadoras da própria identidade, ou seja, as pessoas atribuem significados às suas posses e isso faz com que essas posses se tornem partes de si. Nesse sentido, a perda de uma posse é a perda de uma parte de si, o que causa sentimentos de dor, invasão, tristeza...

Entretanto, a crescente preocupação com os impactos sociais e ambientais causados pelos altos padrões de consumo, baseados em estilos de vida de uso intensivo de recursos naturais, tem levado governos, organizações não-governamentais, empresas, institutos de pesquisa e universidades, dentre outros atores interessados, a tratar do tema em suas agendas.

Por apresentar diversos impactos na sociedade, na economia e na natureza, a transformação na esfera do consumo requer mudanças na forma como os consumidores agem e pensam, ou seja, o comportamento do indivíduo é fundamental para que essas alterações nos padrões de consumo aconteçam. Nesse contexto, tanto o comportamento do indivíduo, como sua responsabilidade como agente que pode alcançar o desenvolvimento sustentável. Já o comportamento dos indivíduos é resultante das influências sociais, culturais, pessoais e psicológicas que estes sofrem ao longo da vida.

Essa visão centra no papel do agente, pois os comportamentos humanos devem ser traduzidos em práticas sociais que tenham força de transformar as estruturas de poder associadas à ordem econômica estabelecida. Nesse momento, além dos indivíduos, destaque-se que os Estados apresentam um papel fundamental no desenvolvimento de políticas que fomentem a redução e eliminação de padrões não sustentáveis de produção e consumo, com vistas de alcançar um desenvolvimento sustentável e uma melhor qualidade de vida para todas as pessoas.

1.DO CONSUMO SUSTENTÁVEL

Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas.

A partir dessa conjuntura, muitos cidadãos tornaram-se mais conscientes e interessados em reduzir sua contribuição pessoal para a degradação ambiental, participando de ações em favor do meio ambiente na hora das compras. Em consequência, os padrões de consumo passam por um ajustamento à nova realidade social, que pode ocorrer tanto na redução do consumo de boa parte dos materiais quanto no redirecionamento das práticas até então desenvolvidas. Assim, os termos como consumo sustentável, consumo consciente, consumo verde, consumo responsável, consumo colaborativo, consumo político, dentre outros, surgiram como alternativas que contribuem, de alguma forma, para mitigar os impactos sociais e ambientais decorrentes dos altos níveis de consumo.

Algumas práticas dos consumidores são apresentadas na literatura sob diversos conceitos e formas, como por exemplo a resistência ao hiperconsumo, consumo verde, a adoção de práticas de anticonsumo, a participação em mercados alternativos, e até mesmo como alteração dos estilos de vida, como por exemplo viver em eco vilas.

A Economia Colaborativa, do Inglês *Collaborative Economy*, pode ser definida como um fenômeno econômico-tecnológico emergente que é alimentado pelo desenvolvimento simultâneo de tecnologias de informação e comunicação e pela a crescente conscientização dos consumidores, comunidades colaborativas na *web* sobre comércio e compartilhamento social. Tratam-se de modelos que incentivam o acesso em detrimento da propriedade e permitem redes descentralizadas (ou seja, contato direto entre as pessoas, através de plataformas *peer-to-peer*).

Um em cada cinco brasileiros já ouviu falar ou leu alguma coisa a respeito do consumo colaborativo ou compartilhado, proporção que dobra entre as pessoas no topo da pirâmide socioeconômica e de alta escolaridade. Já a realidade Americana é de 44% dos consumidores são familiares com a economia colaborativa. Destes, 19% já se engajaram em alguma transação do tipo.

As iniciativas que ofertam produtos e serviços também têm crescido no Brasil. O Consumo Colaborativo ainda é incipiente no mundo todo, principalmente quando se fala em existência de regulamentações específicas e relatórios sobre as iniciativas. As informações encontradas geralmente são de realidades de outros países e nem sempre realizadas por institutos de pesquisa reconhecidos ou trabalhos acadêmicos revisados. No campo acadêmico, encontra-se menos informações ainda, visto que o próprio conceito ainda não se consolidou.

Algumas ações, especialmente o empréstimo e a troca, são antigos, mas “a questão é que, com a Internet e a criação de sites específicos para esse fim, tais comportamentos se ampliam e se organizam” (COSTA, 2014, p. 243). Para Botsman e Rogers (2011) as experiências de Consumo Colaborativo não se limitam à esfera virtual, pois os laços são criados por meio da rede mundial de computadores, mas suscitam ações e se fortalecem fora da rede.

Assim, dentro da Economia Colaborativa, há destaque para três pontos: a) o social, onde a demanda por produtos e serviços aumentou, juntamente com preocupações relacionadas à sustentabilidade, e necessidade de melhorar o convívio em comunidade; b) o econômico, focado dar continuidade ao ciclo de vida dos produtos ociosos estocados, preferência por acesso em detrimento da propriedade, existência de capital para investimento em novos modelos de negócios; e c) o tecnológico, viabilizado pelas redes sociais, dispositivos e plataformas móveis, e facilidade dos sistemas de pagamento.

O alcance de padrões e níveis de consumo mais sustentáveis envolve a construção de relações mais solidárias entre diversos setores sociais, como produtores, comerciantes e consumidores. As iniciativas de apoio às formas alternativas de produção (agricultura familiar e orgânica, reservas extrativistas, cooperativas de produtores, economia solidária etc.) e consumo (formas de consumo colaborativo, comércio limpo e justo, etc.) precisam ter apoio, identificação e participação dos consumidores. Desse modo, é sensível a importância de conhecer com mais profundidade o fenômeno de consumo, que prioriza o acesso em detrimento da propriedade e busca dar vazão a produtos ociosos.

Além dos impactos no meio ambiente, destaca-se o papel social, por meio da ampliação do acesso aos produtos, onde aquelas pessoas que não teriam condições financeiras de comprar um carro, uma bicicleta, se hospedar em um hotel, etc, agora têm esse acesso mediante uma taxa de aluguel ou outra forma de compensação. Essa realidade permite que se maximize o uso por compartilhá-los entre vários usuários. No caso dos carros e bicicletas, por exemplo, resulta em mais opções de mobilidade e reduz os custos de transporte para os usuários.

Contudo, a análise de diversas iniciativas existentes nos Estados Unidos, revela que, por mais que as alternativas de mobilidade compartilhada tenham um apelo às populações com menores rendas, seu uso ainda é feito pelo resto da população em geral. Ou seja, o uso dos sistemas de mobilidade compartilhada pelas populações de baixa renda permanece menor que o uso pela população em outras faixas de renda. Resultado semelhante foi encontrado pela pesquisa da *Market Analysis*, no Brasil, onde quem mais é familiarizado com o tema são pessoas de classes mais altas.

Associado ao consumo intensivo, percebe-se também a diminuição de atividades coletivas e participativas, resultando em disposição de individualização dos seres humanos.

Individualização tem profundo impacto indireto sobre a demanda de consumo de produtos. Com o declínio histórico dos laços tradicionais, a individualidade surge como um problema. A identidade de uma pessoa torna-se um projeto, então ela se sente agora mais responsável pela sua própria vida e auto identidade. No processo de construção e sustentação de auto identidade, o consumo desempenha um papel importante. As pessoas usam bens como um dos meios para se definir, bem como para transmitir mensagens aos outros. Até certo ponto, o projeto do eu é, assim, traduzido num projeto de possuir bens desejados. A manutenção de auto identidade é um processo interminável, por isso implica um persistente e forte impulso psicológico para consumir.

A diminuição das atividades coletivas e participativas têm reforçado os problemas relacionados ao consumo. Como exemplo pode-se citar a diminuição do uso do transporte público, redução da participação em atividades comunitárias e o aumento da propriedade privada. Também, a falta de estratégias participativas para o desenvolvimento de metas econômicas tem sido um obstáculo no que tange ao alinhamento com os aspectos ambientais e sociais. As debilidades resultantes dos processos da sociedade podem ser vinculadas aos importantes movimentos sociais e tecnológicos que co-evoluem em um sistema impulsionado pelo aumento do consumo, assim não se pode excluir o consumo do contexto da sociedade.

Além do já citado, outras forças podem promover esse processo de individualização, tais como a bagagem histórica do ambientalismo, os princípios fundamentais do liberalismo, a capacidade dinâmica do capitalismo instrumentalizar a dissidência e o aumento das ameaças ambientais globais para a prosperidade humana. Ou seja, essa degradação ambiental é fruto de deficiências individuais, de forma que a capacidade coletiva de agir se torna limitada. Logo, quando a responsabilidade pelos problemas ambientais é individualizada, há pouco espaço para refletir sobre as instituições, a natureza e exercício do poder político, ou formas de mudar a distribuição do poder e influência na sociedade coletivamente. Nesse ponto, exige-se a compreensão dos seres humanos como cidadãos e não como consumidores, para, em conjunto, trabalharem para mudanças políticas mais amplas e instituições sociais mais ativas.

Combinado a isso, destaca-se a formalização das estruturas sociais relacionadas com o fenômeno da individualização, que agravam os problemas de consumo. As atenções se voltaram ao trabalho e ao consumo, em vez da família ou da comunidade, devido à uma transferência gradual ocorrida das atividades do dia-a-dia para uma economia formal (ROPKE, 1999). Como resultado, uma diminuição nas redes informais da sociedade que, geralmente, organizam atividades coletivas, tais como a partilha de bens de capital, projetos de melhoria da comunidade e atividades educacionais.

Como resultado, percebe-se a individualização dos seres humanos, mas, contudo, ainda permanece a necessidade de pertencimento a grupos sociais, os quais estão cada vez mais centralizados em plataformas virtuais de comunicação. O Consumo Colaborativo é confiante nas redes e conexões sociais, e como fonte provedora de inovação social para contribuir com a construção de comunidades mais fortes e conectadas.

A cooperação requer a inserção dos indivíduos nos grupos sociais e a criação de um sentimento de comunidade, assim esses comportamentos coletivos destacam a ação coletiva como mais eficaz do que os esforços individuais, promovendo a realização dos objetivos comuns.

Ainda não existem indicações suficientes de que a sociedade está pronta para romper os apegos com as coisas e tornar-se mais definida pelos apegos às pessoas (BELK, 2007, p. 136). Ou seja, há um processo que engatinha em valorizar mais o *ser* ao invés do *ter*, de buscar experiências em contrapartida à acumulação de aquisições.

2.SENSO DE COMUNIDADE

Em conjunto com essa individualização, critica-se à perda do sentido (ou senso) de comunidade, onde a cultura de consumo foi aquela em que produtos de marca substituíram as *commodities*, onde a publicidade em massa substituiu a venda pessoal e onde o consumidor individual substituiu o cidadão comum. Ou seja, a perda do sentido de comunidade tem em seu cerne a centralidade crescente do consumidor individual e do crescimento dos seus desejos materialistas.

A partilha (ou *sharing*) torna-se, portanto, um desafio frente a estas tendências de individualismo. Mesmo que possa “promover a comunidade, economizar recursos e criar algumas sinergias, fora do contexto familiar o compartilhamento é pouco realizado, e mesmo dentro da família, percebe-se um aumento da privatização” (BELK, 2007, p. 126).

Já no ambiente dos negócios pode-se perceber a tendência a menor possessividade e materialismo, conforme Belk (2007), onde as corporações mantêm o direito de suas marcas intangíveis, mas livremente terceirizam tudo o mais, desde a produção até a gestão, marketing e atendimento ao cliente. O autor complementa que essa ação permite maior economia para as empresas, em vista de se manterem competitivas.

A mesma analogia é feita para um determinado consumidor que pertença a uma cooperativa de automóvel em vez de possuir um carro individual. Os consumidores podem continuar aproveitando seus estilos de vida de uma maneira similar, sem se responsabilizar pelos encargos para a posse (BELK, 2007). Com o ritmo rápido da mudança tecnológica, o autor defende que é possível se ver uma mudança na direção da propriedade compartilhada.

Outros têm buscado aproximar a participação dos indivíduos no Consumo Colaborativo com a redução dos impactos causados pelos altos padrões de consumo nos contextos de sociedade e meio ambiente. Em alguns tipos de Consumo Colaborativo podem ser vistos um padrão diferente de consumo, em direção do desenvolvimento sustentável, visto que “as relações entre meio ambiente e desenvolvimento estão diretamente relacionadas aos padrões de produção e consumo de uma determinada sociedade”. Dada a quantidade diversa de modalidades/iniciativas de Consumo Colaborativo, cabe entender a dinâmica e objetivos das mesmas, principalmente com relação aos padrões de consumo. Com esta realidade, mais estudos são necessários para diferenciar essas modalidades e reconhecer quais as características podem ser associadas ao desenvolvimento sustentável.

Assim, com base na discussão exposta, emerge o seguinte problema de pesquisa: De que forma o Consumo Colaborativo se relaciona com o desenvolvimento sustentável a partir das organizações colaborativas existentes no Brasil ?

Faz-se imprescindível que os conceitos relacionados não sejam confundidos e utilizados como sinônimos. A obtenção dos dados relacionados ao ambiente brasileiro, cujas informações são escassas, faz-se indispensável. Essa caracterização pode auxiliar tanto pesquisas futuras como gerar dados para gestores e outras pessoas e organizações envolvidas em fomentar o consumo colaborativo no país.

A análise da relação entre Economia Colaborativa e Desenvolvimento Sustentável é fundamental, dada a associação existente entre as temáticas. As relações entre Consumo Colaborativo no Desenvolvimento Sustentável ainda não foram comprovadas. Deste modo, objetiva-se contribuir no campo gerencial e teórico.

Do ponto de vista gerencial, a definição de políticas públicas e o desenvolvimento do empreendedorismo, associado esse novo tipo de práticas, podem se beneficiar a partir da obtenção de resultados como este, que observam tanto a perspectiva do consumidor individual como das implicações de práticas de consumo colaborativo.

Sobre a perspectiva individual, entender as motivações que levam os consumidores ao Consumo Colaborativo, como estes têm se beneficiado dessas práticas e quais suas atitudes sobre o ambiente natural são fundamentais para os gestores direcionarem suas atuações estratégicas, para fomentar o desenvolvimento ainda maior do Consumo Colaborativo, promovendo a sobrevivência dessas práticas. Ainda, compreender como os consumidores se sentem quanto à coletividade é fundamental para fazer a conexão com a satisfação das necessidades do presente garantindo o futuro das próximas gerações, sem a qual, não há Desenvolvimento Sustentável.

Da visão das organizações de Consumo Colaborativo, estes modelos de negócios podem ser fomentados e/ou aprimorados a partir da análise das características existentes. O que permite aos gestores alinhar seus objetivos aos objetivos dos consumidores e necessidades da sociedade.

Além das implicações gerenciais, há um destaque também para as implicações teóricas que esta pesquisa proporciona, pois mostra, cientificamente, as relações que emergiram da conexão sobre as temáticas de Desenvolvimento

Sustentável e Economia Colaborativa. Isso admite destacar pontos de convergência e de divergência entre os temas, permitindo a criação de uma linha de pesquisa mais robusta e esclarecedora sobre a Economia Colaborativa.

3.MELHORAMENTO DOS PROCESSOS

Parte-se da ideia de que as inovações tecnológicas podem, em combinação com políticas sustentáveis, ser aptas a resolver os problemas enfrentados pela sociedade, como problemas econômicos, gerenciais, de comunicação, acesso, etc. Ainda, tem-se reconhecido que esta mesma inovação tecnológica pode transformar esta sociedade pelas contribuições no melhoramento de muitos processos e produtos, como por exemplo a redução da poluição, aumento do ciclo de vida dos produtos e aumento da eficiência de muitos processos de produção. Contudo, a solução definitiva está na forma as pessoas utilizam as tecnologias na forma da produção, distribuição, investimentos e consumo, calcados nos valores direcionadores, estão alinhados em um sistema sustentável.

A partir dessa conclusão, o consumo ainda aparece como um forte componente capaz de contribuir com o desenvolvimento sustentável. Os estilos de vida da população, o nível de informação dos consumidores, a educação para a sustentabilidade, da mesma forma ações tais como o boicote, são exemplos onde os esforços podem ser intensificados.

Além disso, outras formas como moedas locais ou moradias não tradicionais, que vão contra a hegemonia do mercado tradicional, apresentam potencial de mudança da conjuntura econômica, social e ambiental. Logo, percebe-se que tanto o padrão de acesso (nível de consumo) como a produção dos bens e serviços que a sociedade precisa, podem ser viabilizados pelo consumo colaborativo, que detém mecanismos mais cooperativos e comunitários.

O consumo colaborativo tem ganhado força em todo o mundo, mas no Brasil, tanto as iniciativas quanto os estudos ainda são incipientes. Sabe-se que as formas baseadas no aluguel ou empréstimo em vez de compra e venda não se tratam de uma novidade, mas a Internet multiplicou e ampliou a maneira com que isso pode ser feito, pois uniu pessoas com interesses em comum.

