

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1093

(Ano XIV)

(08/06/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



NFTS – Negociações milionárias e seus aspectos jurídicos
Guilherme Molinari, 09.

ARTIGOS

Uma Análise Jurisprudencial sobre a (In)Aplicabilidade da Majorante do Repouso Noturno no Furto Qualificado

Fernanda Silva Marcião, 11.

A pandemia do covid 19 e a universalização do saneamento básico no Brasil: exposição caótica dos direitos sociais.

Marcelo Batista Gonçalves, 20.

Alterações da Lei de Improbidade Administrativa

Francisco Monteiro Machado de Carvalho, 41.

Transfusão de sangue: conflito entre o direito à vida e a liberdade religiosa

Maria Fernanda de Freitas, 55.

A Dupla Paternidade e os Reflexos na Pensão Alimentícia

Milena Alexandre Dutra, 69.

Impactos da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre o dano existencial na reforma trabalhista

Juliana Góes Rocha, 87.

Acordo de não persecução penal e as facetas da justiça penal negocial

Franculino José Da Silva Filho, 112.

Aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos

Felipe Fernandes Rodrigues, 136.

Os fundamentos e os princípios que permeiam a tutela de direitos coletivos

João Rafael Monteiro Rodrigues, 148.

O reconhecimento do cuidado materno como tempo de serviço computável para aposentadoria no Brasil

Luis Felipe Ferreira Lopes da Silva e Edy César dos Passos Junior, 155.

A pandemia da covid-19 e os impactos nas relações de trabalho no Brasil

Jady Caroline Inácio da Silva, 173.

O abandono afetivo de idosos no Brasil e a responsabilidade civil da família

Glauber Marques Aguiar, 183.

Foro por prerrogativa de função: instituto especial na abrangência jurídica e social brasileira.

Dolva Curcino De Carvalho e Livia Helena Tonella, 219.

Sistema prisional brasileiro: uma análise do processo de ressocialização do encarcerado

Bruno Francisco Lessa Araújo, 243.

A responsabilidade civil dos criadores de conteúdo digital no âmbito da publicidade enganosa no ambiente virtual

Maria Clara Pires Castro de Medeiros e Dheyne Cristine de Sousa Pereira, 291.

A citação e a defesa obrigatória dos agentes de segurança pública nos inquéritos policiais que envolvam o uso da força letal no exercício profissional desses agentes.

Ney César da Silva Beckman, 309.

Considerações sobre os impactos da pandemia da covid-19 no fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil

Francileide Silva Bezerra e Francisca Paula Borges da Silva Lucena, 323.

A fragilidade do reconhecimento de pessoas: uma revisão de literatura

Leandro da Conceição Cruz, 338

Supremo Tribunal Federal – Súmula Vinculante 24, erro de grafia ou de entendimento?

Carlos Pereira Campos, 358.

A (im)possibilidade do exercício dos direitos civis pelos apátridas

Franculino José da Silva Filho, 385.

Juiz das garantias: afetação da imparcialidade

Vartini Coutinho Policarpo Arrais e Paulo Vinícius Borges e Silva, 427.

O controle judicial da representação adequada em processos coletivos

João Rafael Monteiro Rodrigues, 440.

Conflitos de entendimento entre Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho: uma análise jurisprudencial considerando os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal

Marília Mateus Marques e Bruna Larissa Feitosa de Carvalho, 451.

Feminicídios em tempos pandêmicos

Beatriz Mariana Branco, 478.

A mediação nas ações de família como ferramenta de acesso à Justiça

Jackson Venícios da Silva e Laís Bandeira Cronemberger, 503.

A Lei 13.964/2019 e os impactos decorrentes da progressão de regime na população carcerária

José Alves de Moura Júnior e Kayo Adriano de Moura Costa Cardoso, 514.

Das organizações criminosas no sistema prisional brasileiro

Gustavo Antônio Meireles Melgar Oiola, 533.

O princípio da moralidade como fundamento de controle dos atos administrativos na ação popular

Caroline Moura e Tawaraya, 556.

Necessidade de criação de intervenções jurídicas e psicossociais para o psicopata no ordenamento brasileiro

Ana Leide Alves Coelho da Mata e Larissa Carvalho De Almeida, 570.

A proteção de dados pessoais e a publicidade no processo judicial eletrônico

Amanda Nogueira Magalhães Alves Dias, 587.

Cadeia de custódia da prova na investigação criminal em ambiente digital

Miguel das Chagas Brito Filho, 603.

A 'Lealdade Institucional' e o positivismo jurídico inclusivo. Como 'salvar' o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa?

Berilo Pereira da motta Neto, 620.

A (des)caracterização da improbidade administrativa e seus efeitos aos servidores públicos estatutários federais no processo administrativo disciplinar

Jonnilton Gomes, 633.

Abandono afetivo inverso e a proteção legal brasileira

Iara Eliza Oliveira Pinheiro e Yougovic Soares Taveira, 657.

O home office nas relações de trabalho em empresas privadas e seus impactos na pandemia da covid-19 no Brasil

George Aires Ramalho, 682.

Estupro de vulnerável em ambiente intrafamiliar e os meios probatórios para condenação

Adriane Marques Machado, 707.

A proteção de dados como direito fundamental e a efetivação da LGPD nas instituições de ensino

Gizelle Gomes Carvalho e Sonilene Mendes Cordeiro, 772.

Os conceitos de dano no ordenamento jurídico brasileiro e a autonomia do dano existencial

Juliana Góes Rocha, 744.

Reintegração de posse em invasões coletiva: direito de propriedade contra o direito de moradia

Milena Costa rodrigues e Elzivan Manoel da Rocha Teles, 762.

A ressocialização do preso no Sistema Penitenciário do Estado do Tocantins

Manoel dos Reis Alves de Sousa e Edy César dos Passos Junior, 794.

Feminicídio no Brasil

Fernanda Alves Rodrigues, 809.

NFTS – NEGOCIAÇÕES MILIONÁRIAS E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

GUILHERME MOLINARI:

Advogado do Battaglia & Pedrosa Advogados. Graduado em Direito pela FADI – Faculdade de Direito de Sorocaba. Pós-graduando em Processo Civil pela FGV-LAW .

Inicialmente, para que se possa falar sobre as relações dos NFTs (Non Fungible Token, cuja tradução é “Token Não Fungível”) no mercado e no direito, cumpre esclarecer, primeiramente, o que é NFT:

Como o próprio nome diz, NFT é um Token cujos códigos que o “formam” o tornam essencialmente único. Ou seja, o NFT garante ao seu proprietário a sua autenticidade, e, portanto, pode-se dizer que o proprietário é o seu único dono, seu legítimo detentor.

Bens fungíveis são bens que podem ser substituídos por outros iguais / semelhantes / equivalentes, e, portanto, em sentido contrário, os bens não fungíveis, são bens que não podem ser substituídos, pois são únicos.

Com efeito, os NFTs têm como base a tecnologia blockchain, e, portanto, são imutáveis, rastreáveis e à prova de duplicidade.

Além disso, os NFTs podem representar as mais diversas coisas do mundo digital, desde obras de arte, músicas, cards digitais, vídeos, até memes, tweets e personagens ou itens em jogos virtuais.

O que isso significa? Que um NFT, por ser único, imutável, rastreável, à prova de duplicidade, funciona, portanto, como uma forma de “item único registrado”, e não pode ser copiado / clonado, motivos pelos quais a tecnologia está cada vez mais em alta no em diversas frentes de mercado.

NEGOCIAÇÕES MILIONÁRIAS

Com relação ao mercado, vale esclarecer que NFTs podem ser negociados em diversas plataformas como, por exemplo, OpenSea, Ethereum, dentre outras, e essas negociações podem chegar à valores milionários.

Nesse sentido, a recente notícia do site livecoins.com.br¹ informa que no dia 31 de julho de 2021 o volume de negociações na plataforma OpenSea atingiu 35 milhões de dólares, e no dia 01 de agosto de 2021, atingiu 49 milhões de dólares.

Nessa mesma notícia, há a informação de que um NFT, que já foi vendido anteriormente por sete milhões de dólares, foi colocado à venda, novamente, por 90,5 milhões de dólares.

Com efeito, fica claro que esse é um mercado extremamente abrangente, todavia, vale ressaltar que pode ser extremamente volátil também, e, portanto, merece estudo e dedicação de quem irá se aventurar por ele.

DA RELAÇÃO DOS NFTS COM O MUNDO JURÍDICO

Existem diversas implicações dos NFTs no mundo do direito, todavia, algumas dessas principais implicações são referentes ao direito de propriedade intelectual, direito contratual, direito penal e direito tributário.

À título exemplificativo, os NFTs de obras de artes, músicas, vídeos e fotos, se relacionam muito intimamente com o direito de propriedade intelectual, ao passo que existem diversos cenários em que há discussões sobre os limites de “exploração” desses NFTs.

Com efeito, esses NFTs podem estar sujeitos, para exploração, à autorização do autor do conteúdo que o NFT representa, por exemplo.

Vale ressaltar que não há no Brasil nenhuma Lei específica acerca de criptoativos, motivo pelo qual se faz necessário observar outras Leis, já existentes, para regulamentar e estabelecer limites acerca da exploração de NFTs.

UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A (IN)APLICABILIDADE DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO NO FURTO QUALIFICADO

FERNANDA SILVA MARCIÃO:

Advogada e servidora pública. Formada em Direito pela Universidade Federal do Pará e pós-graduada em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Possui atuação cível, penal, consumerista e administrativa

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar o conceito do crime de furto, suas modalidades e a controvérsia doutrinária e jurisprudencial existente a respeito da aplicabilidade ou não da majorante do repouso noturno ao furto qualificado. O estudo foi realizado como forma de ensejar a discussão sobre a recente superação jurisprudencial por parte do Superior Tribunal de Justiça, no que tange à inaplicabilidade da causa de aumento do repouso noturno ao furto qualificado, contribuindo para elucidação da *ratio decidendi* empregada pelo Tribunal no julgamento do Tema nº 1087 e esclarecendo acerca da aplicação do entendimento às instâncias ordinárias. O método dedutivo foi utilizado no trabalho, tendo sido realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema em foco. Ao final, observou-se que o *overruling* realizado pelo STJ pode demonstrar, finalmente, uma tendência jurisprudencial em afastar o indevido *bis in idem* e a violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que decorrem da aplicação cumulativa entre a majorante e as qualificadoras, em que pese não haja, até o presente momento, posição pacificada no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: crimes patrimoniais; furto qualificado; repouso noturno; inaplicabilidade; Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O CRIME DE FURTO: PREVISÃO LEGAL, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS. 2. A QUESTÃO TOPOGRÁFICA ENQUANTO TESE DEFENSIVA. 3. O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO DO TEMA Nº 1087. 4. O OVERRULING JURISPRUDENCIAL DO STJ E A ATUAL INAPLICABILIDADE DA MAJORANTE DO §1º AO FURTO QUALIFICADO (§4º). CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, é importante destacar que há, no Código Penal Brasileiro, título específico prevendo os Crimes contra o Patrimônio, já que esses diferem-se de outras espécies delituosas com base no bem jurídico tutelado, o qual é, em última análise, o patrimônio, ainda que, eventualmente, possa atingir a outros bens de maneira reflexa.

Sendo assim, os delitos patrimoniais consistem em condutas típicas, ilícitas e culpáveis, nas quais há a prática de atos direcionados ao atingimento da propriedade privada e, geralmente, possuem um potencial ofensivo reduzido, relacionando-se à criminalidade desorganizada e à sua obra tosca, reforçando estereótipos de classe, gênero e raça e contribuindo, em grande medida, para a manutenção da seletividade do sistema penal.