A internet media a oferta e a procura em tempo real e em uma escala global. Os potenciais ganhos macroeconômicos são grandes. Os modelos de acesso mediados pelo mercado estão ganhando popularidade, sendo impulsionados pela *web*, pois as tecnologias sociais, de mobilidade e localização, são decisivas para o consumo colaborativo, visto que tornam o compartilhamento mais fluido a partir da eficiência e da confiança. Por intermédio da *web* é possível criar mercados que

podem, de forma eficaz, conectar bens e aptidões com as necessidades dos consumidores.

Embora os esforços no desenvolvimento de organizações que promovem o consumo colaborativo ainda ocorram em uma escala pequena em relação ao consumo tradicional baseado no mercado, o movimento dos consumidores para o compartilhamento das suas posses e habilidades através de mercados alternativos é um passo para a criação de conexão sociais e comunidades, o que poderia potencialmente elevar os consumidores, as comunidades e a economia à uma posição mais saudável no longo prazo. Bem como a mudança das práticas focadas exclusivamente na noção de propriedade individual para as atividades de consumo envolvidas na coletividade e na partilha, onde ocorra menos demanda por bens de consumo, podem dar lugar a uma nova economia que poderia ajudar a resolver problemas como a poluição e o uso excessivo de energia.

Nesse sentido, essas alternativas de consumo colaborativo podem representar um conceito para o futuro dos padrões de consumo focados no desenvolvimento sustentável, pois trabalham na construção de normas compartilhadas, atitudes e estruturas sociais, e ainda podem aumentar o capital social e integrar as estratégias mais participativas. Essas iniciativas de consumo visam prolongar a vida, uso e o valor dos bens, enquanto desestimulam a aquisição de novas compras.

A pesquisa sobre o consumo colaborativo tem relevância científica a partir do momento que não se registram estudos suficientes que criem um corpo teórico referente ao tema. As características do consumo colaborativo ainda não são bem conhecidas, o que torna o trabalho do gestor dessas novas práticas mais difícil. No Brasil ainda não temos dados referente à quantidade de organizações existentes, localização, abrangência, motivações para ingressar nesse tipo de negócio ou para se tornar consumidor de um. Por envolver uma forma diferente de consumo e uma economia colaborativa, pode-se caracterizar o consumo colaborativo como uma possibilidade que pode galgar mais espaço na economia, e promover a oferta de novos produtos/serviços, criando oportunidades tanto para os gestores quanto para consumidores.

Como relevância social, destaca-se o impacto que práticas desse tipo podem atuar combatendo os altos padrões de consumo, ao oportunizar a mudança de comportamento e atuação mais coletiva e menos individualista, o consumidor passa de focar no *ter* para focar no *acessar, colaborar e compartilhar*.

Como essas organizações envolvem diferentes formas e contextos de atuação – transferência de propriedade, empréstimos, temporalidade, anonimato, envolvimento do consumidor, tipo de objeto acessado e nível de mediação no mercado, cabe uma análise mais aprofundada que possa permitir entender os reais impactos que cada prática pode ter com relação ao desenvolvimento sustentável. Ou seja, que impactos potenciais podem ser esperados nos aspectos sociais, ambientais e econômicos do consumo colaborativo. Pesquisas podem refutar ou comprovar que o consumo colaborativo melhora a qualidade de vida das pessoas, ou que realmente é orientado para o desenvolvimento sustentável.

Conhecendo-se como o consumo colaborativo opera no Brasil, pode-se pensar em estratégias para o seu estímulo e desenvolvimento, por parte da iniciativa pública, privada e da sociedade como um todo. De forma a favorecer os seus aspectos positivos, que contribuem com a redução dos impactos do consumo excessivo, ampliam o acesso das pessoas à determinados produtos e serviços, e permitem maior interação entre os consumidores do consumo colaborativo.

A partir de todo o exposto, do pouco que se conhece sobre a realidade do consumo colaborativo e da escassez de evidências empíricas sobre o potencial de crescimento real do consumo colaborativo, faz-se necessário investir em pesquisas que possam proporcionar mais informações acerca do contexto, motivações, elementos centrais característicos do consumo colaborativo. Além disso, entender as características do consumo colaborativo envolve entender as diferentes configurações em que ele se organiza. Pois essas características podem se apresentar de forma específica nas diversas organizações colaborativas. Através da consecução dessa tese, buscou-se fornecer mais conhecimento que possa contribuir com a construção teórica que envolve a formação de organizações que promovem o consumo colaborativo, bem como com a prática que circunda os gestores imersos em um tipo de organização emergente.

Dentre as contribuições teóricas, destacou-se a identificação das características das organizações colaborativas, caminho para o preenchimento de uma lacuna teórica com relação à falta de estudos que corroborem a relação entre Consumo Colaborativo e Desenvolvimento Sustentável, e aplicação empírica da matriz de necessidades humanas, destacando uma série de satisfatores relacionados com o Desenvolvimento Sustentável e o Consumo Colaborativo.

Sobre as implicações gerenciais, conclui-se com sugestões de práticas para organizações de Consumo Colaborativo com vistas a contribuir com o Desenvolvimento Sustentável e informações para aqueles que pretendem empreender em novos modelos de negócios mais colaborativos.

4. CONSUMO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A explicação da economia como um sistema é originária dos fisiocratas. A fisiocracia significa o 'poder sobre a natureza', dessa forma, o resultado da exploração dos recursos naturais, mais especificamente da agricultura, é considerado riqueza (os fisiocratas se referiam ao século XVIII).

Os fisiocratas relacionaram o consumo com a economia. Quanto mais bens fossem consumidos, mais dinheiro circularia no sistema, logo o consumo se tornaria o motor da economia. Outra relação necessária deu-se entre os produtores e consumidores, de modo que os consumidores dependem dos bens e serviços dos produtores, que por sua vez, dependem das compras e trabalho dos consumidores.

Entende-se que o consumo seguiu como um ponto fundamental para o propósito da produção e pode ser compreendido como o uso ou o gasto dos serviços e dos bens perecíveis e duráveis, tanto pelo setor privado (unidades familiares) como governamental. Logo, o consumidor é entendido como o usuário final de um produto ou serviço .

A economia veio para ser o tema dominante das relações humanas com o crescimento econômico, cuja prioridade é aumentar a produção. Esta foi vista como a chave para o bem-estar da humanidade pois, por meio do crescimento, a pobreza seria superada: com a riqueza dos mais ricos os mais pobres seriam puxados para sair da pobreza.

Contudo, de uma perspectiva macroeconômica, a realidade pode ser mostrar outra. A economia trabalha com uma escala (população *versus* uso de recursos *per capita*), que deve estar dentro da capacidade da região sem que seja necessário recorrer ao excesso de consumo dos recursos. Dessa forma, implica-se em um ponto limite na escala, ou seja, uma contrapartida entre tamanho da população e as taxas de uso dos recursos *per capita* de uma dada região. Essa situação, nos países pobres, levaria ao ponto em que não se podendo reduzir as taxas de uso de recursos, necessariamente, haveriam que concentrar seus esforços no controle da população (DALY, 1990).

O mesmo é relatado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, onde as populações em rápido crescimento podem aumentar a pressão sobre os recursos e retardar qualquer melhora na qualidade de vida. Dessa forma, o desenvolvimento sustentável só pode ser prosseguido se o tamanho e o crescimento da população estiverem em harmonia com o potencial produtivo do ecossistema. O problema, no entanto, não é simplesmente uma dimensão global da população, visto que em países com altos níveis de consumo de energia e materiais

a pressão é maior do que em países pobres, dada a maior exploração dos recursos da Terra. Nos países mais ricos, com taxas de crescimento demográfico reduzidas, o alvo se torna a redução do consumo, para que o equilíbrio seja mantido (DALY, 1990).

Para manter a mesma qualidade de vida, os modelos de crescimento passados falharam em erradicar a pobreza no mundo ou no interior dos países. Este padrão de crescimento também prejudicou o meio ambiente do qual a humanidade depende, aumentando a amplitude entre ricos e pobres e degradando os sistemas naturais. Sobre essa realidade o desenvolvimento sustentável questiona os modelos econômicos regentes (DALY, 1990).

Esse fracasso foi reconhecido mundialmente através do Relatório O Nosso Futuro Comum ou Relatório de Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, sob a coordenação de Gro Harlem Brundtland. O documento passou a exigir uma forma diferente de crescimento, onde o foco se desse na satisfação das necessidades essenciais do presente, mesclando ambiente e economia na tomada de decisão, com ênfase no desenvolvimento humano, na participação nas decisões e equidade nos benefícios. O desenvolvimento proposto é um meio para erradicar a pobreza, atender às necessidades humanas e garantir que todos recebam uma parcela justa dos recursos. Ressalta-se o papel da justiça social, como um componente crucial do conceito de Desenvolvimento Sustentável (WCDE, 1987). É sobre o tema do Desenvolvimento Sustentável que trata a próxima seção.

5.O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Embora a expressão desenvolvimento sustentável seja amplamente utilizada, pode-se encontrar diferentes significados associados, o que provoca muitos conceitos diferentes. Contudo, em termos gerais, sua ideia central trata de um esforço em combinar as preocupações sobre as questões ambientais, sociais e econômicas. Isso significa concentrar-se em modos de vida sustentáveis e bem-estar, em vez de bem-ter, e sustentabilidade ambiental a longo prazo, o que requer uma forte base em princípios que ligam o social e ambiental ao patrimônio humano.

Um dos pontos de discussão é a expressão desenvolvimento sustentável que pode ser “entendida como uma contradição em termos, visto os imperativos antagônicos de crescimento e desenvolvimento, por um lado, e sustentabilidade ambiental (e talvez econômico e social), por outro”. Neste mesmo sentido, Daly (1990) apresentou uma interessante relação entre termos crescimento e desenvolvimento, recorrendo inicialmente ao dicionário e então expandido para a questão dos recursos naturais.

Crescer significa aumentar naturalmente em tamanho pela adição de material através da assimilação ou aposição. Desenvolver significa expandir ou realizar as potencialidades de alguma coisa, gradualmente trazer para um estado melhor, completo ou maior. Em resumo, crescer é um aumento quantitativo em escala física e desenvolver é um melhoramento qualitativo em desdobramentos das potencialidades.

Complementando, o fato de que esta envolve tanto os objetivos do processo, como os meios de alcançar esses objetivos. Dessa forma, as discussões sobre o desenvolvimento sustentável implicam que o objetivo principal é alcançar o desenvolvimento, onde sustentabilidade se torna apenas um qualificador.

Logo, compreende-se que uma economia pode crescer sem se desenvolver, desenvolver-se sem crescer, nem crescer nem se desenvolver ou crescer e se desenvolver, ao mesmo tempo. A partir do momento em que a economia humana é uma parte componente de um ecossistema global finito, entende-se que o crescimento de uma economia não pode ser sustentável por longos períodos de tempo. Dessa forma, crescimento sustentável pode ser entendido como uma contradição em termos, mas a terminologia desenvolvimento sustentável é uma realidade (DALY, 1990).

Dessa forma, percebe-se que a abordagem inicial do desenvolvimento se focou no crescimento econômico de forma quantitativa, entretanto sua evolução levou-a a englobar não apenas as necessidades humanas fisiológicas e tangíveis (necessidades quantitativas), mas também necessidades humanas intangíveis relacionadas ao bem-estar (necessidades qualitativas), como a família, segurança, afeto, educação, liberdade, entre outros. O que caracteriza os mais recentes modelos de desenvolvimento é a intenção de associar aspectos puramente econômicos com objetivos sociais de bem-estar para a maioria da sociedade.

Dada a magnitude de preocupações que o conceito de desenvolvimento sustentável tem expressado, não é de se surpreender que seja necessário desenvolver uma nomenclatura adequada para expressar as preocupações sobre a ligação entre as questões ambientais e sociais. Em particular, enquanto organizações governamentais e do setor privado tendem adotar o termo desenvolvimento sustentável, fontes acadêmicas e organizações não-governamentais foram mais propensas a usar o termo sustentabilidade em contextos semelhantes.

O referido autor ainda justifica as diferentes terminologias, inferindo que, por definição, desenvolvimento sustentável é mais atraente para o governo e negócios, pois, para ONGs e ambientalistas acadêmicos, o desenvolvimento é visto

como sinônimo de crescimento e, portanto, o desenvolvimento sustentável significa melhorar, mas não desafiar, a continuação do crescimento econômico. Deste ponto de vista, o termo sustentabilidade foca a atenção na capacidade dos seres humanos para continuar vivendo dentro das restrições ambientais. Logo, trata-se apenas de uma questão de semântica e não conceitual.

Um lado se atém às questões relacionadas aos valores e mudanças fundamentais nas ações individuais para a natureza (o argumento da sustentabilidade), o outro se foca em uma abordagem mais pragmática e coletiva, voltada para ganhos de eficiência e melhorias na tecnologia (ou seja, o desenvolvimento sustentável). Os objetivos finais são diferentes.

A imprecisão conceitual não é recente, em um estudo realizado anos antes, Mebratu (1998) despendeu um esforço na síntese de diversas versões que envolvem os conceitos de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade. O autor atribui que tal indefinição travou uma batalha política pela influência sobre o futuro da humanidade, juntamente com a sua importância crescente nas políticas nacionais, internacionais e das corporações. Como resultado, tem-se a variedade de definições e interpretações que pendem para as prerrogativas institucionais e de grupo, em vez de compor a essência do conceito, que tem sido inerente às crenças e práticas tradicionais.

Nesse sentido, a análise realizada pelo autor abarca três vertentes que englobam as mais variadas versões: (a) versão institucional; (b) versão ideológica e; (c) a versão acadêmica. Todas essas definições são embasadas na aceitação de que o mundo se encontra em uma crise ambiental, em que se torna necessário uma mudança para superar a crise. Em vez de focar a semântica utilizada nos diferentes grupos de definições, a revisão conceitual de Mebratu (1998) concentra-se em responder: O que é identificado como fonte da crise? Qual é a abordagem central para a solução? Qual é a plataforma de solução proposta? Qual é o instrumento chave para a solução? Cada grupo criado pelo autor é destacado a seguir. Essas concepções são analisadas nas seções seguintes.

5. CONCEPÇÃO DE SUSTENTABILIDADE

Sobre as bases para o entendimento da versão institucional relacionada à crise ambiental, Mebratu comparou diferentes abordagens de três institutos diferentes: Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (WCED - *World Commission on Environment and Development*), Instituto Internacional para Meio Ambiente e Desenvolvimento (IIED - *International Institute of Environment and*

Development) e Conselho Empresarial Mundial para o Desenvolvimento Sustentável (WBCSD - *World Business Council for Sustainable Development*).

Na versão institucional o entendimento base desses órgãos é a satisfação das necessidades, e as diferenças concentram-se no foco da solução, a plataforma de solução e o centro de liderança. O conceito de desenvolvimento sustentável mais amplamente aceito é o originado na Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1987, que o definiu como “um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, direção dos investimentos, orientação do desenvolvimento tecnológico e mudança institucional estão todos em harmonia para alcançar e satisfazer as necessidades e aspirações atuais e futuras” (WCED, 1987, p. 46).

Esse conceito traduz a maneira pelas quais as necessidades dos seres humanos são supridas, bem como suas consequentes práticas, como centrais para a manutenção da sua própria existência.

Nesse sentido, compreende-se que o desenvolvimento sustentável se baseia em questões ambientais, onde as limitações dos recursos naturais têm um impacto direto sobre a economia e, em última instância, sobre a sociedade. Sendo o meio ambiente um aspecto importante a ser considerado na realização do desenvolvimento sustentável, onde as limitações de recursos naturais representam, portanto, uma restrição sobre o desenvolvimento humano.

O desenvolvimento sustentável é um conceito antropocêntrico e sua preocupação principal está em encontrar soluções para a sobrevivência e bem-estar da humanidade no curto e longo prazo. Assim, estudos sobre capacidade de suporte do planeta, biocapacidade, pegada ecológica, capitalismo natural, entram no debate sobre o desenvolvimento sustentável, visto que consideram recursos naturais são contributos fundamentais para a produção de bens. Logo, os recursos naturais são importantes para satisfazer as necessidades humanas, de forma que não se deve consentir com seu esgotamento.

O principal desafio que se apresenta para o desenvolvimento sustentável está em atender as necessidades e aspirações de desenvolvimento de uma população mundial em expansão. De acordo com WCDE, a necessidade mais básica é o emprego (WCDE, 1987).

Essa visão assemelha-se à do IIED, onde a solução se baseia na crescente capacitação das pessoas para cuidar de seu próprio desenvolvimento, combinada com um conhecimento claro de restrições ambientais e de requisitos para atender às necessidades básicas. Essa posição reflete o foco principal do desenvolvimento rural

nos países em desenvolvimento. Já para o WBCSD entende que o desenvolvimento sustentável deve ser alcançado através do crescimento econômico entrelaçado com a proteção do meio ambiente. No entendimento do WCED o envolvimento político é a chave, onde órgãos governamentais são os principais direcionadores.

Percebe-se que todos os institutos mencionados tratam da visão de que o meio ambiente é fator-chave para a melhoria da qualidade de vida da população. Trata-se de uma visão antropocêntrica, onde o ambiente físico é um meio para atingir objetivos humanos e não como tendo importância por seu próprio valor.

A versão ideológica destaca três correntes: o eco feminismo, eco socialismo e a eco teologia. O eco feminismo apresenta a visão de que o sistema masculino é a fonte de ameaças ambientais, de forma que o movimento feminino seria a alternativa para combater a supremacia masculina na sociedade.

O eco feminismo pretende expor, desafiar e mudar as estruturas dominantes de poder, tanto nas relações de gênero quanto nos sistemas econômicos. O eco socialismo associa a crise ambiental ao sistema capitalista de produção, baseado na competitividade e valorização da propriedade. A solução é o desenvolvimento de um socialismo ecologicamente orientado, a partir da igualdade social. Este só pode ser alcançado pelo movimento das classes trabalhadoras, a partir da reapropriação do controle coletivo sobre as relações com a natureza, ou seja, por meio da propriedade comum dos meios de produção, visto que a produção está no centro da relação humana com a natureza.

A eco teologia abarca a importância de ampliar as crenças religiosas mais conhecidas, que valorizam o amor e respeito pelas outras pessoas, para a natureza não-humana, partindo do princípio de que o ser humano deve-se tratar a todos como gostaria de ser tratado. Assim, a base da eco teologia está na crença de que a humanidade tem ignorado a riqueza do conteúdo ecológico nas tradições religiosas. De acordo com este pensamento, na crise ambiental há ganância humana, que por sua vez, só poderá ser revertida com o compromisso com a humildade, desapego e gratidão pelo mundo natural (reavivamento espiritual) como dom divino, devendo tratar esse mundo adequadamente em busca do equilíbrio. Os principais responsáveis por esse movimento seriam as igrejas e congregações.

A terceira versão da sustentabilidade trata das respostas economistas, ecológicas e sociológicas representando a comunidade científica sobre crise ambiental. Envolve a economia ambiental, a ecologia profunda e a ecologia social.

A economia ambiental apresenta a visão dos elementos da natureza como *commodities* que geralmente são subvalorizadas (devido ao acesso gratuito),

sendo assim, explorados em demasia. A solução para esse problema seria uma determinação dos valores das *commodities* por meio avaliações econômicas (oferta e demanda) para encontrar um nível ótimo de exploração e taxaço os danos a partir da exploração além desses níveis. Essas taxas subsidiariam a melhoria no ambiente. Outra solução seria a criação de mercados de bens ambientais (mediante licenças) que permitiriam a comercialização desses bens.

CONCLUSÃO

A ecologia profunda compreende que, no longo prazo, as reformas ambientais dos sistemas sociais e econômicos não são uma solução viável para compensar a destruição acelerada do meio ambiente. As causas da crise ecológica estão na cultura ocidental do domínio humano sobre a natureza. Dessa forma, se poderia enfrentar a crise ambiental através do entendimento do quanto a natureza é importante para a sobrevivência dos humanos, ou seja, uma visão centrada nos seres vivos como um todo e não apenas no homem.

O bem-estar e o florescimento da vida humana e não-humana na Terra têm valor em si mesmos (ou seja, valor intrínseco ou inerente). Estes valores são independentes da utilidade do mundo não-humano para fins humanos. Riqueza e diversidade de formas de vida contribuem para a realização desses valores e também são valores em si mesmos.

Humanos não têm o direito de reduzir esta riqueza e diversidade exceto para satisfazer as necessidades vitais, pois o florescimento da vida humana e das culturas é compatível com uma população humana substancialmente menor. O florescimento da vida não-humana exige uma população humana menor.

A interferência humana presente no mundo não-humano é excessiva e a situação está piorando rapidamente e as políticas devem ser alteradas, dessa forma. Estes estados resultantes dos assuntos serão profundamente diferentes dos atuais.

A mudança ideológica será principalmente a de valorizar a qualidade de vida (habitação em situações de valor inerente) em vez de aderir a um nível cada vez mais elevado de vida. Haverá uma profunda consciência da diferença entre a grandeza e a grandiosidade. Esses itens anteriores têm a obrigação direta ou indiretamente ao tentar implementar as mudanças necessárias.

Isto posto, a ecologia social se baseia na convicção de que quase todos os problemas ecológicos da humanidade são originários de profundos problemas sociais. Segue-se, a partir deste ponto de vista, que estes problemas ecológicos não podem ser compreendidos, e muito menos resolvidos, sem uma compreensão

cuidadosa da sociedade existente e das estruturas que a dominam. Nesse sentido, os sistemas sociais, políticos e econômicos, bem como culturais, de gênero, étnicos, dentre outros, se encontram no cerne dos mais sérios prejuízos ecológicos. Tais sistemas são os responsáveis pelo domínio tanto da humanidade quanto da natureza.

Dentro desse entendimento, ressalta-se que a “ecologia social estuda os sistemas histórico-sociais humanos em interação com os sistemas ambientais”, visto que os primeiros não podem ser analisados em separado dos segundos. Essa relação abrange os laços entre a injustiça social e injustiça ecológica, pois o ser humano mais agredido com a injustiça ecológica é o mais pobre, fruto da injustiça social. Essa pobreza se revela em virtude da falta de infraestrutura necessária à vida digna, como falta de água potável, moradia salubre, relações sociais de violência.

Para este autor, para tratar a injustiça ecológica é preciso estabelecer um mínimo de justiça social, para que a verdadeira solidariedade entre as gerações possa acontecer, ou seja, que as futuras gerações realmente possam ter o futuro que têm direito. Assim, o poder do Estado é fundamental para intervir nessa relação e a ecologia social destaca o papel central do governo através das autarquias locais baseadas na democracia direta.

Vejo a mesma inseparabilidade entre as dimensões da sociedade e da natureza, mas entendem que os recursos naturais representam a base fundamental para satisfazer as necessidades humanas, sendo, neste caso, primordiais para que os direitos da sociedade sejam atendidos. Independente de uma ordem. Os diferentes ensinamentos religiosos, filosofias e crenças tradicionais, grandes repositórios de conhecimento humano, juntamente com a ciência moderna, são orientados para a vida em harmonia com a natureza e uns com os outros. A partir dessa ideia central se assenta a essência lógica do que se chama de sustentabilidade.

Em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão todos em harmonia, melhorando o potencial atual e futuro de atender às necessidades e aspirações humanas.

REFERÊNCIAS

BELK, R.W. Possessions and the Extended Self. **Journal of Consumer Research**, v. 15, n. 2, p. 139–168, 1988.

BOTSMAN, R.; ROGERS, R. **O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo.** Porto Alegre: Bookman, 2011.

COSTA, R.B. Entre resistências e dádivas: reflexões sobre o consumo colaborativo. **Cambiassu**, v. 19, n. 14, p. 237-252, 2014.

DALY, H. **Toward some operational principles of sustainable development.** Ecological Economics, v. 2, p. 1-6, 1990.

MEBRATU, D. **Sustainability and sustainable development: historical and conceptual review.** Environ Impact Asses Review, n. 18, p. 493-520, 1998.

STOKES, K.; CLARENCE, E., ANDERSON, L., RINNE, A. **Making sense of the UK Collaborative Economy.** 2014. Nesta Collaborative Lab, p. 48. Disponível em: <https://www.nesta.org.uk/sites/default/files/making_sense_of_the_uk_collaborative_economy_14.pdf>. Acesso em 8 Apr. 2015.

A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL.

DÉBORA RODRIGUES PEIXOTO DA SILVA:

Advogada formada pela Estácio em 2018 e atualmente Pós Graduanda em Direito Público pela Faculdade Legale.

RESUMO: Este é um trabalho pautado na sociedade atual e no sistema jurídico brasileiro. Aqui há a apresentação da ilicitude da prova de uma forma geral, apontando o que é uma prova de forma abrangente, o que é uma prova ilícita, quais são suas aplicabilidades e quando ela pode ser usada no ordenamento penal brasileiro, como uma exceção, já que a regra é a não utilização. Apesar do art. 5º, no inciso LVI, da Constituição Federal, dizer expressamente que não é admitido o uso da prova ilícita, a maioria dos doutrinadores nacionais tem um pensamento contrário, dizendo que se deve utilizar, de forma excepcional. Utilizando do princípio da proporcionalidade, para valer-se da prova ilícita, pois é intolerável que um indivíduo perca sua liberdade por falta de provas a seu favor, quando se tem uma ilícita que pode fazer a diferença. Nesses casos, se sacrifica alguns direitos individuais, como da privacidade e etc., em detrimento à liberdade do ser humano. Além dessa teoria, tem também a que nem os doutrinadores e nem a jurisprudência aceitam a admissibilidade de provas ilícitas em *pro societate*, sendo aceita apenas em *pro reo*.

Palavra Chave: Prova; Provas ilícitas; Princípio da Inadmissibilidade das provas ilícitas; Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT: This is a work based on current society and the Brazilian legal system. Here is a presentation of the illegality of the evidence in general, pointing out what is a comprehensive test, or what is an illegal test, what are its applicabilities and when it can be used in the Brazilian criminal law, as an exception, since the rule is non-use. Despite art. 5, LVI, of the Federal Constitution, expressly say that the use of illicit evidence is not allowed, the majority of national indoctrinators have a contrary thought, saying that they should use it, exceptionally. Using the principle of proportionality, to assess whether evidence is illicit, as it is intolerable for an individual to lose his freedom due to lack of evidence in his favor, when an illicit one can make a difference. In these cases, some individual rights are sacrificed, such as privacy and etc., in detriment to the freedom of the human being. In addition to this theory, there is also, there is that neither the indoctrinators nor the jurisprudence that accept the admissibility of illicit evidence in a *pro societate*, being accepted only *pro reo*

Key Word: Proof; Illegal evidence; Principle of the Inadmissibility of Illegal Evidence; Proportionality principle.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve Histórico Da Ilicitude Da Prova. 3. Natureza Jurídica. 4. Classificação Das Provas. 4.1. Princípios Inerentes A Prova. 5. Sistema De Apreciação Da Prova. 5.1. Meios De Prova. 5.2. Onus De Prova. 6. Prova Proibida. 6.1 Conceito. 6.2. Prova Ilegítima X Prova Ilicita. 6.3. Prova Ilícita Por Derivação E A Teoria Dos Frutos Da Arvore Envenenada. 6.3.1. Teoria Dos Frutos Da Arvore Envenenada. 7. A Admissibilidade Da Prova Ilicita. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico trata se do estudo do tema da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, pois em regra, isso não é permitido pela legislação atual.

A prova em si, é o modo de se elucidar um caso concreto, trazer à luz a verdade real, a verdade dos fatos.

Acontece que, em determinados casos, tal prova é obtida através de meios ilícitos, não podendo ser admitidos perante a Justiça, pois violaria diversos direitos e garantias estabelecidos na Carta Magna, como o princípio da dignidade da pessoa humana, aonde também é possível encontrar a proibição expressa de admissão de tais provas.

Entretanto, em determinadas situações, essa prova ilícita é a única forma de salvar uma pessoa de uma condenação injusta. Nesse ponto, entra o princípio da proporcionalidade, para ponderar o que seria mais razoável para poder ser aplicado ao caso, pois há a violação de direitos e garantias dos dois lados da moeda.

O presente artigo ilustra essa situação e outras que decorrem desse tema, como a admissibilidade em benefício *pro societate*, trazendo a visão de vários doutrinadores com suas observações e críticas a esse tema.

2. BREVE HISTÓRICO DA ILICITUDE DA PROVA

Em primeiro lugar, deve-se ilustrar qual o objetivo da prova, que conforme o ensinamento de Eugênio Pacelli, é comprovar a verdade dos fatos, encontrar a maior verossimilhança possível, *in verbis*:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto

é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade. 1[1]

No decorrer da sua história, o Direito tentou de várias formas a demonstração da verdade através das provas, Pacelli nos ensina:

(...) desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada prova física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de prova. [2]

Com a evolução da humanidade, o direito foi acompanhando e assim o seu processo, forma de julgamento e meio de provar aquele fato também evoluíram. Dos deuses as provas físicas para provar a inocência, o processo penal tende a se comportar de modo mais evoluído e organizado, onde há todo um rol de possíveis provas, e principalmente legais, repudiando as formas ilegais de aquisição de provas. Pacelli, nos fala que:

Para a consecução de tão gigantesca tarefa, são disponibilizados diversos meios ou métodos de prova, com os quais (e mediante os quais) se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, submetidos, porém, a um limite previamente definido na Constituição Federal: o respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. O exame acerca dos meios de prova disponíveis, bem como da idoneidade e da capacidade de produção de certeza que cada um deles pode oferecer, deve ser precedido da identificação dos princípios e das regras gerais a eles aplicáveis.[3]

Assim, nós podemos verificar que a prova está desde sempre nos confins do Direito, e é muito importante, pois sem as provas de nada adianta os debates pois não haverá o objeto para se provar a teoria em si!

3.NATUREZA JURÍDICA

O direito de se provar algo está intensamente ligado ao direito subjetivo com flanco constitucional, já a prova em si tem natureza processual e quaisquer mudanças feitas abarcam crimes cometidos antes da vigência dessa mudança e tais mudanças tem aproveitamento imediata, Nestor Távora nos demonstra:

A prova está intimamente ligada a demonstração dos fatos, sendo inerente ao desempenho da ação e de defesa. É verdadeiro direito subjetivo com vertente constitucional para demonstração da realidade dos fatos. Já as normas atinentes as provas são de natureza processual, tendo aplicação imediata. Se o legislador disciplina um novo meio de provas, ou altera as normas já existentes, tais alterações terão incidência instantânea, abarcando os processos já em curso. Os crimes ocorridos antes da vigência da lei poderão ser demonstrados pelos novos meios de prova.[4]

4.CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

As provas têm diversas classificações, segundo Fernando Capez[5], elas são divididas quanto ao objeto, quanto ao efeito ou valor, quanto ao sujeito ou causa e quanto à forma ou aparência.

QUANTO AO OBJETO

Significa dizer que é a relação com o fato que quer ser provado, podendo ser direta, quando ela demonstra o fato por si, exemplo da testemunha visual, ou indireta, quando nos induz ao fato principal, como no álibi.

QUANTO AO EFEITO OU VALOR

Quer dizer quanta certeza aquela prova passou podendo ser plena, que é a prova necessária para a condenação, para Nestor Távora "é o grau de certeza gerado pela apreciação da prova"[6], e a não plena, que é quando não há essa certeza e a prova é tratada como indicio.

Outrossim, é importante salientar que, para a pronúncia, se aceita a prova não plena, o que não acontece na condenação, onde é necessário ter a prova plena, sobre isso Capez informa que " trata-se de prova que traz consigo um juízo de mera probabilidade, vigorando nas fases processuais em que não se exige um

juízo de certeza, como na sentença de pronúncia, em que vigora o princípio do in dubio pro societate.”[7]

QUANTO AO SUJEITO OU A CAUSA

É o tipo de prova em si considerada, que são relativas ao sujeito e a causa, sendo ela real, que resulta do próprio fato, exemplo a arma, o cadáver ou pessoal, que vem do conhecimento de alguém, de afirmações pessoais, como testemunha e etc.

QUANTO A FORMA OU APARENCIA

Aqui é a forma aparente que a prova vai ser apresentada ao processo, seja como testemunhal (afirmação de uma pessoa), documental (os documentos em si) ou material (algum meio de demonstrar materialmente o crime, exemplo do exame de corpo de delito).

4.1 PRINCÍPIOS INERENTES A PROVA

Um princípio é o alicerce do direito que não está positivado em nenhum diploma legal e serve para preencher as lacunas da lei, Miguel Reale aduz:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da prática.[8]

No nosso ordenamento jurídico temos seis princípios que regem as Provas no Processo Penal (além de todos os que regem o Processo Penal em si). O princípio da autorresponsabilidade, da audiência contraditória, da aquisição ou comunhão das provas, da oralidade, publicidade e do livre convencimento motivado.

PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE

As partes tomam a responsabilidade. Tanto pelas ações como pelas omissões, Capez fala que “as partes assumem as consequências de sua inatividade, erro ou atos intencionais.

PRINCÍPIO DA AUDIÊNCIA CONTRADITÓRIA

Significa dizer, de forma simples, que toda prova admite contraditório. Nestor Távora[9] diz que “Toda prova produzida deve ser submetida ao crivo do contraditório, com oportunidade de manifestação da parte contrária”. O que também é um direito assegurado no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, a seguir: “Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”[10]

PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO OU DA COMUNHÃO DAS PROVAS

Tal princípio diz que a prova não pertence a nenhuma das partes que a tenham a produzido e sim ao processo em si. Por isso, se diz que, depois de adentrada ao processo a prova pode ser usada tanto pela defesa quanto pela acusação.