Nesse sentido, as agências de controle social formal possuem uma clientela preferencial muito bem definida e acabam direcionando seu poder punitivo a esse público, utilizando-se, para tanto, de movimentos sociais e criminológicos de aumento do poder punitivo - tais como a Lei e Ordem e a Tolerância Zero - que buscam majorar as penas abstratamente cominadas aos delitos, endurecer regimes de cumprimento de pena e dificultar o gozo de benefícios da execução penal, como se essa estratégia pudesse efetivamente reduzir significativamente a criminalidade tosca.

Desse modo, há uma ampla previsão legal sobre causas de aumento de pena, qualificadoras e até mesmo circunstâncias que tornam a natureza jurídica dos delitos em hedionda – refletindo, assim, em todo o regime de execução penal – no que se refere aos crimes patrimoniais, tais como no furto, no roubo, na extorsão e no estelionato, ensejando, não raras vezes, punições que fogem ao razoável.

Sendo assim, o presente artigo buscará analisar a possibilidade (ou não) de cumulação entre a causa de aumento de pena do repouso noturno e as qualificadoras previstas para o furto e o entendimento dos Tribunais Superiores a respeito.

1. O CRIME DE FURTO: PREVISÃO LEGAL, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS

O crime de furto está previsto no artigo 155 do Código Penal, dentro do título dos Crimes contra o Patrimônio, demonstrando essa natureza jurídica, devido ao bem jurídico que visa atingir, e possui, via de regra, a ação penal de natureza pública incondicionada¹.

¹ Poderá ser também de natureza privada subsidiária da pública em havendo inércia por parte do órgão acusatório e interesse do ofendido, nos termos do art. 29 do Código de Processo Penal.

Traduz-se em uma conduta que objetiva a subtração de coisa alheia – que é a pertencente a outrem² - móvel – aquela que pode ser removida sem sua desnaturação³ - sem o emprego de violência ou grave ameaça, com o elemento subjetivo do tipo dividindo-se em geral – *animus furandi*, ou seja, dolo de furtar – e específico - *animus rem sibi habendi*, o qual reside no fim de assenhoreamento definitivo do bem, motivo pelo qual o furto de uso é considerado fato atípico, já que carece do dolo específico em questão.

Observa-se que o delito difere-se do roubo, previsto no art. 157 do CP, pois este pressupõe o emprego de violência ou grave ameaça para consecução do resultado.

Ademais, ressalta-se que, de acordo com a doutrina majoritária⁴ e a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, adota-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da *apprehensio (amotio)*, segundo a qual o furto se consuma no momento em que cessa a clandestinidade por parte do agente - quando esse consegue deslocar o bem do local onde se encontrava, ainda que seja imediatamente perseguido e preso, sendo desnecessárias a posse mansa e pacífica e a retirada da esfera de vigilância da vítima.

Outrossim, a previsão legal do furto conta com privilegiadora, qualificadoras e majorante, dentre as quais buscar-se-á analisar mais detidamente a que decorre do repouso noturno, prevista no §1º do art. 155 do CP, e o furto qualificado, previsto no §4º do mesmo dispositivo, verificando sua (in)compatibilidade.

Quanto à causa de aumento de pena em questão, deve-se observar que incidirá na terceira fase da dosimetria penal, majorando a pena em um terço se o crime é praticado durante o repouso noturno – período da noite no qual, via de regra, as pessoas recolhem-se para dormir, pressupondo uma debilidade de vigilância e facilidade para execução do delito.

Por sua vez, os incisos previstos no §4º do art. 155 – quais sejam: a destruição ou rompimento de obstáculo; o abuso de confiança, a fraude, a escalada ou a destreza; o

² A coisa sem dono (*res nullius*) e a coisa própria não podem ser objeto de furto. In: SALIM, Alexandre; DE AZEVEDO, Marcelo André. **Direito Penal – Parte Especial – Dos Crimes contra a Pessoa aos Crimes contra a Família**. Volume 2. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 260.

³ *Ibidem*, p. 261.

⁴ SANCHES, Rogério Cunha. **Manual de Direito Penal - Parte Especial (Arts. 121 ao 361)**. Volume Único. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

emprego de chave falsa; ou mediante o concurso de duas ou mais pessoas – qualificarão o delito, cominando-se pena mais gravosa a tais hipóteses (reclusão de dois a oito anos).

Diante do exposto, percebe-se que a aplicação cumulativa entre os parágrafos mencionados conduz à pena excessivamente elevada e manifestamente desproporcional, razão pela qual começou a ser questionada nos Tribunais.

2. A QUESTÃO TOPOGRÁFICA ENQUANTO TESE DEFENSIVA

A despeito da questão controversa sobre a inaplicabilidade da majorante do repouso noturno ter restado unanimemente decidida no julgamento do Tema nº 1087 do STJ, em sede de recursos repetitivos, há muito já era amplamente discutida em sede doutrinária e jurisprudencial.

Uma das principais teses para sua inaplicabilidade residia justamente na questão topográfica dentro do Código Penal. Isso porque a causa de aumento de pena foi inserida em parágrafo anterior ao que dispõe sobre as qualificadoras, possibilitando o desenvolvimento de tese defensiva segundo a qual tal fato denotava uma clara intenção do legislador em afastar a aplicação da majorante a essa modalidade delituosa.

A despeito dessa corrente doutrinária, existia outra que alegava que a divergência topográfica decorria meramente de uma questão de organização textual.

Certo é que a discussão era bastante controvertida, com decisões jurisprudenciais em ambos os sentidos, embora a tese da questão topográfica não prevalecesse na prática, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 130.952, julgado em 2016.

Não convence a tese de que a majorante do repouso noturno seria incompatível com a forma qualificada do furto, a considerar, para tanto, que sua inserção pelo legislador antes das qualificadoras (critério topográfico) teria sido feita com intenção de não submetê-la às modalidades qualificadas do tipo penal incriminador.

Se assim fosse, também estaria obstado, pela concepção topográfica do Código Penal, o reconhecimento do instituto do privilégio (CP, art. 155, § 2º) no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º) -, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade desses dois institutos.

Inexistindo vedação legal e contradição lógica, nada obsta a convivência harmônica entre a causa de aumento de pena do

repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) e as qualificadoras do furto (CP, art. 155, § 4º) quando perfeitamente compatíveis com a situação fática.

STF. 2ª Turma. HC 130952, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13/12/20165.

A partir dessa controvérsia recorrente surgiu a necessidade de afetação do Tema nº 1087 do STJ, visando à pacificação da questão.

3. O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO DO TEMA Nº 1087

Anteriormente à decisão sobre o tema ora tratado, o STJ possuía diversos precedentes que sustentavam que a aplicação da causa de aumento de pena no furto qualificado justificava-se tão somente pelo cometimento do delito no período noturno, já que haveria uma maior facilidade para seu sucesso em razão da precariedade da vigilância nesse momento, sendo irrelevante apurar se as vítimas de fato encontravam-se dormindo ao tempo do fato ou em qual local o crime ocorreu.

Para a configuração da circunstância majorante do § 1º do art. 155 do Código Penal, basta que a conduta delitiva tenha sido praticada durante o repouso noturno, dada a maior precariedade da vigilância e a defesa do patrimônio durante tal período e, por consectário, a maior probabilidade de êxito na empreitada criminosa, sendo irrelevante o fato das vítimas não estarem dormindo no momento do crime, ou, ainda, que tenha ocorrido em estabelecimento comercial ou em via pública, dado que a lei não faz referência ao local do crime.

STJ. 5ª Turma. AgRg-AREsp 1.746.597-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 17/11/2020.

STJ. 6ª Turma. AgRg nos EDcl no REsp 1849490/MS, Rel. Min. Antonio Saldanha, julgado em 15/09/2020.

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, STF. **Habeas Corpus nº 130.952/MG**, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13/12/2016. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772644896/habeas-corpus-hc-130952-mg-minas-gerais-0007605-8320151000000/inteiro-teor-772644906?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30/05/2022.

Alegavam ainda que, por se tratar de circunstâncias aplicáveis em momentos diferentes da dosimetria penal, não haveria de se falar em indevido *bis in idem* na cumulação entre as duas.

Ademais, a tese defensiva da incompatibilidade decorrente da posição topográfica da majorante do § 1º também não encontrava expressiva aceitação jurisprudencial, sendo considerada absolutamente minoritária.

Nesses termos entendeu o STF, em sede de julgamentos de Habeas Corpus⁶, quando fixou a legitimidade da incidência da causa de aumento de pena por crime cometido durante o repouso noturno no caso de furto praticado na forma qualificada.

No entanto, em virtude de ampla irresignação defensiva, a questão seguiu sendo contestada nos Tribunais, fazendo com que, em virtude dos princípios da economia processual, da celeridade, da eficiência e da segurança jurídica, surgisse a necessidade de afetar-se o tema para ser julgado em sede de recursos repetitivos.

4. O *OVERRULING* JURISPRUDENCIAL DO STJ E A ATUAL INAPLICABILIDADE DA MAJORANTE DO §1º AO FURTO QUALIFICADO (§4º)

Na última quarta feira, 25/05/2022, o STJ finalmente julgou o Tema nº 1087, decidindo, acertadamente, que não é possível a incidência da majorante do repouso (art. 155, §1º, do CP) noturno em furtos qualificados (art. 155, §4º, do CP), devendo a decisão ser necessariamente observada pelas instâncias ordinárias e representando verdadeiro *overruling*, ou superação jurisprudencial, uma vez que, até então, os Tribunais Superiores entendiam de maneira contrária.

O voto do relator, Ministro João Otávio de Noronha - que considerou o aumento de pena nessas circunstâncias apto a ensejar punições desproporcionais - foi unanimemente acatado pelos demais Ministros do STJ.

Desse modo, a inaplicabilidade da majorante ao furto qualificado não foi rechaçada pela tese da posição topográfica, mas sim pelo fato de que as duas hipóteses decorrem, em verdade, do mesmo motivo.

⁶ *Ibidem*.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, STJ. 6ª Turma. **Habeas Corpus nº 306450-SP**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 4/12/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865097634/habeas-corpus-hc-306450-sp-2014-0260612-2>. Acesso em: 30/05/2022.

Ora, o furto praticado durante o repouso noturno é punido mais gravemente porque diminui a capacidade de vigilância da vítima e amplia a possibilidade de sucesso da empreitada criminosa, enquanto as qualificadoras, quaisquer que sejam, atuam de maneira similar, uma vez que o resultado será o mesmo: ocasionarão uma facilidade maior para a subtração do bem.

Sendo assim, punir o agente duas vezes por sua intenção de reduzir a vigilância da vítima e facilitar a subtração do bem enseja o vedado *bis in idem*, além de também conduzir à aplicação de uma pena manifestamente desproporcional se fixada de *per si* – sem a análise de circunstâncias do caso concreto que, eventualmente, permitam a exasperação da pena.

De qualquer modo, o Tribunal ressaltou que na hipótese do fato de a conduta ser cometida a noite gerar concretamente uma maior gravidade ao crime, essa circunstância deverá ser sopesada pela autoridade judiciária como uma circunstância judicial negativa, capaz, tão somente, de aumentar a pena-base na primeira fase da dosimetria penal, nos termos do art. 59 do Código Penal.

CONCLUSÃO

Após a análise sobre o crime de furto e considerando os efeitos penais estigmatizantes e desproporcionais que decorrem da aplicação cumulativa entre a majorante do repouso noturno e das qualificadoras, conclui-se que a mudança jurisprudencial adotada pelo Superior Tribunal de Justiça não apenas foi acertada, como também se fazia necessária para se coadunar com princípios básicos do processo penal democrático, tais como o da proporcionalidade, da razoabilidade, da individualização da pena e da vedação às penas perpétuas, conforme previsão no art. 5º, XLVI e XLVII, alínea b, da Constituição Federal.

Ademais, a despeito de, até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal só ter apreciado o tema em sede de Habeas Corpus individuais, na prática o entendimento cunhado pelo STJ no julgamento do Tema nº 1087 prevalecerá, tendo em vista que essa decisão tem caráter mais favorável ao réu, de modo que o Ministério Público não conseguirá suscitar a discussão e posterior pacificação no STF, já que, por inexistir afronta direta à Constituição no caso, é incabível a interposição de Recurso Extraordinário.

Sendo assim, na realidade, a decisão tomada em 25/05/2022 possui, verdadeiramente, um caráter de definitividade sobre o tema – ao menos até então – devendo ser acatado pelas instâncias ordinárias e, assim, servindo para evitar penas desproporcionais e desarrazoadas e possibilitando a sua efetiva individualização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 31 de maio de 2022.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 de maio de 2022.

_____. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 31 de maio de 2022.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. **Economia política da pena: contribuições, dilemas e desafios**. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/52261>. Acesso em: 07 de março de 2022. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/52261.

SALIM, Alexandre; DE AZEVEDO, Marcelo André. **Direito Penal – Parte Especial – Dos Crimes contra a Pessoa aos Crimes contra a Família**. Volume 2. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

SANCHES, Rogério Cunha. **Manual De Direito Penal - Parte Especial (Arts. 121 ao 361)**. VOLUME ÚNICO. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, STF. **Habeas Corpus nº 130.952/MG**, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13/12/2016. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772644896/habeas-corpus-hc-130952-mg-minas-gerais-0007605-8320151000000/inteiro-teor-772644906?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

_____, STF. **Habeas Corpus nº 180.966, Agravo Regimental**, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em: 20/04/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15960877/habeas-corpus-hc-180966>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, STJ. 6ª Turma. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1849490/MS**, Rel. Min. Antonio Saldanha, julgado em 15/09/2020. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d5da28d4865fb92720359db84e0dd0dd>. Acesso em: 31 de maio de 2022.

_____, STJ. 5ª Turma. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.746.597-SP**, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 17/11/2020. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d5da28d4865fb92720359db84e0dd0dd>. Acesso em: 31 de maio de 2022.

_____, STJ. 6ª Turma. **Habeas Corpus nº 306450-SP**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 4/12/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865097634/habeas-corpus-hc-306450-sp-2014-0260612-2>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Entrevista conduzida por Tamires Maria Alves e Gabriela Laura Gusis**. Revista Estudos Políticos: a publicação eletrônica semestral do Laboratório de Estudos Hum(e)anos (UFF). Rio de Janeiro, Vol. 8 | N. 2, pp. 04-10, Dezembro 2017. Disponível em: <http://revistaestudospoliticos.com>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Caps. I, II e IV.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual De Direito Penal Brasileiro**. Volume 1 - parte geral. – 7 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

A PANDEMIA DO COVID 19 E A UNIVERSALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL: EXPOSIÇÃO CAÓTICA DOS DIREITOS SOCIAIS.

MARCELO BATISTA GONÇALVES:

Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Pará e graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará. Membro do Ministério Público do Estado do Pará desde 01/01/1993.

Resumo: O presente artigo trata sobre a problematização da universalização do saneamento básico no Brasil, que com a pandemia pelo Covid-19, cientistas alertaram sobre a relação direta da proliferação do novo coronavírus com ausência de saneamento básico. Nesta oportunidade, foi constatado que cem milhões de brasileiros vivem sem rede coletora de esgoto e outros trinta e cinco milhões vivem sem acesso à água potável. A situação viola os direitos humanos na essência da tutela do mínimo existencial para uma vida digna, razão pela qual normas legais foram criadas em busca de diretrizes para melhor cumprimento da implantação do saneamento. Para lidar com essa questão, é fundamental investigar minuciosamente as normas que regem o saneamento básico, o saneamento no Brasil, direitos fundamentais e o poder discricionário, Covid-19 e o saneamento. Os resultados demonstram que o problema não decorre apenas da insuficiência de recursos financeiros, mas principalmente de outros fatores como a falta de vontade política e decisões judiciais vacilantes. De tudo isso há constatação que com a pandemia Covid-19, o caos do saneamento básico no Brasil ficou exposto.

Palavra-chave: Covid-19. Saneamento Básico. Direitos Sociais. Caos.

Abstract: This article deals with the problematization of the universalization of basic sanitation in Brazil, which with the Covid-19 pandemic, scientists warned about the direct relationship of the proliferation of the new coronavirus with the absence of basic sanitation. On this occasion, it was found that one hundred million Brazilians live without a sewage system and another thirty-five million live without access to drinking water. The situation violates human rights in the essence of protecting the existential minimum for a dignified life, which is why legal norms were created in search of guidelines for better compliance with the implementation of sanitation. To deal with this issue, it is essential to thoroughly investigate the rules that govern basic sanitation, sanitation in Brazil, fundamental rights

and discretionary power, Covid-19 and sanitation. The results show that the problem does not stem only from insufficient financial resources, but mainly from other factors such as lack of political will and vacillating judicial decisions. From all this, it is clear that with the Covid-19 pandemic, the chaos of basic sanitation in Brazil was exposed.

Keywords: Covid-19. Basic Sanitation. Social rights. Chaos.

Sumário: 1 Introdução. 2 Saneamento Básico no Brasil. 3 Covid 19 e o Saneamento Básico. 4 Direitos Fundamentais e o Poder Discricionário. 5. Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

Diante do cenário que o Brasil atravessou e ainda se encontra em meio à pandemia da Covid-19 (Sars-CoV-2), a universalização dos serviços básicos de saneamento com esgotamento sanitário, abastecimento de água, manejo de resíduos sólidos e drenagem urbana, tem sido alguns dos motivos de grande debate na sociedade em virtude da ausência desses serviços na maioria das cidades do Brasil, mormente nas regiões norte e nordeste e periferias das grandes cidades, pois a expansão do contágio do vírus encontra-se intimamente relacionada à essas condições que não permitem que as pessoas cumpram o mínimo de higienização e que o vírus se propaga em meio ao esgoto a céu aberto e água potável para higienização.

Não por acaso que matérias jornalísticas noticiam que a falta de saneamento dificulta combate à pandemia, dizem especialistas, com os seguintes destaques:

A Covid-19 reforça o que os especialistas já ressaltam há muito tempo. O saneamento básico deve ser prioridade de qualquer nação interessada a reduzir as abissais diferenças entre a população mais abastada e os mais pobres. Portanto, deve ser uma política permanente de Estado, independente do governo de plantão. Os prejuízos causados pela falta de tratamento adequado do esgoto e de abastecimento de água tratada, principalmente com a pandemia desse novo coronavírus, são incalculáveis.

Para alcançar a universalização desses serviços, todas as esferas governamentais têm o desafio de contribuir para um planejamento minucioso, de curto, médio e longo prazo. Ele deve ser capaz de

atender às demandas regionais, embasado em informações consistentes dos mais de 5.500 municípios brasileiros. O enfrentamento a pandemia da Covid-19 poderia ser menos traumático se o país contasse com melhores condições de infraestrutura na área de saneamento. Essa é uma lição que não podemos esquecer e precisamos transformar esse aprendizado em política eficaz capaz de reverter os péssimos indicadores que ainda colecionamos na área. (PLADEVALL, 2022).

O novo marco regulatório do saneamento, sancionado pela Lei Federal nº 14.026/2020, com publicação datada em 16 de julho de 2020, com vigência a partir desta data, tem como objetivo atualizar o marco legal do saneamento básico e, entre outras alterações, pretende aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País estabelecidas na Lei nº 11.445/2007 (diretrizes nacionais para o saneamento básico). A lei foi recepcionada com muito gáudio pelos meios políticos e a imprensa em geral, como o grande avanço rumo à universalização e qualidade da prestação dos serviços de saneamento básico, com a meta de se alcançar a universalização até 2033, garantindo que 99% da população brasileira tenha acesso a água potável e 90% do tratamento e a coleta de esgoto, conforme preconiza a lei:

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (BRASIL, 2007).

Todavia, diante da ação governamental em propagar que além de universalizar o saneamento básico no Brasil, o novo marco contribuirá para revitalização de bacias hidrográficas, conservação do meio ambiente, redução de perdas de água e principalmente aquecer a economia e gerar empregos, com a participação da iniciativa privada sem qualquer entrave burocrático, enfim, em meio a essa euforia incontida demonstrada pelo Governo, deve-se analisar com bastante cautela e serenidade a situação quando se tem de um lado um direito fundamental modelado pelo princípio da dignidade humana e de evidente aplicação imediata, hoje, mais do que nunca, premente em razão da pandemia

do Covid-19, e do lado oposto, a postergação da efetivação desse direito para o ano de 2033, com possibilidade para 2040⁷ (BRASIL, 2007).

O que se pretende no presente artigo perpassa a simples efetividade imediata do saneamento básico em virtude da pandemia do Covid-19, mas também adentrar na situação atual do saneamento básico no Brasil, com a ausência de comprometimento das autoridades na resolutividade imediata do problema, sem deixar de visualizar o atual estágio da pandemia e a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial que é o núcleo da essência que autoriza a exigibilidade deste direito e, por fim, os direitos fundamentais e o poder discricionário do agente político na condução desses direitos ante os efeitos da pandemia da covid-19.

Tudo isso sem esquecer a dicotomia posta ao Judiciário do princípio do mínimo existencial do ser humano para uma vida digna e a teoria da reserva do possível, em virtude dos ínfimos recursos orçamentários disponíveis para se observar se com a pandemia do Covid-19 houve aceleração no.

2 Saneamento Básico no Brasil

O Artigo 23 da Constituição Brasileira, em seu inciso IX, estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, sendo que a regulamentação para gerir o saneamento básico no Brasil encontra-se na Lei 11.445/2007, hoje atualizada pela lei 14.026/2020 (novo marco legal do saneamento básico), onde constam as diretrizes nacionais para o saneamento básico em que todos os entes federativos possuem responsabilidades no trato da universalização do saneamento básico. (BRASIL, 2020).

A Lei 11.445/2007, lei do Saneamento Básico Nacional, que é o marco regulatório, definiu as diretrizes para o Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab), onde constam os princípios que devem ser seguidos pelos titulares dos serviços, os prestadores de

⁷Lei 11.445/2007, art. 11-B, § 9º - Quando os estudos para a licitação da prestação regionalizada apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da universalização na data referida no caput deste artigo, mesmo após o agrupamento de Municípios de diferentes portes, fica permitida a dilação do prazo, desde que não ultrapasse 1º de janeiro de 2040 e haja anuência prévia da agência reguladora, que, em sua análise, deverá observar o princípio da modicidade tarifária. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

serviços, agência regulatórias na fiscalização dos contratos e da prestação dos serviços de saneamento, o papel dos Municípios, os Estados-membros e a União, entre outros pontos (BRASIL, 2007).

Destarte, a União tem competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços de saneamento, zelando pela uniformidade regulatória, além de estabelecer as diretrizes gerais para as políticas nacionais, a formulação de programas e plano de saneamento em âmbito nacional, entre outras atribuições. Os Estados-membros possuem competência para estabelecer as políticas estaduais, os serviços e as regulamentações, com a novidade de que passaram a ter titularidade dos serviços em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instruídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum, entre outras atribuições. Os Municípios e o Distrito Federal, possuem a titularidade dos serviços, no caso de interesse local, e a responsabilidade pela elaboração do plano municipal de saneamento, entre outras atribuições.