Se a parte deseja desistir de prova que tenha proposto, a parte contrária deve obrigatoriamente ser ouvida. Em havendo aquiescência, ainda assim o magistrado poderá determinar de ofício a realização da prova. Deve ser analisada com cautela a previsão do art. 401, § 2º, do CPP, autorizando que a parte desista de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvando apenas a possibilidade do magistrado determinar a oitiva de ofício. Apesar da omissão legal, se a parte contrária insistir na oitiva, a testemunha deve ser ouvida, em atenção ao princípio da comunhão.

PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Aqui se fala que da predominância dos atos processuais no modo oral, sem o impedimento deles serem reduzidos a termo. Desse princípio advêm dois subprincípios: o da concentração, que fala sobre a produção de provas se dar em uma única audiência o da imediatidade que fala sobre o juiz ter uma proximidade das partes e das provas para poder julgar, que é também a base do princípio da identidade física do juiz, que fala sobre o juiz que presidiu a instrução ser o mesmo que vai julgar o caso, pois afinal se o mesmo juiz não acompanhar todo o procedimento, como ele irá formar seu convencimento?

Sobre o assunto, Nestor Távora, fala:

Deve haver a predominância da palavra falada. Ex.: testemunhos, interrogatório, etc. A oralidade ganhou destaque pela previsão do art. 62, da Lei no 9.099/1995, tomando-a expressamente como critério reitor nos Juizados Especiais Criminais. Foi também o desejo da reforma, assegurando-se, como regra, a realização dos debates orais, ao invés de alegações finais escritas, que só excepcionalmente terão cabimento (art. 403, CPP). Do princípio da oralidade, decorre o princípio da concentração, buscando-se centralizar a produção probatória em audiência única, ou no menor número delas (art. 400,

§ 1º, CPP), e o princípio da imediatidade, aproximando o magistrado do contexto probatório, com as provas produzidas perante a autoridade. Além deles, averbrou-se no ordenamento o princípio da identidade física do julgador, de sorte que o magistrado que preside a instrução é necessariamente aquele que irá julgar o processo, salvo as exceções legalmente contempladas, como promoção, aposentadoria, dentre outras (art. 399, § 2º, CPP).[11]

PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Em regra, todo ato processual é público, só podendo ser restringindo em algumas exceções, em casos previamente expressos, como o art. 5º LX, da Constituição Federal[12] fala: "A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem";[13] quando pra evitar escândalos desnecessários e proteger a intimidade das partes.

Ademais, em fase de inquérito policial, que tem o sigilo de forma necessária para a elucidação do fato em si, conforme explica o art. 20 do Código de Processo Penal: "A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade." [14][15], o defensor pode sim, verificar os autos, conforme enunciado da súmula vinculante nº14 do STF, vide: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa." [16]

PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Como no nosso ordenamento jurídico não figura o sistema de prova tarifada, onde cada prova tem seu valor fixado em lei, o princípio do livre convencimento garante ao juiz uma liberdade para valorar e apreciar as provas, contanto que seja fundamentado tal decisão, Fernando Capez fala que “as provas não são valoradas previamente pela legislação; logo, o julgador tem liberdade de apreciação, limitado apenas aos fatos e circunstâncias constantes nos autos.”[17]

PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Esse princípio é de suma importância para entendermos o próximo tópico, que irá falar da possibilidade de se admitir provas ilícitas.

Seu surgimento se deu na Alemanha, *Verhältnismässigkeitsprinzip*. Em linhas gerais, essa teoria fala que se houver um conflito de interesses pelo ordenamento, aquele de maior relevância deveria prevalecer. No ordenamento onde a prova ilícita é proibida no processo penal, esse pode ser um caminho alternativo.

Como explica Capez “ Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante.”[18]

Humberto Ávila, fala:

A proporcionalidade é aplicável quando há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, impondo ao intérprete três exames essenciais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do direito fundamental afetado?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).[19]

Nestor Távora, fala sobre o uso deste princípio “Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado, na sua essência, para preservar os interesses do acusado. Nesse sentido, não há discrepância doutrinária ou jurisprudencial (concepção da prova ilícita utilizada pro reo)[20]

Nesse mesmo sentido, Capez fala: “A aceitação do princípio da proporcionalidade pro reo não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas.” [21]

Já no que tange em relação ao princípio da proporcionalidade *pro societate*, a doutrina não tem sido favorável a aceitar. Capez fala:

No que tange ao princípio da proporcionalidade pro societate, consistente na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção. De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irreduzível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de constrição de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação.[22]

Por fim, segundo o entendimento doutrinário, o princípio da proporcionalidade em relação ao *pro reo*, pode ser aplicado quando tiver como objetivo garantir os direitos do acusado, como quando, por exemplo, a liberdade de um indivíduo estiver em detrimento e esta puder ser salva através dessa prova ilícita. Já no sentido *pro societati*, a doutrina e a jurisprudência não são a favor da sua aplicação.

5.SISTEMA DE APRECIÇÃO DA PROVA.

Távora aduz “As regras de valoração da prova mostram a transparência no ato de julgar, revelando o porquê do convencimento que deu ensejo ao provimento jurisdicional, funcionando como fator de conformação das partes e de fiscalização do órgão judicante.” [23]

Em primeiro momento tínhamos apenas a total subjetividade do juiz, tendo que aceitar a sua decisão sem que ele precisasse expor seus motivos e fundamentos, o chamado sistema da íntima convicção, que hoje, é usado apenas como exceção no Tribunal do Júri, acerca desse último, Fernando Capez fala:

A lei concede ao juiz ilimitada liberdade para decidir como quiser, não fixando qualquer regra de valoração das provas.

Sua convicção íntima, formada não importa por quais critérios, é o que basta, não havendo critérios balizadores para o julgamento. Esse sistema vigora entre nós, como exceção, nas decisões proferidas pelo júri popular, nas quais o jurado profere seu voto, sem necessidade de fundamentação.[24]

Em outro, temos o oposto, um sistema de hierarquia das provas, com pesos e valores em cada prova, o chamado sistema da prova legal. Nele, a lei estipula a importância e o juiz, deve obedecer a essa hierarquia. Capez nos ensina que “a lei impõe ao juiz o rigoroso acatamento a regras preestabelecidas, as quais atribuem, de antemão, o valor de cada prova, não deixando para o julgador qualquer margem de discricionariedade para emprestar-lhe maior ou menor importância.”[25]

Temos ainda, um terceiro sistema, que é um equilíbrio dos dois anteriores, o sistema da verdade real ou livre convencimento. Nesse, o juiz tem a liberdade para valorar as provas, formar a sua convicção, entretanto, apesar da livre valoração, ele deve fundamentar a sua decisão. Além disso, o juiz não pode usar como fundamentação, algum elemento estranho aos autos: *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo), sobre o terceiro sistema que também é o usado pelo nosso CPP, Fernando Capez explica:

Trata-se, na realidade, do sistema que conduz ao princípio da sociabilidade do convencimento, pois a convicção do juiz em relação aos fatos e às provas não pode ser diferente da de qualquer pessoa que, desinteressadamente, examine e analise tais elementos. Vale dizer, o convencimento do juiz deve ser tal que produza o mesmo resultado na maior parte das pessoas que, porventura, examinem o conteúdo probatório.[26]

5.1 MEIOS DE PROVA

Os meios de prova é a forma como se leva aos autos e ao conhecimento do Juiz as provas que pretende usar para corroborar seu fato. Nas palavras de Fernando Capez, ele diz que:

Em primeiro lugar, a título de esclarecimento, convém salientar que o meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no

processo. Assim, temos: a prova documental, a pericial, a testemunhal etc.[27]

Já Nestor Távora, fala que “os meios de prova são os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo.”

O nosso CPP, nos traz um rol de provas que podem ser produzidas, esse rol, entretanto, não é taxativo, pois devemos notar aqui a liberdade de se produzir as provas, garantida pelo princípio da liberdade probatória, que não é absoluto e sofre restrições em relação a, basicamente, dignidade da pessoa humana.

Como dito, sobre a liberdade probatória, ela não é absoluta, pois há casos onde a prova é conseguida mediante violação de norma material ou processual, nascendo assim as provas proibidas. Nestor Távora fala:

A prova é taxada de proibida ou vedada toda vez que sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual. Por afrontar a disciplina normativa, não seria admitida ao processo. Temos assim, por classificação amplamente aceita, as provas vedadas, proibidas ou inadmissíveis, que é o gênero.[28]

A prova proibida se subdivide em: provas ilícitas, provas ilegítimas e provas irregulares.

Sobre as espécies da prova proibida, como a prova ilícita, que é o tema central deste trabalho, veremos de forma mais adequada em breve.

5.2 ONUS DE PROVA

A palavra ônus vem do latim *onus* e quer dizer encargo, sobrecarga, peso.

Renato Brasileiro define o ônus da prova como:

Transportando-se o conceito de ônus para o âmbito da prova, pode-se dizer que ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar, pelos meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito.[29]

Há uma diferença entre o ônus e a obrigação, o primeiro é facultativo, já a segunda, a parte tem o dever de fazer tal ato. Fernando Capez alude tal diferença:

Registre-se, de início, que a prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável. A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação.[30]

Conforme nos ensina o art. 156 do CPP[31], o ônus de incube a quem alega o fato, logo como ordinariamente o Ministério Público é o autor da Ação e representante do Estado, cabe a ele mesmo provar o que alega. O art. 156, incisos I e II, diz:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Entretanto, existe exceção a essa regra geral e Capez fala que “em contrapartida, cabe ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais. ”

Uma outra exceção à regra, se dá quando no art.156, I e II, o juiz pode determinar que sejam feitas diligências para suprimir dúvidas sobre determinado ponto relevante. Capez nos ensina que:

Note-se, finalmente, que ao art. 156 foi acrescida uma nova hipótese, pois faculta ao juiz “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas

consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” (cf. inciso I). Tal previsão legal é bastante discutível em face do processo penal acusatório, pois admite a figura de um juiz investigador e, portanto, de um processo inquisitivo.[32]

6.PROVA PROIBIDA

6.1 CONCEITO

Antes de falar da prova proibida em si, é importante salientar o conceito de ilicitude, conferido por Rogério Greco:

Ilicidade ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, estamos querendo dizer que a ilicitude não se resume à matéria penal, mas sim que pode ter natureza civil, administrativa, tributária etc. Se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento jurídico penal, diremos ser ela penalmente ilícita.[33]

A prova obtida através de ofensa a uma norma material ou processual, Nestor Távora fala que “a prova é taxada de proibida ou vedada toda vez que sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual. Por afrontar a disciplina normativa não seria admitida ao processo. “[34] Capez a conceitua como “entendendo-se como tal toda aquela evidência que não pode ser admitida nem valorada no processo. Prova vedada ou proibida é, portanto, a produzida por meios ilícitos, em contrariedade a uma norma legal específica. ” [35]

6.2 PROVA ILEGITIMA X PROVA ILICITA

Dentro do tema prova proibida, temos duas espécies: a prova ilícita e a prova ilegítima.

A prova vai ser ilícita quando ela for adquirida por meio de violação do direito material. Fernando Capez explica que “Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que

afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal”.

Assim, quando houver uma prova que, para ela ser obtida, teve que acontecer a quebra de um direito material, vai ser considerada ilícita. A nossa Constituição contém várias previsões de inviolabilidades, que se forem feitas caracterizariam a ilicitude da prova, como por exemplo a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, consoante o art. 5º, X.[36]: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Renato Brasileiro nos mostra um exemplo clássico muito utilizado pela doutrina: “Exemplificando, se determinado indivíduo for constrangido a confessar a prática do delito mediante tortura ou maus- tratos, tem-se que a prova aí obtida será considerada ilícita, pois violado o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal.”[37]

Essa inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal está expressa, tanto no artigo 5º, LVI da CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” [38], quanto no art. 157 do CPP: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”[39], mas toda regra tem exceção, e veremos mais adiante a possibilidade de se admitir provas ilícitas.

Uma característica bem importante da prova ilícita é que, em geral, a violação da norma se dá no momento da colheita da prova, no momento em que ela se produziu, costuma se dizer que, a prova ilícita ela é externa ao processo, pois sempre se dará em momento anterior a ele.

Depois da reforma feita pela lei n. 11.690/2008, o art. 157 do CPP, passou a não fazer distinção entre as provas ilegítimas e ilícitas, trazendo a prova ilícita como aquela que viola norma material e processual, cabendo a doutrina ressaltar essa diferença.

Já a prova ilegítima é aquela que é concebida mediante a violação de norma processual. Fernando Capez dá exemplos: “Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim, será considerada prova ilegítima: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, caput (CPP); o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc.”[40]

A principal característica da prova ilegítima e a forma de se diferenciar da prova ilícita, é o momento da produção da prova. Aqui, em regra, a prova ilegítima

se dá dentro do processo, intraprocessual, a prova então tem que ter sua ilegitimidade reconhecida e deve ser desentranhado dos autos.

Ainda temos um terceiro tipo descrito pela doutrina majoritária, a prova ilícita por derivação, mas sobre isso iremos falar posteriormente com as devidas explicações.

6.3 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DOS FRUTOS DA ARVORE ENVENENADA.

As provas ilícitas por derivação são aquelas que, mesmo produzidas de forma lícita em momento posterior, foram afetadas pela ilicitude, que foi transmitida a elas pela prova originária. Na palavra, Fernando Capez assim as define:

A doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem também a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão.[41]

Já no ensinamento de Renato Brasileiro, ele conceitua dizendo que “ de nada adianta dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos se essa ilicitude também não se estender às provas que dela derivam. ”

O próprio CPP, traz em seu art. 157[42], no §1º, a proibição expressa da não utilização desse tipo de prova. Entretanto, o próprio parágrafo 1º faz uma ressalva em relação a derivação, aceitando tal prova se não for demonstrado um nexo de causalidade entre as duas ou quando a derivada puder ser conseguida de outra fonte independente. Vide o Art. 157 e seu primeiro parágrafo:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as

derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º .Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Assim, fica claro que, se não for demonstrado um nexo de causalidade, não há que se falar de contaminação, e na mesma intenção, se uma prova lícita for obtida da prova ilícita, mas ficar demonstrado que ela poderia ser obtida através de meios legais, ou seja de forma independente, não se fala também de ilicitude por derivação.

6.4 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

Desde seu surgimento, a teoria já era direcionada a respeito da nulidade de todas as provas obtidas mediante uma outra prova ilícita, falando sobre como é prejudicial a ilicitude de uma prova, pois de acordo com essa teoria, uma prova ilícita, contamina todas as outras que venham a derivar dela.

A teoria dos frutos da árvore envenenada nasceu na Suprema Corte Americana, nos anos 1920, quando em um julgado uma intimação feita com base em uma informação obtida de forma ilegal, foi considerado inválida, sobre esse caso, Renato Brasileiro fala:

O precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Posteriormente, no julgamento do caso NARDONE v. US (1939), foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada (em inglês, fruits of the poisonous tree, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos). [43]

Mas tal teoria teve seu ponto alto em 1966, como veremos na explicação de Renato Brasileiro adiante, nesse julgado, no processo de Miranda x Arizona, foi

declarada a nulidade de todas as suas declarações, confissões e possíveis provas, pois não foi feito o procedimento de informar a pessoa quais eram seus direitos.

O ápice dessa teoria foi atingido no famoso julgamento *MIRANDA v. ARIZONA*, de 1966, em que a Suprema Corte Americana firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: 1) que tem o direito de não responder; 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; 3) que tem o direito à assistência do defensor escolhido ou nomeado. Nesse caso, a Suprema Corte Americana adotou a posição de que a mera ausência dessa formalidade- denominada de aviso de Miranda (*Miranda Rights* ou *Miranda-warnings*) -era o bastante para inquirir de nulidade as declarações da pessoa, notadamente a confissão e as provas conseguidas a partir dela. [44]

Aqui no Brasil, a teoria não foi aceita de imediato, explica Renato Brasileiro:

No Brasil, pode-se dizer que, em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a aplicação da referida teoria. Inicialmente, prevaleceu a posição do Min. Moreira Alves, segundo o qual a dicção normativa empregada pelo constituinte no art. 5º, LVI, claramente sufragou a tese de que somente devem ser consideradas inadmissíveis no processo as provas ilícitas em si mesmas, e não aquelas a que se chegou por meio daquelas consideradas não como provas, mas apenas como pistas, e que foram produzidas lícitamente. Restaram vencidos no referido julgamento o Min. Celso de Mello e, em menor extensão, os Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira.[45]

Porém, o STF voltou a se pronunciar novamente sobre a teoria no julgamento do HC 73.351/SP[46]. Nesse julgado aceitando a ilicitude de uma prova que veio contaminada de outra, foi inserida, como jurisprudência, na nossa legislação, a teoria dos frutos da árvore envenenada. Mais uma vez, explica Renato Brasileiro:

No entanto, já no ano de 1996, o Pleno do Supremo Tribunal Federal voltou a se manifestar sobre o assunto, tendo-se

posicionado favoravelmente à adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, in verbis: "Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que, sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. SO, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica - à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido".[47]

E então, com o advento da lei nº 11.690, ficou evidenciado no CPP a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, solidificando expressamente a não aceitação desse tipo de prova no nosso ordenamento jurídico.