Assim, definida legalmente as diretrizes do saneamento entre os entes federativos na consecução da implementação e ampliação do saneamento básico no Brasil, isso desde o advento da Lei 11.445/2007, observa-se que com mais de uma década de vigência da lei, temos em nosso País os seguintes dados extraídos do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS, 2020), com referência à população total no Brasil, somente com relação ao abastecimento de água potável por rede geral e atendimento total com serviço de esgotamento sanitário, com comparativos dos anos de 2014, 2016, 2018 e 2020, a saber:

Índice de Atendimento Total com serviço de abastecimento de água por rede geral de distribuição, em Porcentagem.				
Grandes Regiões	2014	2016	2018	2020
Média do Brasil	83,01%	83,3%	83,6%	84,1%
Norte	54,5%	55,4%	57,11%	58,9%
Nordeste	72,9%	73,6%	74,2%	74,9%
Sudeste	91,7%	91,2%	91,0%	91,3%
Sul	88,2%	89,4%	90,2%	91,0%
Centro-Oeste	88,9%	89,7%	89,0%	90,9%

Fonte: Elaborado pelo autor com base nas informações do SNIS, 2020^a

Índice de Atendimento Total com serviço de Esgotamento Sanitário, em Porcentagem.				
Grandes Regiões	2014	2016	2018	2020
Média do Brasil	49,8%	51,9%	53,2%	55,0%
Norte	7,9%	10,5%	10,5%	13,1%
Nordeste	23,8%	26,8%	28,0%	30,3%
Sudeste	78,3%	78,6%	79,2%	80,5%
Sul	38,1%	42,5%	45,2%	47,4%
Centro-Oeste	46,9%	51,5%	52,9%	59,5%

Fonte: Elaborado pelo autor com base nas informações do SNIS, 2020b

Nesse diapasão, os dados mostram que depois de mais de 10 anos da vigência da lei nº 11.445/2007, seu objetivo maior que é a universalização do acesso ao saneamento básico, com equidade, integralidade, disponibilidade em todas as áreas urbanas, mormente quanto ao abastecimento de água e serviço de esgotamento sanitário, não se tem uma resposta satisfatória em algumas regiões do Brasil e as periferias das grandes cidades (BRASIL, 2007).

As alterações trazidas pela Lei 14.026/2020 (novo marco legal do saneamento básico), entre outras, não buscaram um alternativa concreta e factível com a questão do saneamento básico, concentraram apenas no controle pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) das normas de referências para a regulamentação dos serviços públicos de saneamento básico, zelando pela uniformidade regulatória; ampliaram a titularidade dos serviços de saneamento que agora podem ser exercida também pelos Estados, em conjunto com os municípios que compartilham instalações operacionais, integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum; dispensa da obrigatoriedade do plano municipal de saneamento básico, caso o município esteja inserido na prestação regionalizada de serviços de saneamento, onde o respectivo plano regional suprirá o plano municipal; os contratos de programa (uma espécie de modelo de contrato) para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data da publicação desta lei, permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual, não havendo prorrogação, sendo que os contratos de concessão do serviço serão mediante prévia licitação, com

participação da iniciativa privada em igualdade de condições com as companhias estatais, ficando expressamente vedada a prorrogação de contratos existentes que eram celebrados em sua maioria mediante contrato de programa (prestam o serviço mas não há contrato firmado com o titular), convênios, termo de parceria e contratos precários (BRASIL, 2020).

Tem-se na realidade que a concessão dos serviços públicos de saneamento básico mediante previa licitação, ou seja, em igualdade de condições para a concorrência licitatória foi o maior avanço introduzido pela Lei 14.026/2020, não pelo fato de que, por si só, haverá um incremento de empresas privadas ou companhias públicas estruturadas interessadas no produto “Saneamento Básico”, mas o processo de contratação ficará mais transparente, inibindo os modelos obscuros de contratação de serviços públicos até então existentes (BRASIL, 2020).

Também, pouco crível que a iniciativa privada participará de investimentos arriscado sem que o poder público não participe do risco, ou melhor, do pouco ou quase inexistente lucro no investimento em saneamento básico, mormente em regiões mais carentes e periferias das cidades.

Sobre o assunto, em comentário ao blog do CEE-Fiocruz, o pesquisador da Fiocruz Léo Heller, relator especial das Nações Unidas para água e saneamento, foi bastante claro ao asseverar:

O risco da privatização ocorre em um ambiente de regulação débil, como é a regulação no Brasil, muito recente. Existem reguladores muito despreparados, tecnicamente frágeis. Trata-se de um ambiente que deixa em aberto às empresas privadas o exercício do que elas têm de mais nítido em seu DNA, que é a produção de lucro. Esses riscos para os Direitos Humanos – ou para sua a violação – se apoiam em três pilares: a premissa da maximização de lucros, que caracteriza a ação das companhias privadas; o entendimento do saneamento como um monopólio natural, existindo, assim, uma enorme dificuldade de regular um prestador único, em ambientes em concorrência e monopolista; e a assimetria de poder, em que muitas vezes as companhias privadas são muito poderosas, ou as empresas nacionais com grande capacidade de lobby, são favorecidas em sua relação com governos geralmente frágeis. Qual é a resultante disso? Mais exclusão, ou a não inclusão daquelas populações que sem

acesso aos serviços, além de aumento de tarifas e acessibilidade financeira comprometida. (HELLLER, 2020).

Corroborando com a assertiva de que nem sempre a abertura de investimentos para a iniciativa privada para o trato das políticas sociais é satisfatória, basta lembrar que o modelo empresarial na condução dos serviços de saneamento básico no Brasil há muito vem sendo aplicado, isso desde a época dos Governos Militares, quando foi instituído o Plano Nacional de Saneamento, o conhecido “Planasa”, com financiamento do Fundo de Garantia dos Trabalhadores FGTS, gerido pelo então Banco Nacional de Habitação - BNH, sendo que este sistema criou aportes financeiros para o saneamento, que teve como cerne a criação por parte dos Estados-membros de Companhias estaduais de água e esgoto, que prestariam esses serviços aos municípios e estes, que eram os detentores exclusivos da titularidade dos serviços de saneamento, pela falta de condições de gerir companhias municipais de serviços públicos de água e esgoto, ficavam praticamente sem outra alternativa a não ser aceitar a exploração dos serviços pelas Companhias estaduais. Tinha-se a ideia de que os serviços seriam autossustentáveis, ou seja, a cobrança pelo serviço arrecadaria recursos de maneira tal que desse para pagar a instalação, o funcionamento dos serviços e, também, o capital e os juros do investimento contraído junto ao BNH.

Daí, a intenção de criar esses tipos de companhias estaduais com a lógica empresarial era para torná-las mais atraentes à iniciativa privada, sendo que a primeira normatização para a participação da iniciativa privada foi com o advento da Lei 8.987/1995, chamada Lei das Concessões de serviços públicos às empresas privadas (BRASIL, 1995).

A iniciativa privada foi cada vez mais ampliando sua participação no saneamento, principalmente nos serviços de água e esgoto, em diferentes formas de concessão plena ou de parte do serviço, que se chama de concessão parcial, instituindo-se até a parceria público-privada (PPP), normatizada pela lei federal 11.079/2004, que abriu a possibilidade dessa modalidade de investimento (BRASIL, 2004).

Portanto, como mencionado anteriormente, não há novidade com o chamado “novo marco legal do saneamento básico”, lei nº 14.026/2020, em termos da participação da iniciativa privada, a não ser pelo fato de que agora a concorrência para a prestação do serviço público será em igualdade de condições mediante licitação, o que indica a notória continuidade da desigualdade regional, posto que se anteriormente a iniciativa privada não investia nas regiões mais pobres no Brasil, não seria agora que essa mentalidade iria

mudar sem qualquer atrativo de lucro nessas regiões na perspectiva capitalista das empresas privadas (BRASIL, 2020).

Nem mesmo o chamado “subsídio cruzado”, situação em que municípios cujas as receitas tarifárias não seriam suficientes para cobrir os custos seriam “subsidiados” pelos municipais superavitários deu certo no Brasil, haja vista que este modelo se mostrou inadequado à nossa realidade, pois quase nenhuma Companhia Estadual de Abastecimento é autossustentável via tarifas (CEZARINA, 2015, p. 47).

No próprio SNIS (Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento), de 2020, mostra que a participação das empresas privadas nos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Brasil, em porcentagem, encontram-se no patamar de 8,35% e 3,58%, respectivamente (SNIS, 2020).

Ora, fácil fazer a correlação de que a iniciativa privada tem interesse em empreendimentos que são mais rentáveis. Isto é, fazendo a comparação apenas entre abastecimento de água e esgotamento sanitário, onde o abastecimento encontra-se mais consolidado e estruturado que o esgotamento sanitário.

O certo é que o Estado deve assumir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estabelecidos no artigo 3º, inciso III, da Carta Constitucional, que tem como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988).

3 Covid 19 e o Saneamento Básico

O Brasil já registrou 30.791.220 de casos de contaminação pelo Covid-19, sendo que desses, 12.613 foram registrados nos sistemas nacionais nas últimas 24 horas. As informações sobre o cenário epidemiológico foram atualizadas às 17h30 deste domingo (22/05/2022), por meio de dados enviados ao Ministério da Saúde pelas Secretarias de Saúde estaduais, municipais e do Distrito Federal, conforme o Ministério da Saúde (BRASIL, 2022).

Na mesma pesquisa do Ministério da Saúde, mais de 163,3 milhões de brasileiros já foram imunizados com duas doses da vacina, com distribuição pelo País de mais de 487,7 milhões de doses de vacina covid-19, dessas 431,4 milhões de doses foram efetivamente aplicadas.

Quanto aos óbitos, o País já alcançou a marca de 665.627 mortos por coronavírus, sendo que a média de mortes por dia vem aumentando, com o registro de 99 mortes nas últimas 24 horas e 3.212 permanecem em investigação “Mortis causa” (BRASIL, 2022)

Evidente que um dos fatores desta média tem a ver com a ausência de saneamento básico em algumas regiões. Na reportagem de Kaynã de Oliveira (2020) no Jornal da USP em que cita o estudo realizado por pesquisadores da USP e veiculado no Le “Monde Diplomatique Brasil”, pela professora Larissa Mies Bombardi, do Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da USP e junto a Pablo Luiz Maia Nepomuceno, chegou-se à constatação que a precariedade do saneamento básico pela falta de abastecimento de água adequada e ausência de coleta e tratamento de esgoto está intimamente ligado com o alto número de casos e mortes por covid-19 no País, com destaque nas regiões Norte e Nordeste, especificamente nos Estados do Amazonas e Ceará que com saneamento deficitário, pode ter permitido a proliferação do Covid-19 (BOMBARDI; MAIA apud OLIVEIRA, 2020).

Segundo os pesquisadores, acima citado na reportagem

[...] hipótese se baseia em artigos internacionais que atestam a presença do novo coronavírus nos excrementos humanos, mesmo em casos assintomáticos ou curados e, portanto, o alto número de casos de covid-19 no Amazonas e Ceará pode ter relação com a precariedade do saneamento básico, propiciando a contaminação via oral-fecal das populações que convivem com esgoto a céu aberto ou sem água tratada. (BOMBARDI; MAIA apud OLIVEIRA, 2020).

Pode-se algar que os Estados do sul e sudeste registraram os maiores índices de contaminação confirmados pelo Covid 19, mesmo estando em melhores condições de saneamento básico que os Estados do norte e nordeste. Então, esta relação de precariedade de saneamento com proliferação do vírus não se sustenta. Todavia, a densidade demográfica da região sul e sudeste e bem maior que a do norte e nordeste, bem como por sediarem aeroportos internacionais de grande movimentação, sem qualquer restrição sanitária na maioria dos meses pandêmicos, justificam o maior número de infectados na região sul me sudeste.