De forma rápida, vamos esclarecer que, a teoria aqui descrita, não é absoluta. Dela deriva mais nove teorias que falam de exceções sobre a árvore envenenada, nós não vamos entrar no mérito delas pois elas não são o foco do presente trabalho. Porém, a título de alusão, são elas: prova absolutamente independente, a descoberta inevitável, contaminação expurgada, exceção de boa-fé, limitação da mancha purgada, teoria do risco, limitação da destruição da mentira do imputado, doutrina da visão aberta, teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade).

7.A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

A partir desse ponto, se entra no mérito do presente artigo científico. Pois já foi visto no tópico anterior, que a legislação pátria não admite, em regra, a admissibilidade da prova ilícita no processo penal, por ela violar norma de direito material e constitucional, então iremos falar com mais riqueza de conteúdo, se é possível, e se for, em quais situações nossa legislação admite que a prova ilícita seja usada em benéfico *pro reo*. Com o advento da lei 11.690/2008, ficou claro no CPP a não admissibilidade da prova ilícita bem como desentranhamento destas, consagrando em seus parágrafos a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Tal vedação, poderá ser posta de lado, utilizando se o princípio da proporcionalidade, toda vez que estiver em evidência que, admitir a prova ilícita é a única forma de garantir o direito do acusado que está em risco.

Capez nos ensina:

A questão que se coloca é a de saber até que ponto as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal e à preservação da intimidade do acusado podem ser flexibilizadas, diante da ponderação dos valores contrastantes entre indivíduo e sociedade. Em outras palavras: como proceder diante de um eventual conflito entre as garantias constitucionais protetivas do cidadão, derivadas do devido processo legal, e o interesse da sociedade no combate à criminalidade?[48]

Sendo assim, não é correta a postura de nunca se aceitar a prova, conforme enumera o CPP, sendo ela ilícita. Devendo então, fazer a conferição dos dois princípios em choque, para que um deles prevaleça no caso concreto. Capez exemplifica:

Em outras palavras, o direito à liberdade (no caso da defesa) e o direito à segurança, à proteção da vida, do patrimônio etc. (no caso da acusação) muitas vezes não podem ser restringidos pela prevalência do direito à intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas) e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas.[49]

Eugênio Pacelli, nos explica, que a inadmissibilidade das provas tem um caráter, além de tudo, educador para se inibir a prática das provas ilícitas, vejamos:

A vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.[50]

Acredito que já tenha ficado claro que nossa doutrina já está bem pacificada quanto a aceitação de se utilizar a prova ilícita, quando devidamente utilizado o princípio da proporcionalidade junto com um justo motivo, no processo penal em benefício *pro reo*, ou seja, por exemplo, quando aquela prova ilícita for a única forma, o único meio de se inocentar uma pessoa acusada. Nesse caso, o princípio

da

proporcionalidade entraria aqui para ponderar o que vale mais. O direito a intimidade, que foi violado ao ser conseguida a prova ilícita ou o direito à liberdade que estaria sendo violado, ao se deixar que uma pessoa inocente tivesse seu direito de ir e vir cessado em razão da prova que demonstra sua inocência?

Nesse sentido é um caso de se ponderar até que momento as garantias dadas pela nossa Carta Magna, como a preservação da intimidade pode ser levada em favor do direito constitucional a liberdade de um indivíduo.

Outrossim, a depender da razoabilidade do caso concreto, o juiz poderá acolher uma prova ilícita ou sua derivação, para que seja evitado uma quebra grave de direito constitucional.

Eugênio Pacelli, usa desses exemplos:

Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias. No que se refere à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude do meio de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou, ainda, pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade etc.). [51]

Assim, admitir ou não a prova ilícita no processo penal, é um mérito que só o juiz da causa poderá resolver, usando o princípio da proporcionalidade e se utilizando de análise dentro do caso em si. Já que o objetivo final do processo penal, é de se provar a verdade real, lembrando que, a jurisprudência admite tal feito diante de casos graves aonde não há outra forma de se provar a inocência do acusado, não podendo assim, deixar que ele saia prejudicado, quando se tem a prova que o ajuda. Além disso, é uma questão que o magistrado deve se tomar cuidado para não incentivar o comportamento de agentes, para conseguir provas ilícitas e sim fazer dentro dos conformes da lei, para que tudo corra bem, afinal como já falado acima, a não aceitação também tem esse caráter de tentar evitar um comportamento inadequado.

8.CONCLUSÃO

Como foi extensamente falado acima, no mundo jurídico há diversas formas de se provar algo. A prova, no ordenamento brasileiro, pode ser através de depoimento pessoal, exibição de documento ou coisa, prova pericial e etc. Além disso, o ônus de se provar é de quem alega a coisa.

A prova é o meio pelo qual há o convencimento do juiz sobre determinado caso concreto. Através das provas juntadas nos autos, o magistrado vai ter a certeza sobre a inocência ou culpabilidade de determinado agente em relação a determinado fato.

A Constituição Federal fala que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, e o Art 157 do CPP, com sua nova redação dada pela lei 11.690/2008, traz o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal de forma explícita. Ou seja, a regra aplicável ao ordenamento jurídico é a não aceitação das provas obtidas por meios escusos. Porém, essa não é uma regra de aplicação absoluta.

A maioria esmagadora dos doutrinadores entendem como aceitável a possibilidade, usando o princípio da proporcionalidade, de usar a prova obtida de meio ilícito ou ilegítimo a favor do acusado, sob a égide de que o direito da liberdade prevalece ao direito que foi violado para a obtenção daquela prova, já que a condenação de um inocente que poderia ter sido evitada mediante aquela prova é um absurdo, pois na Constituição predomina o princípio da presunção de inocência.

Apenas diante da possibilidade de comprovar a inocência do acusado é que a regra geral deve ser quebrada e a ilicitude deve ser usada a favor do acusado. A possibilidade de se usar a prova ilícita *pro societate* não é bem vista pelos doutrinadores, que admitem a prova ilícita de forma restrita apenas em benefício do acusado. Em suma, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado com cuidado mediante cada caso concreto.

Assim, a busca pela verdade real não deve ser feita de modo a macular direitos fundamentais, esse não é um comportamento a ser incentivado, mas em alguns casos deve se aplicar a proporcionalidade, de forma que deve valer se o direito à liberdade e da dignidade da pessoa humana, para preservar a liberdade do indivíduo.

9 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Diário Oficial da República, Brasília, 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal: volume único** - 5. ed. rev., amp l. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016,

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I** - 19. ed. – Niterói: Ed. Impetus, 2017

Pacelli, Eugênio. **Curso de Processo Penal** – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues – **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm. 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues – **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm.

NOTAS:

[1] PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 174

[2] PACHELLI, Eugênio. Op., Cit., p. 174.

[3] PACHELLI, Eugênio. Op., Cit., p. 175.

[4] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010. p. 346.

[5] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 432

[6] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues – **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm. 2010, pág. 348.

[7] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 433.

[8] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

[9] TÁVORA. Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues – **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm. 2017, pág. 657.

[10] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 04 de abril de 2018.

[11] TÁVORA. Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues – **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm. 2017, p. 657.

[12] Para efeito de praticidade, a partir desde momento iremos nos referir a Constituição Federal pela abreviatura “CF/88”

[13] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da

República, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 04 de abril de 2018.

[14] Para efeito de praticidade, a partir desde momento iremos nos referir ao Código de Processo Penal pela abreviatura “CPP”

[15] BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Diário Oficial da República, Brasília, 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. > Acesso em 04 de abril de 2018.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>> Acesso em 04 de abril de 2018.

[17] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 439.

[18] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 405.

[19] ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 161.

[20] TÁVORA. Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues – **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm. 2010, p. 360.

[21] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 405.

[22] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 406.

[23] TÁVORA. Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues – **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm. 2010, p. 367.

[24] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 438.

[25] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 437.

[26] Capez, Fernando. **Curso de processo penal**. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 438.

[27] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 434.

[28] TÁVORA. Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues – **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm. 2017, p. 629.

[29] BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal: volume único** - 5. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 598.

[30] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 435

[31] BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da República, Brasília, 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-1ei/Del3689Compilado.htm.. > Acesso em 04 de abril de 2018.

[32] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 4

[33] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I** - 19. ed. – Niterói: Ed. Impetus, 2017, p. 451.

[34] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues – **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm. 2010, p. 350.

[35] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 400.

[36] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 04 de abril de 2018.

[37] BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal: volume único** - 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 621.

[38] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 04 de abril de 2018.

[39] BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Diário Oficial da República, Brasília, 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. > Acesso em 04 de abril de 2018.

[40] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 401.

[41] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 402.

[42] BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Diário Oficial da República, Brasília, 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. > Acesso em 04 de abril de 2018.

[43] BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal: volume único** - 5. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 626.

[44] BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**: volume único - 5. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 626.

[45] BRASILEIRO, Renato. Op., Cit., p. 626.

[46] BRASIL. HC 73.351/SP. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, São Paulo, publicado em 09.05.1996> Acesso em 04 de abril de 2018.

[47] BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal: volume único** - 5. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. P. 626.

[48] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 403.

[49] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 404.

[50] Pacelli, Eugênio. **Curso de Processo Penal** – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 182.

[51] Pacelli, Eugênio. **Curso de Processo Penal** – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 182.

BREVES APONTAMENTOS ACERCA DAS MUDANÇAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E SUAS INFLUÊNCIAS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

LIEGE KRACK: Especialista em Gestão Pública e Fiscal Fazendária. Universidade Federal de Pelotas.

Resumo: O artigo tem por escopo fazer uma breve análise do Sistema Único de Saúde (SUS), especialmente indicando como alguns dos principais aspectos da reforma do aparelho de Estado no Brasil contribuíram para ele. Através de pesquisa bibliográfica e legislativa, procura-se trazer aspectos da criação e implementação do SUS no Brasil, que ganhou força, principalmente, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ademais, será analisado de que modo as reformas administrativas tiveram relação com o SUS, apontando algumas das principais mudanças que o Sistema sofreu com a introdução dessas reformas do aparelho do Estado, não com a pretensão de esgotar todas as suas dimensões, mas de proporcionar uma compreensão abrangente dos conceitos e argumentos nele envolvidos.

Palavras-chave: Sistema Único de Saúde. Reformas administrativas. Administração Pública.

Abstract: The article aims to make a brief analysis of the “Sistema Único de Saúde” (SUS), especially how some of the main aspects of the reform of the state apparatus in Brazil contributed to it. Through bibliographic and legislative research, we seek to bring aspects of the creation and implementation of “SUS” in Brazil, which gained strength, mainly after the promulgation of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil. “SUS”, some of the main changes that the System underwent with the introduction of these reforms of the State apparatus, not with a claim to exhaust all its dimensions, but to provide a comprehensive understanding of the elites and argument.

Keywords: “Sistema Único de Saúde”. Administrative reforms. Public administration.

Sumário: 1 Introdução; 2 Da criação do Sistema Único de Saúde; 3 Das reformas na Administração Pública brasileira; 3.1 Breves apontamentos acerca das reformas administrativas entre os anos 1930 e 1990; 3.2 Da reforma gerencial na administração pública brasileira; 3.3 Da relação entre a reforma gerencial administrativa e o Sistema Único de Saúde; Considerações finais; Referências

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem por escopo fazer uma breve análise do Sistema Único de Saúde (SUS), especialmente indicando como alguns dos principais aspectos da reforma do aparelho de Estado no Brasil contribuíram para ele.

Através de pesquisa bibliográfica, procura-se trazer aspectos da criação e implementação do SUS no Brasil, que ganhou força, principalmente, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois esta reconheceu direitos sanitários e em saúde.

Numa segunda parte deste trabalho, foram traçadas algumas mudanças sofridas no âmbito da administração pública brasileira, que contribuíram de forma significativa para a história do Brasil. Traçando-se um breve panorama histórico, que inicia em 1930, com a denominada “Era Vargas”, chegando ao governo de Michel Temer.

Por fim, objetiva-se mostrar de que modo as reformas administrativas tiveram relação com o SUS, apontando algumas das principais mudanças que o Sistema sofreu com a introdução dessas reformas do aparelho do Estado.

Assim, procura-se apresentar um panorama do Sistema Único de Saúde do Brasil e os impactos que as mudanças na administração pública tiveram sobre ele, não com a pretensão de esgotar todas as suas dimensões, mas de proporcionar uma compreensão abrangente dos conceitos e argumentos nele envolvidos.

2 DA CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Reforma Sanitária Brasileira foi um movimento social, no início da década de 1970, que envolveu vários setores da sociedade, cuja proposta era a democratização da saúde no Brasil, mudando o cenário que se tinha até então. Essa proposta foi debatida durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, que defendia preceitos que deveriam ser efetivados no setor da saúde no Brasil, entre eles o reconhecimento da saúde como um direito de todos e, conseqüentemente, um dever do Estado, a participação da população, que restou denominada como controle social e, por fim, a criação do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1986).

A Conferência Nacional de Saúde garantiu condições de acesso e qualidade dos serviços para toda a população, bem como consolidou o direito à saúde como responsabilidade do Estado, servindo de subsídio para a elaboração da Constituição Federal de 1988 (COSTA et al., 2010).

Em 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil (CF), reconheceu direitos sanitários e em saúde, consagrando, em seu artigo 196, a

saúde como um “direito de todos e dever do Estado, garantido medidas 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” (BRASIL, 1988). Segundo Silva (2008), o Brasil criou alicerces para as bases da saúde pública, deixando esta de ser um produto comprado, ou um ato de benevolência, passando o Estado a ser um prestador de serviços no âmbito da saúde pública.

Esse conceito assume sua versão prática, nos termos do artigo 198, que trata o SUS como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, organizada de acordo com os ditames constitucionais da “I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade” (BRASIL, 1988).

Segundo Costa et al. (2010), essas diretrizes traçadas significavam a representação das pessoas nos Conselhos de Saúde e das Conferências de Saúde, instâncias deliberativas e de pactuação social, objetivando controle social das políticas públicas.

Já o artigo 200 da CF fixa as competências do Sistema Único de Saúde, expondo o seu papel de controlar e fiscalizar procedimento e produtos de interesses para a saúde, executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, ordenar a formação de recursos humanos, o desenvolvimento científico e tecnológico na área da saúde, formular políticas e ações de saneamento, bem como proteger o meio ambiental (BRASIL, 1988).

No âmbito da legislação infraconstitucional, as Leis n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990 e a n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, dispuseram “sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes” (BRASIL, 1990) e sobre “a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde” (BRASIL, 1990a), respectivamente.

As denominadas Leis Orgânicas da Saúde fixaram as competências exercidas por cada esfera de governo, através da descentralização, buscou envolver todos os entes, por meio de uma cogestão entre União, Estados e Municípios, com o intuito de melhorar a situação da saúde da população brasileira (SOUZA; COSTA, 2010).

Noutra senda, quanto à complementariedade do setor privado, a CF estabeleceu que dentre os serviços privados, devem ter preferência os serviços não

lucrativos, bem como definiu que quando houver insuficiência da prestação do serviço no setor público, a contratação de serviços privados deve seguir alguns requisitos como a obediência às normas de direito público para a celebração dos contratos, o ente privado de estar em consonância com os princípios básicos e normas técnicas do SUS e os serviços privados devem seguir a mesma lógica organizativa do SUS (BRASIL, 1988).

3 DAS REFORMAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Ao longo do século XX o Brasil passou por algumas mudanças na administração pública, as quais marcaram de forma significativa a sua história. A seguir serão feitos apontamentos acerca dessas mudanças.

3.1 Breves apontamentos acerca das reformas administrativas entre os anos 1930 e 1990

Na denominada “Era Vargas”, que teve início a partir dos anos 1930, o Brasil passou por mudanças na organização do Estado brasileiro, especialmente quanto à criação de várias organizações no âmbito do governo e da sociedade civil, instituindo, por exemplo, os sindicatos dos trabalhadores e dos estudantes e, até mesmo, a criação de empresas estatais, como a Petrobrás. Nesse contexto houve a criação do DASP - Departamento Administrativo do Serviço Público, instituído pelo Decreto-Lei n.º 579/38, marcante para a reforma administrativa do “Estado Novo”. Para Paludo (2013), essa reforma foi o primeiro esforço sistemático de superação do patrimonialismo, que agiu no sentido da burocratização do Estado, através da inclusão de parâmetros como a centralização, a impessoalidade, a hierarquia, o sistema de mérito e a separação entre o público e o privado.

Entre o período que foi de 1956 a 1961, governo de Juscelino Kubitschek, houve a implementação do Plano de Metas, que consistia num conjunto de 30 objetivos, com um cronograma rigoroso e um acompanhamento sistemático que englobava os setores de energia, transporte, indústria de base, alimentação e educação, sendo a sua maior contribuição no setor de planejamento. Além disso, ele criou novas unidades administrativas, que contribuíram para a expansão da burocracia. Entretanto, o Plano acabou por agravar a dívida externa, uma vez que o Estado foi o maior investidor desse plano, culminando no golpe civil militar de 1964 (LEITE JÚNIOR, 2014).

Em 25 de fevereiro de 1967, foi editado o Decreto-Lei n.º 200, que reorganizou e revisou vários órgãos da administração pública federal. Nas palavras de Lima Júnior (1998), o Decreto introduziu significativas mudanças quanto à descentralização e à flexibilização via administração indireta, bem como facilitou a

contratação para o serviço público, ou seja, sem concurso público, de “especialistas para instituições de pesquisa e órgãos especializados” (BRASIL, 1967).

Com a edição do Decreto n.º 83.740, de 18 de julho de 1979, foi implantado o Programa Nacional de Desburocratização, através do Ministério Extraordinário de Desburocratização, o qual tinha como objetivo o atendimento das demandas dos cidadãos, concernentes ao serviço público, concentrando-se na produção de mudanças no comportamento e na atuação da burocracia pública (BRASIL, 1979).

3.2 Da reforma gerencial na administração pública brasileira

No governo de Fernando Henrique Cardoso, a administração pública brasileira foi objeto de uma reforma, que propunha, em linhas gerais, a mudança de um modelo burocrático para um modelo gerencial, alvitando a divisão entre os serviços exclusivos e os não-exclusivos do Estado, sendo passíveis, aqueles não-exclusivos, como exemplo a saúde e a educação, de atuação por organismos privados.

Ela teve como marco oficial a criação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), em 1995, com a coordenação do ex-ministro Luiz Carlos Bresser Pereira. No mesmo ano houve a aprovação do Plano Diretor para Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), que traçou as principais diretrizes e os objetivos da reforma gerencial no Brasil.

O PDRAE destaca que seria imprescindível e inadiável:

(1) o ajustamento fiscal duradouro; (2) reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantam a concorrência interna e criem as condições para o enfrentamento da competição internacional; (3) a reforma da previdência social; (4) a inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais; e (5) a reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua "governança", ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas (BRASIL, 1995, p. 16)

De forma geral, a reforma gerencial, visando mudar a desconfiança que a administração burocrática passava, introduziu três maneiras novas de responsabilização dos gestores públicos, em substituição parcial dos regimentos rígidos até então existentes: o controle social, a administração por resultados e a

competição administrativa. Destaca-se que fundamentalmente a reforma versava acerca da descentralização, criando, por exemplo, as agências executivas, regulatórias e as organizações sociais, ou seja, novos formatos foram introduzidos na estrutura organizacional do aparelho do Estado (BRESSER PEREIRA, 2017).

Tal reforma é alvo de críticas e posições doutrinárias divergentes. Como opiniões diametralmente opostas a respeito dela, podemos citar o idealizador do PDRAE e o professor Dr. Aragon Érico Dasso Júnior.

Bresser Pereira retrata a reforma gerencial brasileira como uma história de sucesso, ou seja, como um grande avanço para a Administração Pública brasileira (BRESSER PEREIRA, 1999). Já Dasso Júnior retrata a reforma gerencial brasileira como um retrocesso para a Administração Pública brasileira, pois entende que o núcleo definidor do conceito de democracia é a participação popular e tal elemento esteve completamente ausente do debate a respeito da reforma gerencial no Brasil (DASSO JÚNIOR, 2017).

Dando sequência à reforma iniciada em 1995, em 04 de junho de 1998, foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 19, conhecida também como emenda da "reforma administrativa".

Dentre as diversas mudanças introduzidas pela EC n.º 19 no texto constitucional, algumas das principais alterações acerca do capítulo sobre a Administração Pública foram: alterações nas regras acerca da estabilidade do servidor; fim do regime jurídico único; inclusão do princípio da eficiência; os cargos em comissão e funções de confiança deixaram de ser exercidos preferencialmente por servidores de carreira; novo regramento acerca do teto da remuneração dos servidores; eliminação do princípio da irredutibilidade de vencimentos; inclusão de regramento permitindo que órgãos e entidades da Administração direta e indireta firmem contratos de gestão com os respectivos ministérios; entre outros (BRASIL, 1998).

Concernente às medidas introduzidas pela EC n.º 19, Dasso Júnior (2006, p. 258) afirma que, ao revés do discurso ultraliberal do governo de Fernando Henrique Cardoso, elas "serviram para debilitar ainda mais os já precários serviços públicos prestados à população brasileira, pois a redução de pessoal se deu principalmente em áreas voltadas às políticas sociais, que não estavam incluídas no 'Núcleo Estratégico'".

Por fim, percebe-se através das políticas sociais e de avanços sociais realizadas nos governos de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, que não houve interrupção do processo de reforma do aparelho do estado, dando, assim,

continuidade à influência neoliberal na organização do estado brasileiro (FAÉ; GOULART; ABDALA, 2016).

3.3 Da relação entre a reforma gerencial administrativa e o Sistema Único de Saúde

Para Bresser Pereira, a reforma gerencial contribuiu de forma muito significativa para o SUS. Segundo ele, no início do primeiro governo de FHC, o sistema criado pela Constituição Federal de 1988, para garantir o direito universal aos serviços de saúde, estava em crise, uma vez que

Não se havia ainda logrado estabelecer um sistema de financiamento para o SUS, e os hospitais envolvidos ofereciam serviços deficientes e se envolviam com frequência em denúncias de corrupção. A norma que regulava os serviços não dava conta do problema.

Entretanto, ao final de 1996, começou uma grande reforma gerencial do SUS com base na Norma Operacional Básica (NOB) 96, ao mesmo tempo em que se definiam fontes de financiamento para os serviços. Hoje, o SUS é um sistema universal de saúde que atende a um direito básico da cidadania com qualidade razoavelmente boa e custo muito baixo (menos de R\$ 2 por habitante-dia). O segredo está, de um lado, na grande mobilização que ocorreu para a definição e implantação do SUS, e no controle social exercido pelos cidadãos em sua decorrência, e, de outro, na forma de administração gerencial, distinguindo a oferta da procura de serviços e dando aos municípios um papel muito maior em contratar os hospitais que prestam os serviços (BRESSER PEREIRA, 1998).

Por sua vez, a questão da descentralização, preceito relevante da reforma gerencial, no SUS ocorreu tanto no âmbito da demanda, com o aumento da importância aos Municípios, dando a eles maior autonomia e maior orçamento, quanto no âmbito da oferta, que diz respeito “à gerência dos hospitais que prestam serviço ao SUS” (SOUZA, 2014).

Noutra senda, foram criadas pelas Leis nº 9.637/98 e 9.790/99 as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, figuras novas do modelo de gestão gerencial, que possibilitaram estabelecer parcerias entre o poder público e estas entidades, especialmente no que tange ao Sistema Único de Saúde.

A reforma gerencial tem como princípio fundamental a eficiência. Nesse sentido, a criação das agências reguladoras, no caso do SUS, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), contribui para o controle a posteriori dos resultados, bem como para a sua fiscalização, coadunando, assim, com o princípio da eficiência.

Ademais, o controle também pode ser realizado internamente, pelas próprias entidades ou órgãos prestadores do serviço, e externamente pelo Poder Executivo, Poder Legislativo, Ministério Público, Judiciário e a sociedade civil.

Segundo Dasso Junior (2006), o processo de privatização da gestão e da gerência dos serviços do SUS, através das Organizações Sociais, OSCIPS e outras figuras organizacionais, fere os princípios constitucionalmente estabelecidos para o SUS, bem como os demais limites previstos na legislação que trata da matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho, analisou-se o Sistema Único de Saúde, através das implicações que as reformas do aparelho do Estado tiveram sobre ele, especialmente no que tange à reforma gerencial, iniciada em meados dos anos 1990.

Como visto, reformas são necessárias quando se busca atualizar e manter a estrutura do Estado em consonância com o momento histórico e social que se vive.

No primeiro capítulo foram apresentados aspectos acerca da criação do SUS, cujo principal referencial é a CF de 1988, que reconheceu direitos sanitários e em saúde, consagrando, em seu artigo 196, a saúde como um "direito de todos e dever do Estado, garantido medidas 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 serviço para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

Seguindo, breves apontamentos históricos sobre as reformas administrativas foram traçados e pode-se observar que o Brasil, entre os anos de 1930 e 1990, transitou por uma administração pública que passou por um processo de burocratização do Estado, com o intuito de superar o patrimonialismo então vigente, depois houve a expansão dessa burocracia, e, por último, já no começo dos anos 1980, iniciou-se um processo de desburocratização.

Já nos anos 1990 se deu início à reforma gerencial, que propunha a divisão entre os serviços exclusivos e os não-exclusivos do Estado, sendo passíveis, aqueles não-exclusivos, como exemplo a saúde e a educação, de atuação por organismos privados. Assim, vê-se que ela interferiu diretamente no SUS do Brasil.

Elementos característicos desta reforma como a descentralização, com o aumento da importância dos Municípios, a criação de Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e a instituição de agências reguladoras, são exemplos de alguns aspectos que causaram mudanças significativas no SUS.

Portanto, este trabalho contribuiu, fundamentalmente, para aprofundar o debate acerca dos aspectos essenciais do Sistema Único de Saúde no Brasil, e como se pode observar, as reformas na administração pública tiveram impactos relevantes sobre ele.

REFERÊNCIAS

BASLER, Ingrid Neumann. **O impacto da reforma gerencial da administração pública do Sistema Único de Saúde do Brasil**. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em < <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/97360> > Acesso em 01 dez 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 06 mai. 2014.

_____. **Decreto nº 83.740**, de 18 de julho de 1979. Institui o Programa Nacional de Desburocratização. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d83740.htm >. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm >. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 19**, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm >. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos

serviços correspondentes. Disponível em: <
www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm >. Acesso em 28 nov. 2017.

_____. **Lei nº 8.142**, de 28 de dezembro de 1990a. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Disponível em: <
conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8142_281290.htm >. Acesso em 28 nov. 2017.

_____. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília, 1995**. Disponível em: <
<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf> > Acesso em 27 nov. 2017

_____. Ministério da Saúde. **Relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Brasília, 1986**. Disponível em <
conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf> Acesso em 29 nov 2017.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma gerencial de 1995: apresentação**. Disponível em <
<http://www.bresserpereira.org.br/rgp.asp> > Acesso em 27 nov. 2017.

_____, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial**. In: BRESSER-PEREIRA, L. C; SPINK, P. (Org) Reforma do Estado e administração pública gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

_____, Luiz Carlos. **Democracia, estado social e reforma gerencial**. Revista adm. empres. vol 50 no.1 São Paulo Jan./Mar. 2010.

_____, Luiz Carlos. **Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995**. Revista do Serviço Público, 50(4), 1999, p. 5-30.

COSTA, Alexandre Bernardino et al. **Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Disponível em <
prodisa.fiocruz.br/publi/O%20Direito%20Achado%20na%20Rua.pdf > Acesso em 28 nov 2017.

DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. **O déficit democrático da reforma gerencial da Administração Pública brasileira**. Disponível em: <
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=25e95f3f099c48ac>> Acesso em 25 nov 2017.

_____, Aragon Érico. **Reforma do Estado com Participação Cidadã? Déficit Democrático das Agências reguladoras Brasileiras**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina. 2006.

FAÉ, Rogério; GOULART, Sueli; ABDALA, Paulo Ricardo Zilio. **Estratégia nacional de desenvolvimento nos governos Lula e Dilma: transformação neoliberal.** Revista Pensamento Contemporâneo em Administração, v. 10, n. 1, p. 1-18, jan. – dez. 2016.

LEITE JÚNIOR, Alcides Domingues. **Desenvolvimento e Mudanças no Estado brasileiro.** Florianópolis: UFSC; Brasília: CAPES-UAB, 2014, p. 29-48.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. **As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos.** Revista do Serviço Público, v. 49, n. 2, p. 5-32, abr./jun. 1998, p. 9-12.

PALUDO, Augustinho. **Administração Pública.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 608.

SILVA, Jonathan Simonin Sales da. **A reforma administrativa da década de 1990 e a nova padronização do ensino técnico.** Trabalho de conclusão de especialização. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em < <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/71474> > Acesso em 01 dez 2017.

SILVA, Marcos Alex Mendes. **A incongruência do direito à saúde no brasil: da teoria socialista à prática capitalista.** Revista Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 209-222, jan./jun. 2008.

SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. **A reforma gerencial e a sua implementação no sistema único de saúde brasileiro.** Revista Digital de Direito Administrativo, v. 1, n. 1, p. 85-114, 2014. Disponível em < <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73564> > Acesso em 29 nov 2017.

SOUZA, Georgia Costa de Araújo; COSTA, Iris do Céu Clara. **O SUS nos seus 20 anos: reflexões num contexto de mudanças.** Disponível em < <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902010000300004> > Acesso em 29 nov. 2017.

A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

BIANCA BATISTA DA COSTA:

Acadêmica no Curso de Graduação em Direito do Centro Luterano de Manaus.

Resumo: A pesquisa bibliográfica “A ressocialização do preso nos presídios brasileiros” sob o foco da lei de execuções penais tem o objetivo de explorar a concretização deste mecanismo nas unidades prisionais do país e as medidas criadas pelo poder judiciário. A pesquisa é relevante, pois este tema não é tão discutido atualmente porque o senso comum tem a aceção que somente a lei tem força para combater a violência, suscitando a investigação de como os mecanismos diversos da prisão são importantes para combater os problemas enfrentados pelas penitenciárias e diminuir a reincidência. Princípio defendido pela LEP e consolidado com a adoção do sistema progressista, que visa não somente punir o indivíduo, mas reintegrar aos poucos ao convívio social.

Palavras – Chave: Ressocialização; LEP; Semiaberto.

Sumário: 1. Introdução; 2. Sistema Progressivo: 2.1 Pena; 2.2 Sistemas Penitenciários; 2.3 Origem e Conceito do Sistema Progressivo; 2.4 Sistema Progressivo Brasileiro; 3. Situação dos Presídios Brasileiros: 3.1 Superlotação dos Presídios; 3.2 Rebeliões e massacres nos presídios; 4. Ressocialização: 4.1 Conceito de Ressocialização; 4.2 Ressocialização na legislação brasileira; 4.3 Ressocialização através do trabalho; 5. Alterações feitas pelo pacote anticrime na progressão de pena e ressocialização; 6. Medidas Alternativas a crise no sistema carcerário; 7. Considerações Finais; 8. Referências

1. Introdução

O objetivo deste artigo é compreender a importância da ressocialização do preso para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como, as medidas adotadas pelo Poder judiciário para sua efetivação. Nesse sentido é importante salientar brevemente acerca da evolução histórica da pena e das formas de cumprimento.

Inicialmente na antiguidade a pena era aplicada pela vítima ou seus familiares como forma de vingança privada. Posteriormente, o Estado assumiu o monopólio da Justiça e do magistério punitivo, tornando-a pública. Neste contexto a pena de morte estava no centro do sistema punitivo, tendo assim a pena como finalidade punitiva ou vingativa e utilizando-se da Lei de Talião que tinha a seguinte norma “Olho por Olho e Dente por dente”.

No século XVII houve uma pequena mudança no sistema punitivo, passando a existir a pena de prisão como somente instrumento processual e cumulativo a pena de morte, na qual o sujeito ficava preso aguardando sua pena de morte. Como o passar dos séculos as penas corporais e desumanas foram perdendo espaço, como advento das penas privativas de liberdade, tendo os primeiros estabelecimentos prisionais surgindo no século XVIII, às denominadas casas de correição e trabalho. Inspiradas no direito canônico onde os monges se recolhiam às suas celas (quartos), para cumprirem as suas penitências para se purificarem e for perdoado. As penas começaram a ganhar os moldes atuais, os positivistas deram a pena a finalidade de ressocialização, onde conceituavam a pena não somente como uma forma de castigo, mas como também um instrumento da coletividade e um meio de reintegração a vida em sociedade.

2. Sistema Progressivo

2.1. Pena

Pena em *stricto sensu* significa sanção aplicada como punição ou como reparação por uma ação julgada repreensível, castigo, condenação, penitência. Para Damásio (Direito Penal, 2015) pena é “a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

O agente que praticar ato ilícito, culpável e ato típico será punido com pena compatível com dano causado mediante ao devido processo legal, cabendo ao Estado dever de punir. Porém, nem sempre o Estado teve a totalidade sobre o direito de punir.