E conclui os pesquisadores Bombardi e Maia:

Essa falta de saneamento básico tanto amplifica o número de pessoas infectadas quanto a gravidade dos casos. Acho que tem esses dois elementos juntos. Um que eu chamaria de horizontal e outro que eu chamaria de vertical. O horizontal é esse, esse espraiamento espacial, esse aumento do número de casos, e o vertical é a gravidade da doença em pessoas que estão numa condição ambiental inadequada e vulnerável. (BOMBARDI; MAIA apud OLIVEIRA, 2020).

Não diferente deste entendimento sobre a importância do saneamento básico frente a pandemia, Luís Sérgio Valentim, diretor de Meio Ambiente do Centro de Vigilância Sanitária do Estado de São Paulo, vê o saneamento como ferramenta de saúde preventiva essencial no combate à covid-19 e conta o que espera para o setor no cenário pós-pandemia:

[...] o setor de saneamento ganha um certo protagonismo por conta realmente destas condições e da necessidade de termos acesso à água, serviços de coleta e tratamento de esgoto, drenagem urbana de acordo com a dimensão das nossas cidades, além da coleta e tratamento de resíduos. Então, todos estes fatores ganham de fato protagonismo numa situação pandêmica, como esta que estamos vivendo, sempre alertando à população para a importância dos procedimentos e a utilização dos serviços de saneamento de maneira adequada, dando a devida importância. Mas sem dúvida nenhuma, o setor de saneamento ganha uma relevância bastante grande neste contexto de pandemia. (VALENTIM, 2020).

4 Direitos Fundamentais e o Poder Discricionário

O saneamento básico vinculado diretamente ao direito à saúde, conforme art. 6º/CF que estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, combinado com o art. 200/CF: ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: IV- Participar da formulação da Política e da Execução das Ações de saneamento básico. “Remete-nos para o reconhecimento de um direito fundamental que alcança os direitos humano, que uma vez não respeitado, viola a dignidade da pessoa humana” (CANOTILHO, 1998, p. 259).

Assim, o saneamento básico como corolário da universalização da saúde, é uma condição essencial à dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado, por meio de

políticas públicas, assegurá-lo como direito de todos os cidadãos, sob pena de violar o mínimo existencial para que o ser humano viva com dignidade.

Sem se aprofundar na questão da dignidade humana e o núcleo essencial do mínimo existencial, pois o objetivo do presente artigo não é este, todavia, não se pode deixar de mencionar que o não cumprimento do mínimo existencial em razão da ausência de saneamento básico, viola um dos mais sagrados fundamentos de nossa Constituição de 1988, que é a dignidade da pessoa humana, conforme estabelece o art. 1º, inciso III, da CF (BRASIL, 1988).⁸

No auge do pico da pandemia do covid-19, mais precisamente em 14 de julho de 2020, foi publicado a lei nº 14.026/2020, com mudanças no marco legal brasileiro, conforme anteriormente mencionado e enumeradas as principais mudanças, porém, ao fixar a linha temporal de 2033 e 2040 como limite para alcançar a meta de universalização do saneamento básico (art. 11-B e § 9º), indubitavelmente, a prioridade com a questão do saneamento básico, mesmo diante da pandemia, ficou em um plano secundário nas políticas públicas (BRASIL, 2020).

Ao se falar de universalização do saneamento básico como direito fundamental positivado em nossa Constituição Federal, uma reflexão profunda deve ser feita no sentido de como um direito fundamental de grande alcance não é efetivado de maneira real em nosso País, pois, chega-se a violar a dignidade do ser humano e até o mínimo existencial das pessoas que moram em favelas e periferias dos grandes centros urbanos e das regiões do Brasil menos desenvolvidas, como no caso do norte e nordeste, situação que traz um grande custo humanitário com proliferações de doenças, inclusive COVID-19, baixa qualificação em termos de escolarização, trabalho e renda, com baixo padrão de vida, e mesmo com essas consequências sociais e econômicas nefastas, ainda há resistência estatal na imediata implementação da universalização do saneamento básico, com o respaldo do que a doutrina denomina “Teoria da Reserva do Possível”, tese que é ainda suscitada para a não implementação imediata desse direito fundamental.

⁸ art. 1º, inciso III, da CF: A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III- a dignidade da pessoa humana.

Para melhor ilustração, a “Teoria da Reserva do Possível”, originária da doutrina alemã, foi aplicada pela primeira vez pela Corte Constitucional daquele país, nos idos da década de setenta, quando estudantes de medicina não conseguiram vagas nas universidades das cidades de Hamburgo e Munique, por conta da limitação de vagas imposta pelo Governo da Alemanha, os estudantes ajuizaram uma ação com base na Constituição que estabelece: “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. (Art. 12, LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, 1949, p. 3).

A Corte Constitucional proferiu decisão no sentido de que o direito a ser prestado pelo Estado aos estudantes, qual seja, vagas nas universidades públicas de Hamburgo e Munique, encontrava-se dependente da reserva do possível, posicionando-se a Corte Constitucional de que os estudantes só poderiam exigir do Estado aquilo que razoavelmente pudesse esperar do Estado, ou seja, foi a pura aplicação do princípio da razoabilidade frente às necessidades da sociedade, sendo que este caso ficou conhecido como o caso “*numerus clausus*”, dado que se discutia a limitação do número de vagas nas universidades públicas de Hamburgo e Munique ante o direito do cidadão alemão escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação (MÂNICA, 2007, p. 169).

Diante desta corrente doutrinária que se originou na Alemanha de relegar aos direitos sociais a condicionante pura e simples da Teoria da Reserva do Possível, tem-se na própria doutrina alemã o entendimento, também, de que no âmbito dos direitos a prestação estatal, na forma de direitos fundamentais sociais, com a incidência do mínimo existencial, a decisão de garantir ou não a proteção deste Direito Social deve se basear na ponderação (sopesamento) de princípios e não pode ser deixado simplesmente ao poder discricionário do Poder Público, podendo haver o controle jurisdicional (ALEXY, 2017, p. 512).

No Brasil, não há consenso quando o assunto versa sobre a imediata implementação dos direitos fundamentais, até em razão da classificação que a doutrina faz dos direitos fundamentais, dividindo-os em gerações ou dimensões pelo marco histórico de cada um, a saber: 1ª geração ou dimensão: direitos civis e políticos, conquistados pelos movimentos de liberdade; 2ª geração ou dimensão: direitos sociais e coletivos, conquistados pelos movimentos sociais, direitos a igualdade e a positivação dos direitos humanos e da dignidade humana e a 3ª geração ou dimensão: direitos transindividuais, os que se referem aos direitos mais amplos e mais recentes, como meio ambiente, infância e juventude, desenvolvimentos dos povos e regiões e os direitos difusos. Há outras classificações,

chegando-se até na 5ª geração ou dimensão, contudo, a divisão clássica é até a 3ª geração ou dimensão.

O doutrinador Paulo Bonavides, assevera:

Na primeira geração estão os direitos da liberdade, que são os direitos civis e políticos. Esses direitos já se solidificaram em sua importância de universalidade formal, galgando lugar de privilégio nas Constituições alinhadas com o conteúdo de tal postulado. (BONAVIDES, 2004, p. 563).

No mesmo sentido, o professor André Ramos Tavares, leciona:

Deve-se registrar que essa tripartição dos direitos fez com que os de primeira dimensão pudessem ser considerados como imediatamente exigíveis e implementáveis, ao passo que os de segunda dimensão necessitariam, para tanto, de uma disponibilidade orçamentária (e política) de cada Estado que os contemplasse em seus textos constitucionais. (TAVARES, 2012, p. 506).

Assim, os direitos sociais, incluindo o saneamento básico, por este ponto de vista doutrinário, estariam sempre a reboque da disponibilidade financeira do poder público para suas implementações, além da vontade política do agente público.

Até com bastante frequência, a jurisprudência pátria chegou a se posicionar no sentido do poder discricionário do Poder Público em escolher a prioridade que deveria ser alocada verbas orçamentárias, no que se refere aos direitos fundamentais que exigem a conduta positiva do Estado.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PODER DISCRICIONÁRIO. ADMINISTRAÇÃO. Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público pleiteia que a municipalidade destine um imóvel para instalação de abrigo e elaboração de programas de proteção à criança e aos adolescentes carentes, que restou negada nas instâncias ordinárias. A Turma negou provimento ao recurso do MP, com fulcro no princípio da discricionariedade, pois a municipalidade tem liberdade de escolha onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e o deve ter

prioridade, não cabendo, assim, ao Poder Judiciário intervir. Precedentes citados: REsp 169.876-SP, DJ 21/9/1998, e Ag no REsp 252.083-RJ, DJ 26/3/2001. REsp 208.893-PR, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 19/12/2003. Segunda Turma - Informativo 196. (BRASIL, 2003).

Contrariando tal entendimento, o doutrinador Wilson Donizetti Liberati, assim ensina:

O Estado não pode praticar atos (administrativos) e realizar serviços públicos que não estejam direcionados à completa satisfação do homem. Em outros modos, o Estado se posiciona vinculadamente à obrigação de cumprimento das normas constitucionais que consagram a primazia do respeito ao homem. O Estado não tem discricionariedade social em relação à proteção de todos os direitos do homem, de tudo aquilo que, genericamente, se costuma dizer da dignidade da pessoa humana. Como os direitos fundamentais gozam de um núcleo indisponível, o Estado sofre limitação pela regra constitucional da dignidade humana. (LIBERATI, 2013, p. 75).

Atualmente, a jurisprudência predominante tem se manifestado no sentido de que os direitos fundamentais, sejam direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, que forem atingidos de forma a violar os direitos humanos e o mínimo existencial, não pode prevalecer a tese da reserva do possível.

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL -1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul objetivando o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, e de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública. 2. Caso em que o Poder Executivo local manifestou anteriormente o escopo de regularizar o sistema de encanamento da cidade. A câmara municipal, entretanto, rejeitou a proposta. 3. O juízo de primeiro grau, cujo entendimento foi confirmado pelo Tribunal de origem, deu parcial procedência à ação

civil pública - limitando a condenação à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto. A medida é insuficiente e paliativa, poluindo o meio ambiente. 4. O recorrente defende que é necessária elaboração de projeto técnico de encanamento de esgotos que abarque outras áreas carentes da cidade. 5. O acórdão recorrido deu interpretação equivocada ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado. 6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública. 7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa - o que não se verifica nos autos. Recurso especial provido." (REsp 1.366.331/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014.) Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa o que não se verifica nos autos. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso especial para condenar o município a elaborar o projeto técnico de encanamento de esgotos no prazo de 60 dias, incluindo, por conseguinte, os valores da realização do projeto na lei orçamentária do exercício financeiro subsequente. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 24 de abril de 2015. MINISTRO HUMBERTO MARTINS Relator. (BRASIL. 2015).

Assim, fica claro que a universalização do saneamento básico é um direito fundamental com essência de direitos humanos, de imediata implementação, necessário para o ser humano viver em um ambiente saudável, com abastecimento de água, esgotamento sanitário e manejo de resíduos sólidos, principalmente diante da pandemia do covid -19 que sua proliferação tem relação com a precariedade do saneamento básico, propiciando a contaminação via oral-fecal das populações que convivem com esgoto a céu aberto ou sem água tratada para o mínimo de higienização, razão pela qual esse direito não pode ficar à mercê de políticas públicas que não atendam essas especificidades.

5 Conclusão

Todo esse entendimento de que o agente político não possui discricionariedade em relação aos direitos fundamentais que atingem o mínimo existencial para uma vida digna da pessoa humana, caso fosse a regra em nosso País, indubitavelmente, o Brasil estaria em uma situação de saúde pública bem melhor, enfrentando-se a pandemia do Covid-19 em todas as suas vertentes. Entretanto, não é o que acontece na realidade, pois, diante da escassez de recursos públicos para efetivar direitos fundamentais de forma concreta, os agentes públicos se valem da cláusula da "reserva do possível".