A pena teve origem desde dos primórdios onde o homem começou a proteger a si mesmo, sua sobrevivência e suas posses. Na bíblia no livro de gênesis, há relatos da primeira pena imposta na história da humanidade, onde Deus expulsou e condenou Adão e Eva, por terem descumprido a ordem de não comer o fruto proibido.

A partir deste marco inicial, ocorreu a evolução histórica da pena. Iniciando com os clãs onde a pena era uma punição para o comportamento indevido e perigoso, tendo como sanção penas físicas cruéis e desumanas. Muitas vezes os infratores sofriam punições físicas, onde eram expostos ao público, eram feitas decapitações, mutilações, amputações tendo um caráter desumano. Sendo este período denominado como período de vingança privada e posteriormente como vingança divina, onde os indivíduos eram punidos com base em preceitos divinos,

surgindo como fruto da própria religião, representado pelos reis e imperadores que possuíam o monopólio para condenar.

Com Estado se estabelecendo e ganhando soberania, vingança individual perdeu seu espaço e a pena de morte foi extinta e as demais penas brutais foram abrandadas. Como crescimento do cristianismo, a pena brutal foi deixada de lado, pois, a vida tinha mais valor para sociedade. Surgiu então, como forma de castigar o clero as prisões, como punição o infrator era recolhido para cela individual e recebia visitas apenas de seu diretor espiritual ou do seu confessor.

Com o passar dos séculos, as penas cruéis e brutais começaram a ser extintas, ganhando espaço a privação da liberdade ou melhor as penas restritivas de direito. No final do século XVIII e início do XIX, foi que ocorreram as primeiras mudanças no sistema punitivo, que foi chamado de período humanitário. Neste período, foi que a prisão começou a ganhar os moldes atuais, com o surgimento dos estabelecimentos prisionais.

2.2. Sistemas Penitenciários

Por volta do século XVIII, surgiram os primeiros os primeiros sistemas prisionais que atenderam os anseios dos filósofos e Estado, que buscavam o maior caráter humanitário para a sanção penal.

O primeiro a surgir foi o sistema Pensilvânico ou Filadélfico, inaugurado em 1790 na prisão de Wanut Street, o conceito deste sistema era baseado em nas convicções religiosas ou no direito canônico, tendo como precursores Benjamin Franklin e Willian Bradford. Segundo o sistema, o condenado era isolado em cela individual, vedado de qualquer tipo de contato com o mundo exterior, era autorizado somente e caráter excepcional passeios ao pátio da prisão e a leitura da bíblia, para que o condenado se arrepende-se de sua conduta e alcançar o perdão divino. Para Cesar Roberto Bittencourt o sistema Filadélfico, era "o início definido do sistema filadélfico surgiu com influências das sociedades integradas pelos mais respeitáveis cidadãos daquela região e tinha como objetivo reformar as prisões".

Após críticas severas ao sistema pensilvânico, surgiu no ano de 1818 na cidade de Auburn em Nova York, o sistema Auburiano, deixando de lado o isolamento absoluto do preso e permitindo o trabalho em grupo, sob o silêncio absoluto e confinamento solitário durante a noite. Acreditava-se que impedindo a comunicação entre os presos, estaria buscando a reflexão e o arrependimento pessoal, bem como, impedindo a contaminação moral entre os presos.

O sistema Auburniano tinham a preocupação em auferir renda para a manutenção das prisões, ganhos estes advindos do trabalho dos presos. Porém, este sistema sofreu pesadas críticas em virtude da pressão das associações sindicais que se opuseram ao desenvolvimento de um trabalho penitenciário, pois a produção nas prisões representava um custo menor e geraria uma competição de mercado.

Na Inglaterra surgiu o sistema progressivo de pena, onde tem como essência distribuir o tempo de duração de pena em períodos, onde o recluso ao adimplir em cada um período terá direito a privilégios de acordo com sua boa conduta, possibilitando até seu retorno gradual a sociedade.

Por fim, o ultimo sistema penitenciário são os reformatórios, que são destinados a um grupo específicos de custodiados, que são adolescentes e jovens adultos, que visa suas reinserções ao convívio social e a educação.

2.3. Origem e conceito do sistema progressivo.

O foco principal ou conceito deste sistema está baseado na possibilidade do custodiado, de forma gradual voltar para o convívio social e busca incentivar o senso de responsabilidade dos mesmos, através da progressão de regime com o adimplemento de boa conduta e do trabalho por parte do preso. Tendo como preocupação proporcionar uma gradual e nova adaptação do recluso a sociedade, introduzindo o trabalho como forma de qualificação profissional para o condenado utilizar após a prisão, garantindo uma vida honesta e a responsabilidade sobre o dano causado.

O sistema progressivo de pena teve duas vertentes ou melhor origens, inglesa e irlandesa. Na vertente inglesa, chamada de sistema inglês ou Mark System, idealizado por Alexander Maconochie, a pena era dividida em três períodos.

O primeiro período era denominado como 1 fase: isolamento celular diurno e noturno, chamado também de período de prova. O custodiado deveria refletir sobre a sua conduta, era submetido a trabalho obrigatório e a escassez de alimento. Na segunda fase, o sentenciado era recolhido na denominada Public Worhouse, onde era realizado o trabalho em comum entre os presos, porém havia regras de silêncio absoluto e segregação social durante o período noturno. Durante este período, surgiu o sistema de classes, onde que medida que detento obtivesse bom comportamento, evoluía dentro das classes, até ao final fosse concedida a liberdade condicional.

O último período do sistema progressivo inglês, era a liberdade condicional, na era inicialmente concedida uma liberdade limitada com restrições por

determinado tempo, se nada o indivíduo fizesse para desonrar sua conduta, era concedida a liberdade definitiva.

No que tange o sistema irlandês, este foi criado por Walter Crofton, criando a chamada fase intermediária, que estava entre prisão e a liberdade condicional, sendo chamada de prova de aptidão para averiguar se o custodiado está apto a retornar ao convívio social. Na fase intermediária os detentos eram recolhidos em penitenciárias especiais, eram realizados trabalhos agrícolas ou industriais na parte externa das penitenciárias.

Os presos muitas vezes viviam em barracas dispostas pela área externa da prisão, eram concedidos alguns benefícios tais como: a não utilização de uniformes, dispor de parte da remuneração auferida pelo seu trabalho e conversar com a população em geral.

O sistema progressivo irlandês foi o que mais se difundiu pelo mundo, sendo utilizado até hoje por alguns países, com pequenas modificações.

2.4. Sistema progressivo no Brasil

A prisão no Brasil, surgiu no ano de 1551, em Salvador- Bahia, onde era a sede e capital do país, as prisões eram em locais com boa estrutura com casas de audiência e câmaras. Com o passar do tempo problemas foram surgindo e cadeia eram cada vez mais em locais insalubres.

Com advento da proclamação da república nasce preocupação dos governantes com a situação das cadeias. Nesse período Dom Pedro II, príncipe regente, sanciona um decreto que dispõe que ninguém será lançado em masmorras escuras ou infecta, pois, a prisão não serve para adoecer ou flagelar ninguém.

No ano de 1830, entrou vigor o código penal do período do império, onde a pena era vista como forma de punição, aos escravos eram dadas as penas mais severas como a pena de morte e os acoites em praça pública. Posteriormente, em meados do ano de 1890, foi elaborado o código penal republicano, no qual trazia a prisão disciplinar, o trabalho obrigatório, criação de estabelecimentos agrícolas, reclusão em fortalezas e prisão celular, o qual começou a declinar em pouco tempo devido a superlotação e o retorno a delinquência.

Somente com a outorga da constituição federal de 1891, que dispunha em seu texto a função ressocializadora da pena e passou a vigora este conceito no código penal de 1940, o qual tem como objetivo central ressocializar o preso.

No código foram adotados dois sistemas: o panóptico e o progressivo, com influências do sistema irlandês, onde era adotado uma forma de progressão de pena, na qual os detentos eram transferidos para prisões intermediárias, com regime de vigilância mais suave, com permissão para conversar e trabalhar no campo. Várias alterações deram os moldes atuais do sistema progressivo de pena no país, bem como, o nascimento da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), com a finalidade de concretizar os fins da pena, ou seja, punir o condenado pelo ato ilícito praticado, impedir a prática da conduta punida, impedir a reincidência e ressocializar o agente.

Para isso os crimes são punidos conforme o total de pena imposta, nos regimes fechado, semiaberto ou Aberto. Crimes com pena maior de 08 anos será aplicado o regime inicial fechado; para crimes com pena maior que 04 anos e menor ou igual a 08 anos será aplicado o regime semiaberto, caso não seja reincidente; penas menores ou igual a 04 anos será aplicado o regime aberto.

As penas são cumpridas em locais e condições diversas. O regime fechado é cumprido em estabelecimento penitenciário com cela individual, devendo ser afastando dos centros urbanos. O estabelecimento destinado ao regime semiaberto são as colônias agrícolas, industrial ou estabelecimento similar, ficando o condenado sujeito ao trabalho diurno comum. Por fim, no regime aberto os apenados ficam fora do estabelecimento prisional, permanecendo recolhidos durante o período noturno e dias de folga, possibilitando o acesso ao trabalho e escola. Após, o cumprimento integral de sua pena em um destes regimes, a pena será extinta e o condenado ficará sob liberdade.

A reintegração ao convívio social pelo sistema progressivo é dada após aplicação do regime inicial de pena. Compreendendo critérios de tempo (objetivo) e comportamento (subjetivo) com adimplemento desses requisitos o apenado poderá ser transferido para regime penal menos gravoso ao inicialmente imposto.

O critério objetivo ou temporal compreende a fração de $1/6$ para crimes comuns aplicado sob o total de pena imposta, em crimes hediondos a fração é de $2/5$ para réu primário e para reincidentes $3/5$. Aliado ao critério objetivo tem-se o critério subjetivo que corresponde a disciplina carcerária e ausência de falta disciplinar. Por outro lado, com a presença de falta grave após anuência do ministério público tem -se a regressão de regime para o mais gravoso.

3. Situação dos presídios brasileiros

Desde dos primórdios as civilizações utilizam de diversos sistemas punitivos para reprimir os danos ou ameaça de danos sofridos. O primeiro sistema utilizado foi denominado período de vingança onde a justiça era exercida por quem

sofreu o dano, baseando - se na famosa Lei de Talião, onde o mal provocado era punido de modo igual.

Com o advento da evolução história e do iluminismo, passou a se ter uma nova ideia sobre a pena, saindo da esfera simplesmente punitiva e repressiva, passando ao caráter humanitário voltado para dignidade dos indivíduos, assim começaram a existir sistemas penais que agregavam o punir e o de ressocializar.

No Brasil com a elaboração de novo código penal e com advento da constituição federal que previa a função ressocializadora da pena, foi adotado o sistema progressivo de pena. Sistema este advindo do aplicado na penitenciária de Norfolk- Irlanda, visando a reintegração gradativa do preso ao convívio social.

Com base nos dados do Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2017, o país possuía aproximadamente 812 mil presos, sendo 41,5% presos provisórios que ainda aguardam julgamento. Vale salientar que a capacidade máxima das penitenciárias espalhadas pelo país é de 415 mil presos, tendo assim um número inferior de vagas para o total de custodiados. Sendo considerada a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia.

Com um número tão alto de custodiado para um número inferior de vagas, o sistema brasileiro sofre com constantes colapsos devido a superlotação, insalubridade e insegurança dos presídios. Com base no relatório divulgado pela ong Human Right Watch em 2015, foi constatado que no Estado de Pernambuco é onde se encontram as celas mais superlotadas do país, a taxa de ocupação prisional chega a 165%, por isso parte do controle das prisões ficam sobre as mãos dos condenados. No Estado de Pernambuco, é nítido o alto índice populacional carcerário, pois, na cidade de Itamaracá, o presídio tem capacidade para 630 presos, mas abriga um total de 2,3 mil presos.

Alados a estes fatores tem- se alta taxa de criminalidade, pôr conta da onda crescente reincidência dos ex presídios que voltam a delinquir por aliar-se a facções criminosas ou em busca de sua sobrevivência. No livro a questão penitenciária de Augusto Thompson (1991) o autor previa que a solução para os problemas no sistema carcerário não iria ser facilmente encontrada.

No momento, esposto o ponto de vista de que a questão penitenciária não tem solução em "si", porque não se trata de um problema "em si", mas parte integrante de outro maior: a questão criminal, com referência ao qual não desfruta de qualquer autonomia. A seu turno, a questão criminal também

nada mais e que mero elemento de outro problema mais amplo: o das estruturas socio políticas econômicas. Sem mexer nestas, coisa alguma vai alterar-se em sede criminal e, menos ainda, na área penitenciária.

3.1. Superlotação nos presídios.

Sem dúvida o maior problema que assola as cadeias penitenciárias espalhadas pelo Brasil, por anos. Um dos maiores fatores para falência e decadência do sistema, pois afeta ou agrava outros problemas já existentes.

As soluções dadas por diversos Estados têm surtido efeito, porém ainda a situação nos presídios é crítica, pois, se tem cada vez mais um número maior de reincidência e custodiados que aguardam julgamento.

A realidade nos presídios é desumana, desrespeitando geralmente o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio consagrado no art.1º da Constituição Federal. Devido a superlotação os apenados dormem no chão, em ambientes muito pequenos e com grande quantidade de pessoas, pouca iluminação e ventilação, ocasionando diversos problemas de saúde e favorecendo a proliferação de doenças contagiosas, gerando um novo problema que é a falta de assistência médica.

3.2. Rebeliões e massacres nos presídios

A mais de 27 anos, um dos maiores presídios do país entrava em colapso. A Casa de Detenção de São Paulo ou Carandiru teve sua história marcada por motins e rebeliões, a última rebelião teve o total de 111 mortos de acordo com dados oficiais, porém, os dados extraoficiais apontam um número maior de 250 mortos. Inaugurada em 1920, a Casa de Detenção de São Paulo, com capacidade para 1.200 presos, teve sua capacidade ampliada na década de 50, porém nas décadas seguintes o número de detentos já extrapolava a capacidade total, devido ao aumento da criminalidade e falta de investimento na estrutura.

Popularmente conhecido como massacre do Carandiru, no dia 02 de outubro de 1992, cadeia com capacidade para 3.300 presos, contava com 7.000 detentos, o que levou 111 mortes, 153 feridos. 515 tiros disparados e 120 policiais indiciados. O caso é cheio de controvérsias sobre o real motivo do atentado, de um lado a versão do policias que sustentam o estrito cumprimento do dever legal e do outra a versão dos direitos humanos, que alega houve a intensão por parte dos policiais em exterminar em massa os presos.

A penitenciária do Carandiru era dividida em pavilhões, sendo que cada pavilhão abrigava detentos com características peculiares. Nos pavilhões 2 e 8 eram respectivamente onde se encontravam os recém chegados e os reincidentes, no qual tinham acesso as primeiras palestras sobre as regras da detenção. O pavilhão 9, o qual abrigava réus primários foi no qual justamente ocorreu o estopim do massacre, durante uma partida de futebol, na qual foi motiva por presos de facções rivais.

Na tentativa de conter a rebelião, cerca de 300 policiais adentram o local, tendo como resultado a morte de 111 presos. Em represaria ao massacre ocorrido na Casa de Detenção de São Paulo, surgiu a facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), criada em 31 de agosto de 1993 na casa de custódia de Taubaté. O grupo surgiu com o objetivo de combater a opressão no sistema prisional paulista, possuindo membros em 22 Estados da federação.

Anos após, o sistema carcerário brasileiro entrou em colapso e as rebeliões cada vez eram mais presentes no cotidiano das cadeias públicas espalhadas pelo país. Em 2017, o país viveu novamente triste realidade dos massacres em massa dos custodiados. No dia 01 de janeiro de 2017, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim-COMPAJ localizado em Manaus, foram mortos 56 detentos e 130 custodiados fugiram. Desencadeada pela guerra entre as facções rivais e em protesto a superlotação. O complexo abrigava presos do regime semiaberto e fechado, com um excedente de 1.235 presos.

A rebelião iniciou por volta a 16 h, quando alguns detentos da facção Família do Norte (FDN), invadiram o pavilhão 3, no qual se encontravam presos considerados vulneráveis e de outras facções criminosas, o denominado seguro, onde se encontravam 26 detentos. O principal objetivo era invadir as celas onde se encontravam os membros da facção do PCC, como não foi possível, os detentos atearam fogo em colchões, matando quem se encontrava nas celas de asfixia ou a tiros.

Durante ação, os detentos utilizaram um dos pavilhões como local para finalização das mortes, lá eram arrastados ainda vivos para o local, onde ocorria as decapitações e os esquartejamento.

Ao todo 86 pessoas foram feitas reféns, sendo 12 funcionários da empresa que presta serviço para o sistema penitenciário do Amazonas. A rebelião somente chegou ao fim no dia 02 de janeiro de 2017, quando os últimos reféns foram liberados.