Nessa relação, pode-se admitir a dicotomia que o poder da discricionariedade administrativa e a implementação das políticas públicas de cunho social nos impõe, sobretudo em relação ao saneamento básico que nos remete ao dilema da tutela do mínimo existencial e a teoria da reserva do possível.

O Poder Judiciário ainda é muito vacilante em reconhecer as garantias fundamentais de cunho social, quando o Estado é demandado para cumprir efetivamente e imediatamente esses direitos sociais, principalmente no caso da universalização do saneamento básico, dando às vezes interpretação jurídica de cunho neoliberal, onde tem prevalecido a teoria da reserva do possível em detrimento da tutela do mínimo existencial, reconhecendo o poder discricionário do agente público no trato dos direitos sociais, principalmente em virtude de disponibilidade orçamentária.

Destarte, a sociedade civil deve ter consciência da tragédia nacional, onde 45% de brasileiros não possuem coleta de esgotamento sanitário, isso em um universo de aproximadamente 220.000.000 (Duzentos e dez milhões) habitantes, significa perto de 100.000.000 (Cem Milhões) de pessoas sem coleta de esgotamento sanitária.

Regiões do Norte e Nordeste, respectivamente, 86,9% e 69,7% sem esgotamento sanitário, pode justificar que os Estados do Amazonas e Ceará, no pico da pandemia Covid-19, foram os mais atingidos proporcionalmente no Brasil.

Também, questão interessante a ser abordada e que embasa muitos argumentos da prevalência da cláusula da reserva do possível perante a tutela do mínimo existencial de uma vida digna da pessoa humana, sob o manto de recursos escassos, confirmando, assim, o poder discricionário do agente público em matéria de direitos sociais, questiona-se como se daria o fluxo de verbas orçamentárias para esse investimento social de volumosa disponibilidade financeira, que, aliás, é discurso político predominante para a participação de investimentos privados, tem-se o seguinte:

Sabe-se que a saúde e a educação possuem gastos mínimos vinculados ao orçamento dos entes federativos, respectivamente, estabelecidos no art. 198, § 2º, I e no art. art. 212, da Constituição Federal.

Ora, fácil perceber que com boa vontade política, por exemplo, um aumento no percentual que incide no orçamento para gastos com a saúde para investimento no saneamento básico, o que se denominou “verbas vinculadas” sem a necessidade de criar impostos, já seria um início promissor para a solução do problema, ou outra forma seria um percentual retirado da fonte geral de recursos dos entes federativos para o saneamento básico de forma exclusiva, o que se restabeleceria de forma correta o sentido da universalização do saneamento básico por ser um direito fundamental de imediata implementação.

A iniciativa privada não possui qualquer interesse em investir em saneamento básico quando já tem a sua disposição mecanismos legais, como a Lei das Concessões de serviços públicos (Lei 8.987/1995) e as Parcerias Público-Privadas-PPP (Lei 11.079/2004), e mesmo assim a participação em abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil chega a 8,35% e 3,58%, respectivamente. Como já tido anteriormente, não seria agora com a inovação trazida pela lei nº 14.026/2020, na igualdade de condições com o poder público, por meio de licitação, que a iniciativa privada participará mais ativamente do processo.

Ademais, mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos que demandam um enorme efeito financeiro, como no caso do saneamento básico, não podem ficar à mercê da existência de orçamento para justificar a não exigibilidade deste direito (Reserva do

Possível), ante o sopesamento do direito fundamental social que atinge o mínimo existencial de uma vida digne da pessoa humana (ALEXY, 2017, p. 513).

Ponto crucial do presente artigo é demonstrar que o direito fundamental ao acesso do saneamento básico pela população deve ser garantido de maneira integral e imediato, sem postergações, sem metas de implementação progressiva que não atingem o objetivo social, que sempre alteram os prazos de implementação universal para além do razoável, com respaldo em teorias que violam a tutela do mínimo existencial e atingem os direitos humanos no que lhe é mais caro: a dignidade da pessoa humana.

Outro ponto relevante do presente artigo é o fosso social, regional e até humanístico que existe no Brasil por conta da ausência do saneamento básico que, além da dignidade humana vilipendiada, torna o combate à proliferação da pandemia Covid-19 (Sars-CoV-2) mais dramática pela ausência de acesso à água potável para higienização e esgoto à céu aberto. A maior contatação é que a Pandemia do Covid-19 expôs a situação caótica dos direitos sociais no Brasil, mormente quanto à universalização do Saneamento Básico.

6 Referências

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2 ed., 5 Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **D.O.U** de 05/10/1988, pág. nº 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23. mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **D.O.U** de 14/02/1995, pág. nº 1917. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em 23.mai. 2022. :

BRASIL. **Ação Civil Pública**. Poder Discricionário. Administração. Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público pleiteia que a municipalidade destine um imóvel para instalação de abrigo e elaboração de programas de proteção à criança e aos adolescentes carentes, que restou negada nas instâncias ordinárias. REsp 169.876-SP, DJ 21/9/1998, e Ag no REsp 252.083-RJ, DJ 26/3/2001. REsp 208.893-PR, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 19/12/2003. Segunda Turma - Informativo 196. Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/jurisprudencia/Compilado-stj.pdfv/>. Acesso em: 25 mai.2022.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **D.O.U** de 31/12/2004, pág. nº 6. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em 23.mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de Janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as leis... **D.O.U** de 08/01/2007, pág. nº 3. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em 23.mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial: Resp 1366337 RS2012/0132465-9**. Publicação: DJ 30.04.2015. Relator Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184882570/recurso-especial-resp-1366337-rs-2012-0132465-9>. Acesso em: 25 mai. 2022.

BRASIL. Lei 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA)... **D.O.U** de 16/07/2020, pág. nº 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm#:~:text=%E2%80%9CEstabelece%20as%20diretrizes%20nacionais%20para,Art. Acesso em 23.mai. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Covid-19: situação epidemiológica do Brasil neste domingo (22). **Governo Federal**, publicado em 22 mai. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/informes-diarios-covid-19/covid-19-situacao-epidemiologica-do-brasil-neste-domingo-22>. Acesso em 23.mai. 2022.

CANOTILHO, J. J. G. C. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CEZARINA, M. N. S., et al.. **Saneamento**: promoção da saúde, qualidade de vida e sustentabilidade ambiental. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.

HELLER, L. Água e saneamento: risco da privatização ocorre em ambiente de regulação débil. **CEE - Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz**, Rio de Janeiro, 29 jun. 2020.

Saúde e Sustentabilidade. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=Agua-e-saneamento-O-risco-da-privatizacao-ocorre-em-um-ambiente-de-regulacao-debil-diz-relator-da-ONU/>. Acesso em: 21.mai.2022.

LEI FUNDAMENTAL da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2022.

LIBERATI, W. D. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MÂNICA, F. B. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.

OLIVEIRA, Kaynã de. Saneamento básico precário facilita proliferação da covid-19 no Brasil.

Jornal da USP, São Paulo, 18 jun. 2020. Atualidades: Especial Saneamentos. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/saneamento-basico-precario-facilita-proliferacao-de-covid-19-no-brasil/>. Acesso em: 23 mai. 2022.

PLADEVALL, L. A Covid-19 e o saneamento. **Gazeta Digital**, Cuiabá, 26 mai. 2022. Colunas e artigos. Disponível em: <https://www.gazetadigital.com.br/colunas-e-opiniao/colunas-e-artigos/a-covid-19-e-o-saneamento/611927>. Acesso em 21 mai. 2022.

SNIS – SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Abastecimento de água – 2020a**. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-abastecimento-agua>. Acesso em 23. mai. 2022.

SNIS – SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Esgotamento Sanitário – 2020b**. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-esgotamento-sanitario>. Acesso em 23. mai. 2022.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALENTIM, L. S. A relação entre o saneamento e saúde pública em tempos de pandemia. **AESABESP - Associação dos Engenheiros da Sabesp**, São Paulo, 09 de julho de 2020. Disponível em: <http://www.aesabesp.org.br/2020/07/09/a-relacao-entre-saneamento-e-saude-publica-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em 23 mai. 2022.

ALTERAÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

FRANCISCO MONTEIRO MACHADO DE CARVALHO:

Bacharelado de Direito pela Universidade Brasil (campus - Fernandópolis)

MÁRCIA KAZUME PEREIRA SATO

(orientadora)

RESUMO: Este artigo versa sobre a Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ferramenta indispensável ao combate à prática de atos ilícitos na gestão pública. Necessário se faz conceituar, sob o ponto de vista doutrinário, o que vem a ser precisamente “improbidade administrativa”. Indubitável que há divergências quanto ao entendimento literário e jurisprudencial, que merecem apreciação. Na busca de desintrincar conflitos, recentemente, em 25 de outubro de 2021, foi sancionada pelo atual Presidente da República a Lei nº 12.230, que realizou alterações significativas e que terão grande impacto na luta pela melhoria da atuação de gestores na administração pública. Os pontos principais dessas alterações serão abordados no presente artigo com o objetivo de analisar sua eficácia no auxílio ao controle da atuação dos agentes públicos no exercício da gestão, bem como sua responsabilização no caso de eventuais equívocos. A metodologia aplicada foi a análise bibliográfica de doutrinas, artigos científicos e as legislações relacionadas ao tema.

Palavras chaves: Agente público; Lei de Improbidade Administrativa; Gestão pública; Atos ilícitos; Sanções.

ABSTRACT: This article deals with the Administrative Impropriety Law, Law nº 8429, of June 2, 1992, an indispensable tool for combating the practice of illegal acts in public administration. It is necessary to conceptualize, from a doctrinal point of view, what is precisely “administrative improbity”. Undoubtedly, there are divergences regarding the literary and jurisprudential understanding, which deserve consideration. In an attempt to disentangle conflicts, recently, on October 25, 2021, the current President of the Republic approved Law nº 12,230, which made significant changes and will have a great impact on the struggle to improve the performance of managers in public administration. The main points of these changes will be addressed in this article in order to analyze their effectiveness in helping to control the performance of public agents in the exercise of management, as well as their accountability in the event of any misunderstandings. The methodology applied was the biographical analysis of doctrines, scientific articles and legislation related to the subject.

Keywords: Public agent; Administrative Misconduct Law; Public administration; Unlawful acts; INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo geral apresentar e conceituar o instituto da improbidade administrativa. De acordo com o dicionário, **improbidade** significa “sem honestidade” ou “falta de moralidade”. Logo, improbidade administrativa é todo ato praticado de forma imoral ou desonesta que de alguma forma prejudica a administração pública.

A Lei de Improbidade Administrativa define as condutas consideradas inadequadas praticadas por agentes públicos ou terceiros envolvidos, e que causem danos à administração pública. Essas condutas podem se manifestar de três formas: atos que causem enriquecimento ilícito, atos que causem prejuízo ao erário, e atos que atentem contra os princípios da administração pública.

O §4º, do artigo 37, da Constituição Federal elenca as sanções aplicáveis aos atos de improbidade, quais sejam: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens, e o ressarcimento ao erário, de acordo com o previsto em lei, e sem prejuízo de ação penal caso esta seja cabível ao caso. O mencionado artigo consagra a diferença dos conceitos de improbidade administrativa e de crime de responsabilidade, vez que tais âmbitos punitivos são autônomos.

Na regulamentação eleitoral, a Lei Complementar nº 135 de 2010 aponta a improbidade como uma das práticas que tornam inelegível um candidato que praticou qualquer das condutas relacionadas, já que a conhecida “Lei da Ficha Limpa” estabelece critérios que impedem uma candidatura ao pleito.

O empossamento e o efetivo exercício do agente público estão condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem seu patrimônio, sendo exigida a atualização anual desta, bem como na data de saída do cargo, emprego, função ou mandato. Caso o agente se recuse a prestar a declaração, ou a preste falsa, será punido com pena de demissão a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Atualmente, para a incidência da Lei de Improbidade Administrativa a conduta deve ser dolosa. Esse é um dos pontos discutidos na Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, a mudança da punição apenas para quem agir com dolo, ou seja, com intenção de lesar a administração pública, deixando de punir o agente que age com imprudência, negligência ou imperícia. Outras mudanças discutidas são limites de prazos para ressarcimento aos cofres públicos, competência, prazo máximo de investigação, fim do tempo mínimo de punição com perda de direitos políticos.

A princípio, no primeiro capítulo faz-se necessário conceituar improbidade administrativa e sua relevância para o ordenamento jurídico brasileiro. É evidente que o agente público deveria antepor à administração pública, representando-a e promovendo o progresso da nação. Não obstante, infelizmente observa-se alguns que se desvirtuam e acabam descumprindo o que se encontra respaldado na Lei de Improbidade Administrativa.

No segundo capítulo são abordados os atos de improbidade, em suas três formas: enriquecimento ilícito do agente público, prejuízo efetivo ao erário e, ainda, atos que atentem contra os princípios da administração pública.

Por sua vez, o terceiro capítulo refere-se às mudanças recepcionadas pela Lei nº 14.230/21, que se fez necessária para atender a aprimoração de legislações, como o Código de Processo Civil, a Lei Anticorrupção e ainda a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Pode-se, brevemente, descrever que a principal alteração diz respeito à comprovação da vontade consciente do agente público para que ocorra a caracterização do ato ímprobo. Dessa forma, compreende-se que desde então, àqueles atos praticados no exercício da função sem a comprovação do dolo não acarretará qualquer responsabilidade.

Para a elaboração do presente trabalho, fez-se necessário a utilização da metodologia de leitura e análise da obra de doutrinadores e sobretudo da legislação abordada. Significativo ressaltar a realização de pesquisa webgráfica, haja vista as contemporâneas modificações.

1. A IMPORTÂNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Preliminarmente, é necessário citar que a probidade administrativa diz respeito à administração voltada para ações que resguardem o erário. Dessa maneira, concebe-se que os agentes públicos deveriam governar com exímia probidade administrativa, ou seja, exercendo suas funções de forma íntegra e honesta, para preservar o bem comum e promovendo o desenvolvimento da sociedade e do País.

De acordo com o entendimento de Meirelles (2000, p. 91), "o dever do probo está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público, como elemento necessário à legitimidade de seus atos".

O integrante da gestão pública, deve sempre priorizar a busca da moral, da ética, do bom senso, com acuidade sob as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto.

Acerca da moralidade, pode-se dizer que essa é a congregação de costumes, deveres e modo de operar dos seres humanos junto aos seus semelhantes. Já no que tange a probidade, essa consiste em honradez, integridade de caráter, honestidade.

Embrenhando ao foco deste trabalho, verifica-se que a improbidade administrativa concerne com a desonestidade ou deslealdade do administrador público, podendo também ser praticada por aquele que não é servidor e que vem a infringir a moralidade pública, bem como qualquer de seus princípios.

1.1 Conceito de Improbidade Administrativa

Observa-se que, segundo o dicionário De Plácido e Silva (2014, p. 1093), improbidade vem do latim *improbitas*, ou seja, má qualidade, imoralidade e malícia. No âmbito jurídico correlaciona-se à desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole e mau caráter. Desta maneira, improbidade vem a ser a qualidade do homem que não procede diligentemente, por não ser honesto; que age indignamente, por não ter caráter e que não atua com decência, por ser amoral. Depreende-se que improbidade é a qualidade do ímprobo.

Caracteriza-se como ato de improbidade, condutas que colidem com a boa-fé, lealdade, honestidade, que venham a favorecer o enriquecimento ilícito, seja nos desvios de verbas, na sua aplicação ilegal, como por exemplo as exigências de propinas ou quesitos que afrontam todo um regimento constitucional, podendo ser de maneira expressa ou implícita, orientando e controlando condutas consideradas inconstitucionais no cargo de função pública, dentro ou fora dela.

Segundo o entendimento de Martins Junior (2001, p. 13), improbidade administrativa:

Significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os valores do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confinados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de preocupação ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou participe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para função pública.

No que se relaciona a probidade exigida, Caetano (1970, p. 684), elenca:

O funcionário deve servir à administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.

Certo de que a doutrina possui diversos apontamentos sobre a percepção do conceito, assim, examina que para Pazzaglini Filho (1996, p. 35):

(...) a improbidade administrativa é um termo técnico para designar corrupção administrativa, adquirindo vantagens indevidas, exercendo funções nocivas e fornecendo empregos públicos a parentes, utilizando para isso o tráfico de influência nas esferas da Administração Pública, favorecendo poucos em detrimento dos interesses da sociedade, concedendo favores e privilégios ilícitos.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, com suas distintas atualizações, dispõe que os atos podem ser observados em três formas – que serão abordados no segundo capítulo –, sendo esses o ato de improbidade de enriquecimento ilícito do agente público, atos que causem prejuízo efetivo ao erário e ainda atos que atentem contra os princípios da administração pública, sendo cabível a aplicação de sanções políticas, civis e administrativas.

A ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos que se mesclam, vez que cada uma possui seu significado. Assim, o que se pode elencar é que a improbidade é quando ocorre uma ilegalidade qualificada com o intuito nocivo do agente, em que esse atua com desonestidade, malícia ou dolo. Dessa maneira, nem todas as vezes que o agente praticar um ato ilegal, ele terá cometido improbidade administrativa.

1.2 Evolução Histórica

Desde o Período Imperial, fez-se imprescindível a criação de legislação que delimitasse e garantisse a defesa de direitos fundamentais dos cidadãos.

Em 1824 foi elaborada a Constituição Política do Império do Brasil. Nesta, em seu artigo 133, constata-se que os ministros do Estado seriam responsáveis por traição, por peita, suborno, ou concussão, por abuso de poder, pela falta de observância da lei pelo

que obrarem contra a liberdade, segurança ou propriedade dos cidadãos e ainda por qualquer dissipação dos bens públicos.

Castro (2000, p. 14) clarifica:

Que a primeira manifestação constitucional sobre a probidade administrativa encontra-se na Constituição Política do Império, de 25.03.1824. O art. 133 fazia referência à peita, ao suborno, à concussão e a dissipação de bens públicos pelos Ministros de Estado. No entanto, o texto constitucional de 1824 não fazia menção às locuções probidade administrativa ou improbidade administrativa, como delito político, o que se constata pela leitura do art. 133, II, VI, daquela carta. Essas expressões passaram a ser empregadas apenas com o advento da república.

Já para Fagundes (1982, p. 16), havia a necessidade de resguardar a questão de conduta moral:

(...) a administração pública fosse poupada a escândalos, não somente a grandeza moral dos estadistas que fizeram a independência e consolidaram o Estado brasileiro, como a presença austera do segundo Imperador, a impor, mediante atos oficiais, comportamento probo na gestão da coisa pública, e a oferecer exemplo pessoal de comedimento nas próprias despesas da Coroa.

Certo que com a constante evolução social, ao longo dos anos, fizeram-se necessárias atualizações junto à legislação para que fosse possível manter a ordem.

A Constituição Federal dispõe em seu texto acerca da improbidade administrativa. O artigo 15 trata da perda ou suspensão dos direitos políticos de forma definitiva, nos casos de cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII e improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Assim sendo, cabe análise do texto artigo 37, conforme a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que precisa sobre o tema abordado:

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também, ao seguinte:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

2.FORMAS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS SANÇÕES

Pode-se enunciar que se depara com a incidência da improbidade administrativa em situações em que em que a gestão pública converte-se em enriquecimento ilícito, causa prejuízo ao erário e atenta contra os princípios da administração pública.

No que eoa a respeito da probidade administrativa, percebe-se que essa possui relação indivisível com a administração pública, que deve ser desempenhada honestamente, buscando a proteção da coisa pública. Nesse sentido, a Constituição Federal previu sanções em caso de sua inobservância, sendo essas relacionadas a condições de elegibilidade e a crimes de responsabilidade do Presidente da República.

2.1 Enriquecimento Ilícito

Primeiramente, é importante discorrer acerca da forma de improbidade que é o enriquecimento ilícito. Segundo entendimento, constata-se que essa é considerada a conduta mais gravosa e com maior índice de reprovabilidade, estando diretamente relacionada com a má gestão e desprimorosa conduta do agente.

O artigo 9º, da Lei nº 8.429/92, elenca sua tipificação e requisitos:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

A função do agente público deve ser desempenhada, indubitavelmente, a serviço da comunidade. No entanto, infelizmente, verificamos em nossa sociedade casos lastimáveis em que o colaborador vem a infringir a legislação e ainda questões financeiras, para ampliar seu patrimônio particular. Dessa forma, esse se encontra devidamente caracterizado na incidência do artigo 9º, haja vista que deixa de exercer sua função, buscando atender unicamente seus próprios interesses, que darão vantagens significantes.

Evidente que para essa postura o agente se vale de sua posição privilegiada que ocupa na esfera pública.

Já era de entendimento doutrinário, antes mesmo das atualizações trazidas pela Lei nº 14.230/21, que para a realização do ato de improbidade administrativa, no que tange ao enriquecimento ilícito do agente ou de terceiro, é indispensável que fique devidamente demonstrado o elemento subjetivo, qual seja, o dolo do agente para a prática do ato ímprobo e em consequência a obtenção da vantagem ilícita.

Neves e Oliveira (2014, p. 80) exprimem que a mera configuração da culpa não é suficiente para que se dê a tipificação do ato ímprobo de acordo com o disposto no artigo 9º, de maneira que há a exigência do dolo do agente, ou seja, a externalização da vontade em obter vantagem que sabe ser indevida.

Havendo a comprovação de que o agente cometeu o ato de improbidade administrativa, devidamente descrito no artigo 9º, da Lei nº 8.429/92, enquadrando-se em uma ou mais de suas modalidades, estará sujeito às sanções previstas no artigo 12, do mesmo dispositivo legal. Nessa situação, poderão ser aplicadas, de forma isolada ou cumulativamente, as seguintes sanções: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

É necessário mencionar que quando delimitado o enriquecimento ilícito, haverá a perda dos bens ou valores acrescidos ao patrimônio do funcionário público que rompeu com o compromisso de suas funções e praticou o ato ímprobo. Poderá ainda ocorrer a indisponibilidade dos bens, como forma de recomposição pela malversação perpetrada.

2.2 Prejuízo ao Erário

Transpondo-se para a proteção e disposição trazida pelo artigo 10, da Lei nº 8.429/92, verifica-se àqueles atos que venham a causar prejuízo ao erário. Vejamos:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

Cabe mencionar que o artigo 10 foi recentemente alterado pela Lei nº 14.230/21 e que sua atual redação admite apenas a modalidade dolosa.

Ao refletir acerca do prejuízo ao erário, é substancial mencionar que o legislador focou-se na preservação do patrimônio público e não apenas em proteger o erário em si, com suas dotações e recursos, como todos os bens e valores que compõem o patrimônio público, estabelecendo que se dê, constantemente, a diligência exigida para a proteção ao patrimônio imaterial, como marcas, patentes, direitos autorais e criações tecnológicas.

À vista disso, haverá a configuração da conduta, qual seja o ato ímprobo, quando se der a circunstância de dano ao patrimônio público em sentido estrito.

Para estar diante da caracterização de improbidade administrativa que causa dano ao erário é prescindível o enriquecimento ilícito por parte do agente público ou de terceiro, sendo totalmente possível que haja prejuízo ao erário sem que o funcionário público tenha se beneficiado indevidamente.