Após 9 meses do massacre, o inquérito policial que investigou a autoria, mortes e fugas da rebelião foi concluído, indiciando um total de 210 por participação

nas mortes. As investigações apontaram que ordem para todo o massacre, veio do líder da facção criminosa FDN por meio de uma carta. A carta revela que o motivo do massacre era uma medida disciplinar contra a facção rival.

Uma das medidas adotadas para diminuir as tensões, foi transferir parte dos detentos para presídios federais e implantar um efetivo da força nacional no ramal que dá acesso ao complexo.

Mesmo com as medidas adotadas o Estado do Amazonas, novamente foi algo de um novo massacre em suas cadeias. Em 2019, menos de 2 anos do massacre no COMPAJ, esta que teve como cenário as 4 cadeias principais cadeias da cidade Manaus, tento um total de 55 mortos em dois dias de rebelião, sendo a principal causa a disputa de território por facções rivais.

Diante das rebeliões e colapso no sistema prisional, é necessário pensar nas políticas públicas e implantar medidas alternativas eficazes.

4. Ressocialização

4.1. Conceito de Ressocialização

Ressocializar ou ressocialização tem como significado a inserção na sociedade, processo de ressocializar, de voltar a pertencer, a fazer parte de uma sociedade. Na área do Direito Penal a palavra seu sentido voltado para reeducação social do apenado durante e após o cumprimento de pena, abrangendo um conjunto de ações que tem como objetivo a readaptação do preso na sociedade, contribuindo para melhoria do custodiado nos aspectos psicossociais, profissionais e educacional, com finalidade de inibir qualquer ato de reincidência.

O processo de ressocialização demanda ações que integram o Estado, o preso e sua família para que desde a condenação e execução da pena, o apenado já possa iniciar seu processo de recuperação. A família surge como parte e suporte importante neste processo, pois, a ligação afetiva ajuda os presos a superar os desafios, de natureza emocional, assim sendo, não somente o cumprimento de pena garante a restituição de valores humanos ao apenada, é necessário que haja esforços para traçar medidas para reeducação social e que possam reestabelecer o stuo quo social.

Para o doutrinador Mirabete (2008, p.23),[...] o direito, o processo e execução penal constituem apenas um meio para a reintegração social, indispensável, mas nem por isso o de maior alcance, porque a melhor defesa da sociedade se obtém pela política social do Estado e pela ajuda pessoal.

A prisão é massacrante para o detento, por isso somente o cárcere não conseguiu cumprir a função reeducadora, pois lá não propicio para tal finalidade, gerando aspectos e influencias inadequadas para uma reabilitação satisfatória.

Molina (2008, p383) propõem que ressocialização deve ser vista e aplicada como uma intervenção positiva no condenado "...O habilite para integra-se e participar da sociedade, de forma digna e ativa, sem traumas, limitações ou condicionamentos especiais".

É necessário que o sistema prisional busque meios que possam contribuir para não apenas a execução de pena unilateral, mas também que englobem a inserção na sociedade pós cumprimento ou extinção de pena.

4.2. Ressocialização na legislação brasileira

A Lei de Execuções Penais – LEP, é o principal instrumento para adoção de políticas públicas voltas para ressocialização do preso em face ao cumprimento de sentença. O art.1º da referida Lei traz logo de início que a função da execução penal é dar efetividade a sentença e proporcionar condições para uma harmônica interação social do condenado. É nítido que a lei tenta proporcionar um ambiente adequado para o condenado, embora não sido empregada de maneira satisfatória e efetiva.

O sistema penal almeja com a pena privativa de liberdade proteger a sociedade e cuidar para que o condenado seja preparado para ressocialização. Mirabete (2002, p.24) afirma "A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciarias, tendem a converte-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema exterior".

Além de dar efetividade a execução da pena, a Lei de Execução buscar zelar pelos direitos e deveres do preso. De acordo como o artigo 3º ao condenado ou internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença. Estão entre os direitos do preso consagrado no artigo 44 da Lei de Execução Penal, alimentação suficiente e vestuário, atribuição de trabalho e sua remuneração.

O direito do preso e assistência é uma das formas iniciais do processo de reabilitação, buscando resgatar os valores humanos, sociais e individuais, garantido assistência material, jurídica, a saúde, educacional, social e religiosa.

4.3 Ressocialização através do trabalho

Um dos métodos para buscar ressocializar o preso, é através da possibilidade de o condenado exercer alguma atividade durante o cumprimento de pena, preparando e qualificando o detento para reingresso ao mercado de trabalho. A LEP nos artigos 28,29 e 30, trata o trabalho do condenado como um dever social e condição digna humana, tendo finalidade educativa e produtiva.

Cada artigo traz a forma e como o trabalho será executado dentro das penitenciárias, respeitado as precauções de segurança e higiene, consagradas na Consolidação da Leis Trabalhista, embora o trabalho do preso não está sujeito ao regime celetista. O preso será remunerado pelo trabalho prestado, mediante a previa tabela, não devendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo.

O trabalho é a forma de mostrar para sociedade que preso pode se ressocializar e além disso tornar útil o tempo ocioso do preso, bem como, uma forma do poder público de diminuir os gastos, tendo em vista que os próprios apenados podem desenvolver atividades dentro das penitenciárias a fim de evitar serviços terceirizados.

Além do benefício de natureza salarial, o apenado pode conseguir a diminuição de sua pena através do trabalho prestado. A remissão de pena é o instituto que permite ou possibilita o condenado a reduzir o tempo de duração de sua pena, seja a pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto.

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no **caput** será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas

pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

Com a atividade laboral, o preso diminui o tempo de duração de sua pena, pois, como menciona o artigo 126 da Lei de Execuções Penais- LEP, para cada três dias trabalhados será diminuído um dia de pena. O tempo remido é contado como de execução da pena privativa de liberdade, o tempo remido não deverá ser computado ou abatido do total da sanção aplicada.

O trabalho poderá ser devolvido e remissão obtida pelo trabalho interno ou externo, manual ou intelectual, agrícola ou industrial desde que seja autorizado pelo estabelecimento prisional. O dia trabalhado, só será contado como remissão, se

o preso desempenhar sua jornada completa de trabalho, ou seja, a jornada deverá ser em um período não inferior a 6 horas e nem superior a 8 horas.

Ao desempenhar a atividade deverá o apenado obedecer às normas e disciplinas do trabalho interno ou externo. Em caso de descumprimento, será sujeito a punições, tendo em vista que qualquer infração grave ou que trouxer prejuízos para empresa credenciada ou para administração pública, perderá o direito de trabalhar, voltando ao cumprimento normal de sua pena, sem qualquer tipo de benefício de trabalho, perdendo também os dias conquistados com a remissão.

5. Alterações feitas pelo pacote anticrime para progressão de pena e ressocialização

O pacote anticrime ou melhor Lei 13.964/19, sancionada em 24 de dezembro de 2019. Traz alterações no que tange o art. 112 da Lei de Execuções Penais, o qual se refere a progressão de regime.

Como já mencionado a progressão de regime antes da vigência da referida lei, era computada pelo cumprimento de 1/6 da pena para réu primário crime comum, 2/5 crime hediondo e 3/5 para reincidente de crime hediondo. Porém a lei trouxe uma série de novos critérios para conceder o benefício da progressão.

Com o advento da lei a progressão ocorrerá da seguinte forma:

- I – 16% da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
- II – 20% da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
- III – 25% da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- IV – 30% da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- V – 40% da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
- VI – 50% da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, **VEDADO O LIVRAMENTO CONDICIONAL**;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII – 60% da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII – 70% da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, **VEDADO O LIVRAMENTO CONDICIONAL**.

Diante destes fatores, a progressão se tornou mais complexa e variado de caso para caso, admitindo a necessidade de reincidência específica para configurar réu reincidente.

6. Medidas Alternativas a crise no sistema penitenciário

É necessária adoção de medidas alternativas para diminuir os problemas enfrentados nas cadeias e além disso efetivar o caráter ressocializador da pena, estas medidas não são novidades, pois, algumas encontram-se dispostas no código de processo penal, LEP e no código penal, como a prisão domiciliar, uso de tornozeleira eletrônica e entre outras, que podem privar parcialmente a liberdade do condenado ou retirar alguns direitos.

Em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça-CNJ, lançou o projeto Audiência de Custódia, que visa garantir a apresentação do preso ao juiz de custódia no prazo máximo de 24 horas, com a participação do Ministério Público e Defensoria Pública nos casos de prisão em flagrante. O objetivo do projeto é analisar a legalidade da prisão, irregularidades e necessidade da aplicação de medida alternativa. Com a implementação do projeto foi reduzido 45% dos números de prisões provisórias no Estado de São Paulo, vindo o CNJ em 2016 editar regulamento ao Poder Judiciário para adoção nacional do projeto.

Como medida para reduzir o número de custodiados, o Estado do Amazonas no ano de 2018, com decisão dos juízes da Vara de Execuções Penais-

VEP, decidiu fechar o sistema semiaberto e implementar o uso de tornozeleira eletrônica aos custodiados neste regime, tento reduzir a superlotação do sistema carcerário.

Não somente projetos voltados para liberdade e legalidade da prisão foram criados, mas também, programas que envolvem a ressocialização e reequação do preso no mercado de trabalho. Como exemplo se tem o Projeto Transformar, criado pelo governo do Estado do Amazonas, que visa oferecer qualificação técnica aos apenados em parceria com o Centro de Educação Tecnológica do Amazonas-CETAM, garantindo o certificado de qualificação e além disso requisito para participar do programa de fomento ao microempresário.

Além, há projetos que visam a redução de pena juntamente com a educação. O projeto Lendo para Liberdade criado em parceria com a FUNAP, atende 19 presídios do Estado de São Paulo, objetivando a produção de resenhas críticas após leitura de obras literárias, assim reduzindo alguns dias de pena.

7. Considerações Finais

Diante de tais questões, é notório a complexidade do tema e falta de políticas públicas eficazes. A dúvida ou pergunta que fica é qual é a solução para os problemas do sistema carcerário e quem são os culpados? A sociedade, O Estado, a família ou o próprio preso.

Embora não se saiba dizer ao certo quem ou quais os culpados, o problema só aumenta e não se encontra quaisquer soluções. A sociedade tem sua parcela de culpa, visto que cada dia aumenta o índice de pobreza, desemprego e da desigualdade social, refletindo no aumento de violência e crimes. O Estado em sua precariedade, deixa a desejar no que tange insta estrutura nos presídios, políticas públicas, poder coercitivo e ressocializador, E por fim o preso em seus padrões subjetivos e no tocante de não voltar a reincidência.

Há um embate político e doutrinário para saber qual seria a formula mágica para resolver os problemas enfrentados. A criação de mais presídios, pena mais cruéis, a implantação da pena de morte, o fim das prisões ou a adoção de penas alternativas, todas essas teorias são especuladas a anos e algumas ganharam força com a atual gestão de Governo. O senso comum tem lutado por anos para adoção da pena de morte no Brasil, contrariando uma das cláusulas pétreas e as experiências vivenciadas por outros países, como por exemplo os Estados Unidos, quem vem buscando fim da pena de morte em alguns de seus Estados, tendo em vista a arbitrariedade do sistema.

Por fim, é necessário é a readequação e o estudo para reavaliação do Sistema Carcerário Brasileiro e a implantação de tratamento subjetivo ressocializador, englobando aos apenados novo conceitos de cumprimento, valores, conscientização e de reabilitação a sociedade.

8. Referências

MIRABETE, Júlio Fabbrine; FABBRINE, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Arts. 1º a 120 do CP. 24ª Edição. Revista e Atualizada. Editora Atlas. São Paulo - 2007.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. p.26-27.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel MASSON,

Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: Parte geral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 55. Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: O CASO DA ADI Nº 6.522/DF

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS: Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

No dizer de Bobbio, democracia é o “governo do poder público em público”[1].

Por esta razão é que a Constituição Federal, desde 1988, elencou o princípio da publicidade e seus contornos na carta política, sempre de modo a afastar qualquer tipo de pretensão quanto à promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação da EC nº 19/1998)

[...]

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Obviamente, o que as normas acima pretendem obstar é o desvirtuamento da publicidade, o qual não se confunde com o necessário agir em público que deve nortear as ações administrativas, pois, segundo a doutrina:

[...] a possibilidade do conhecimento público sobre as escolhas desincentiva ('sic') a prática de irregularidades, especialmente em vista da ampliação da possibilidade de repressão a ilícitos e

desvios. A certeza da revelação da ilicitude e da improbidade é um fator essencial para a redução de práticas reprováveis.[2]

Fixadas essas premissas iniciais, cumpre mencionar que a Procuradoria-Geral da República (PGR) ajuizou, em 04/08/2020, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.522/DF em que questiona a validade de modificação da Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF) sobre a divulgação de atos, programas, obras ou serviços públicos realizados.[3]

Narra a PGR que a alteração permite a utilização dos meios oficiais de publicidade institucional da Câmara Legislativa ou dos órgãos da Administração Pública Distrital para a promoção pessoal indevida de agentes políticos e autoridades.[4]

Continua afirmando o *parquet* que a Emenda nº 114/2019 à LODF inseriu os parágrafos 5º e 6º ao artigo 22. No entanto, tais dispositivos seriam inconstitucionais por preverem a possibilidade da inclusão do nome do autor da iniciativa, inclusive nos atos decorrentes de emendas à lei orçamentária anual, e estabelecerem que a divulgação não configura promoção pessoal se atender aos critérios previstos em norma interna de cada Poder.

Diz o dispositivo legal questionado:

Art. 22. Os atos da administração pública de qualquer dos Poderes do Distrito Federal, além de obedecer aos princípios constitucionais aplicados à administração pública, devem observar também o seguinte:

[...]

§ 5º A divulgação feita por autoridade de ato, programa, obra ou serviços públicos de sua iniciativa, incluídos os decorrentes de emendas à lei orçamentária anual, não caracteriza promoção pessoal, quando atenda os critérios previstos em norma interna de cada poder.

§ 6º Também não caracteriza promoção pessoal a inclusão em material de divulgação parlamentar do nome do autor que teve a iniciativa do ato, programa, obra ou serviços públicos, incluídos os decorrentes de emendas à lei orçamentária anual.

Ora, sem embargo da análise quanto à violação de outros princípios e valores – como o democrático e republicano, a imparcialidade, a impessoalidade, a moralidade, a finalidade dos atos administrativos e o direito à informação – fica bastante claro que o escárnio ao princípio da publicidade é evidente.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) caminha no mesmo sentido ao rechaçar a intenção veiculada na Emenda Distrital:

O inciso V do art. 20 da Constituição do Estado veda ao Estado e aos Municípios atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, cidades e salas de aula. Não me parece inconstitucional. O preceito visa a impedir o culto e a promoção pessoal de pessoas vivas, tenham ou não passagem pela administração. Cabe ressaltar que proibição similar é estipulada, no âmbito federal, pela Lei 6.454/1977. [ADI 307, voto do rel. min. Eros Grau, j. 13-2-2008, P, DJE de 1º-7-2009]

O caput e o § 1º do art. 37 da CF impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta. [RE 191.668, rel. min. Menezes Direito, j. 15-4-2008, 1ª T, DJE de 30-5-2008]

Publicidade de caráter autopromocional do governador e de seus correligionários, contendo nomes, símbolos e imagens, realizada às custas do erário. Não observância do disposto na segunda parte do preceito constitucional contido no art. 37, § 1º. [RE 217.025 AgR, rel. min. Maurício Corrêa, j. 18-4-2000, 2ª T, DJ de 5-6-1998]

Frente ao exposto, é importante que o STF venha a manter os entendimentos acima citados para fins de declaração da inconstitucionalidade da Emenda nº 114/2019 à LODF, inclusive como parâmetro orientador para as demais autoridades e servidores públicos de toda a federação.

O que não se pode admitir, salvo melhor juízo, é a abertura de precedentes anômalos que, a pretexto de promoverem maior publicidade dos atos da Administração Pública, acabem por acobertar nítidas medidas de promoção pessoal às custas do erário e de toda a sociedade, como se a Constituição não vedasse tal proceder inconstitucional.

No Brasil urge se findar essa cultura nefasta de apossamento da coisa pública. O atuar no âmago da Administração Pública deve possuir a blindagem necessária para garantir a distinção entre o público e o pessoal. A publicidade é estatal, jamais autopromocional de quem quer que seja, ocupe o cargo que ocupar nas esferas governamentais.

As pessoas passam. O Estado fica.

É concluir que a Carta Política de 1988 não autoriza o *marketing* político ao arrepio de suas normas fundantes, sendo a publicidade estaca essencial, pilar inquebrantável desse sentimento moralizador que buscou trazer o legislador constitucional. Por isso que espera do Supremo, mais uma vez, o exercício firme do controle jurisdicional enquanto verdadeiro guardião da Constituição.

NOTAS:

[1] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 98.

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 66.

[3] **BRASIL**. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5972006> >. Acesso em: 19 ago. 2020.

[4] **BRASIL**. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449527&ori=1> >. Acesso em: 19 ago. 2020.