Segundo entendimento de Neves e Oliveira (2014, p. 82), para os atos que causem prejuízos ao erário, podem ser aplicadas as seguintes sanções: ressarcimento integral do dano; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos por cinco a oito anos; pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

A partir da circunstância em que se verifique a improbidade, estando devidamente demonstrado o prejuízo ao erário, admite-se a aplicação das sanções de forma individual ou cumuladas, de maneira que controle a pequena parcela de poder que é outorgada aos agentes públicos em exercício da função e com o resultado de conservar os interesses da administração pública e da coletividade, possibilitando uma indisponibilidade de bens dos autores dos atos ímprobos, de forma a evitar que esses se desfaçam de seus bens e dificultem a execução do Estado, para que este consiga recuperar os detrimientos sofridos.

2.3 Princípios da Administração Pública

Para tratar dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, é preciso iniciar com a informação de que essa maculação é conhecida como ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, haja vista que para sua

caracterização não é necessária a existência de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, sendo suficiente a violação a um princípio administrativo constitucional.

Plausível mencionar que sua caracterização é mais complexa do que as demais hipóteses previstas na Lei nº 8.429/92. Ao deparar-se com o disposto no artigo 11, não há uma descrição exata do que venha a ser um ato de improbidade administrativa por violação ao princípio constitucional.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

Inferese-se que o ato de improbidade administrativa mencionado se trata da conduta do funcionário público e do particular que atue conjuntamente, que resulte em dano a um dos princípios constitucionais administrativos, não se limitando aos princípios explícitos, mas atingindo também os princípios implícitos, acrescentando o elemento volitivo da má-fé.

Examina-se a legislação e observa-se que não há elementos concretos que tipifiquem o ato de improbidade administrativa em razão da violação a deveres como a honestidade e imparcialidade e princípios constitucionais.

Para Sundfeld (2017, p. 214) a previsão legal em comento trazida pela Lei de Improbidade Administrativa era tida, na época de sua sanção, como inócua, pois era muito vaga acerca do que seria considerado ilícito, já que trazia apenas a possibilidade de violação a deveres e princípios, razão pela qual não haveria como ser operacionalizada.

Percebe-se que o ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública é aquele em que o agente deixa de observar princípio constitucional administrativo, seja o da publicidade, legalidade ou moralidade. Nota-se que não há grande dificuldade na caracterização da violação ao princípio da legalidade, já que esta depende da inobservância da legislação. Todavia, em relação a outros princípios, como o da moralidade e o da razoabilidade, atenta-se ao fato de não haver perspicuidade quanto ao seu descumprimento.

Para a configuração da violação a um princípio constitucional, de maneira que se depare com a caracterização do ato de improbidade administrativa, será imprescindível a compreensão dada pelo responsável pela propositura da ação e da interpretação dada pelo julgador.

Conclui-se que não existe um conceito único acerca do que será configurado como violação a um princípio, vez que há brechas para várias interpretações, o que proporciona retornos distintos, diferentemente do que ocorre com a violação de uma norma, razão pela qual o entendimento adequado será resultado da interpretação escolhida por quem julgar o caso concreto.

3. AS ALTERAÇÕES CRIADAS PELA LEI Nº 14.230, DE 25 DE OUTUBRO DE 2021

A Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, foi publicada no diário oficial de 26 de outubro de 2021, e alterou a antiga Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/92, entrando em vigor imediatamente, na data de sua publicação.

Com a vigência e atualização da Lei de Improbidade Administrativa, compreende-se que se deu considerável avanço para o direito administrativo sancionador, de maneira que, de agora em diante, a utilização indiscriminada da administração pública fica impossibilitada, para ocorrências que não sejam extremadas, haja vista que foi estabelecida uma ponderação mais abrangente sobre os casos, de maneira que se faz imprescindível o dolo direto, sendo excluídos os pequenos desregramentos, que não se caracterizam mais como ímprobo.

A recente atualização da Lei de Improbidade Administrativa limitou o poder persecutório estatal, conferindo mais garantias aos acusados, haja vista a notória mudança nos enunciados, deixando os tipos administrativos dos estatutos disciplinares indefinidos, o que exige do aplicador em questão maior atenção ao caso em tela dos ilícitos administrativos.

O que nota-se é que a alteração trouxe que condutas que não expressam infrações graves à ordem administrativa não devem ser classificadas como infração administrativa disciplinar, mas sim meras irregularidades.

É certo que para a correta aplicação da legislação e para que haja a possibilidade de impor sanções, primeiramente a lei precisa descrever fato infracional minuciosamente, bem como todas as circunstâncias e a devida classificação do ilícito.

Devido às transformações, a ação de improbidade administrativa deve observar os seguintes requisitos: individualização da conduta do réu; conjunto probatório mínimo que demonstre a ocorrência das hipóteses dos artigos 9º a 11 da Lei; demonstração de autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado.

Anteriormente à vigência da Lei nº 14.320/21, em atenção ao disposto no artigo 7º, só cabia indisponibilidade de bens nos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º) e que causam Prejuízo ao Erário (artigo 10º). Dessa forma, entende-se que não cabia a indisponibilidade de bens nos atos de improbidade que atentassem contra os princípios da administração pública (artigo 11). Não obstante, o STJ (AgRg no REsp 1311013/RO) já possuía posição diferente acerca do tema, a concluir que a medida cautelar de indisponibilidade dos bens também pode ser aplicada aos atos de improbidade administrativa que impliquem violação dos princípios da administração pública, mormente para assegurar o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, se houver, e ainda a multa civil prevista no artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92.

O princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica, no caso da Lei nº 14.230/2021, pode ser aplicado ao campo administrativo e judicial, conjuntura no qual se incorporam atos ímprobos. Há de ser aplicada a retroatividade mais benéfica, de forma que novas leis que limitem a atividade repressora do Estado devem ter aplicação imediata, como retroagir aos casos em andamento.

Em se tratando de lei mais gravosa, como mostra a Lei nº 8.429/92, quando revogou a Lei nº 4.717/65, em se tratando de fatos anteriores à nova Lei, o Superior Tribunal de Justiça STJ negou a retroatividade da mesma.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizando o presente estudo, conclui-se que no decorrer dos tempos ocorreram imponentes mudanças, seja na sociedade, seja na legislação brasileira vigente.

Na gestão pública atos ilícitos são recorrentes, de maneira que se faz indispensável à Lei de Improbidade Administrativa, visto que essa se mostra ferramenta imprescindível no combate a práticas espúrias na administração pública. Os dados, referente às condenações por atos de improbidade administrativa são preocupantes, vez que segundo o Conselho Nacional de Justiça, nos últimos dez anos se deram mais de dezoito mil sanções. O agente público punido por crime de responsabilidade também pode ser punido por improbidade administrativa.

Apesar de ilícitas, tais práticas não são, necessariamente, consideradas como crimes, já que para isso é preciso que exista legislação estabelecendo sua natureza penal. A improbidade administrativa possui natureza cível, não se podendo dizer que tenha cometido crime o agente que responde por tal conduta, embora esse esteja sujeito às sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica independentemente das sanções cominadas por improbidade, de acordo com o disposto no artigo 12, da Lei nº 8.429/92.

Argumentos a favor da mudança defendem a necessidade das alterações em vista de abusos e injustiças cometidos pela Lei em face de gestores públicos os quais consideram a legislação atual um desafio para a administração pública. Entretanto, há justificativas contra as mudanças, que alegam a necessidade de responsabilização dos gestores por erros que causem prejuízo aos cofres públicos, já que não responsabilizar medidas equivocadas estimula a sensação de impunidade dos agentes públicos.

Por fim, nota-se que embora se façam necessárias atualizações, não só para que haja a adequação com outras legislações vigentes e com o entendimento dos Tribunais, é preciso cautela. O que se conclui é que as recentes mudanças podem ser extremamente prejudiciais ao desempenho do serviço público, acarretando o aumento da corrupção e dificultando o seu combate, ampliando consideravelmente a prática de violações que causem enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Edson Zacarias. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Disponível em: <<https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2016/05/7ato.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BENEDETTI, Carla Rahal. Considerações panorâmicas sobre a nova Lei de Improbidade Administrativa. **Consultor Jurídico**, nov 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-19/benedetti-consideracoes-panoramicas-lei-improbidade>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, 1988.**

BRASIL. **LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências.

BRASIL. **LEI Nº 14.230, DE 25 DE OUTUBRO DE 2021.** Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forence, 1970.

CRUZ, André de Oliveira da. O Poder Moderador e sua importância para a tripartição dos Poderes. **JUS**, mar. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26953/o-poder-moderador-e-sua-importancia-para-a-triparticao-dospoderes>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Contrato Jurisdicional dos Atos Administrativos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa) e as ações distribuídas pela lei anterior (Lei nº 8.429/92) e demais normas de Direito Administrativo Sancionador. **JUS**, out. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/94514/aplicacao-retroativa-da-lei-n-14-230-2021-lei-de-improbidade-administrativa-e-as-acoes-distribuidas-pela-lei-anterior-lei-n-8-429-92-e-demais-normas-de-direito-administrativo-sancionador>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa. Comentários à Lei nº 8.429/92**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. São Paulo: Método, 2014.

NILO DE CASTRO, JOSÉ. Improbidade administrativa municipal. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 51, n. 151, p. 14, jan./mar. 2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Márcio Fernando e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 1996.

REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES. O que se entende por improbidade administrativa? **JUSBRASIL**, maio 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1066009/o-que-se-entende-por-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SÁ, Acácia Regina Soares de. A Definição do Ato de Improbidade Administrativa no art. 11 da Lei n.º 8.429/92 e o Direito Positivo. **Âmbito Jurídico**, maio 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-definicao-do-ato-de-improbidade-administrativa-no-art-11-da-lei-n-o-8-429-92-e-o-direito-positivo/>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Revista atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. 2 tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros., 2017.

TRANSFUSÃO DE SANGUE: CONFLITO ENTRE O DIREITO À VIDA E A LIBERDADE RELIGIOSA

MARIA FERNANDA DE FREITAS:
Graduanda em Direito pela Universidade
Brasil - Campus Fernandópolis

ELOISA COSTA DA SILVA

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo teve por objetivo compreender sobre o conflito entre o direito à vida e direito à liberdade religiosa no litígio da transfusão de sangue em tratamentos médicos efetivado nos pacientes. Determinados grupos religiosos se rejeitam a recebê-lo declarando a sua crença religiosa para motivar sua decisão. Igualmente o direito à vida, o direito à liberdade religiosa é analisado um direito essencial, não tendo gradação entre eles. Apresenta-se também uma abreviada tese no assunto da divisão de direitos constitucionais, onde se discute se existe uma prevalência e sacrifício de um direito diante o outro, e ainda é destacado o livre-arbítrio de religião, de culto e de consciência. Faz-se ainda uma análise da jurisprudência. Para tanto, tem-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, de análise qualitativa, tendo-se utilizado quanto ao método de abordagem o dedutivo. Conclui-se, que levantado o litígio da transfusão em casos onde a pessoa é bancada por seu representante legal e em indivíduos que já são capazes, e uma precisa tese sobre o que os tribunais e doutrinadores estão motivados sobre este assunto presente na sociedade.

Palavras chave: Transfusão de sangue; Direito à vida; Direito à liberdade religiosa;

BLOOD TRANSFUSION: Conflict between the right to life and religious freedom

ABSTRACT: This study aimed to understand the conflict between the right to life and the right to religious freedom in the litigation of blood transfusion in medical treatments carried out on patients. Certain religious groups refuse to receive it declaring their religious belief to motivate their decision. Likewise, the right to life, the right to religious freedom is analyzed as an essential right, with no gradation between them. It also presents an abbreviated thesis on the subject of the division of constitutional rights, which discusses whether there is a prevalence and sacrifice of one right over the other, and also highlights the free Will of religion, worship and conscience. There is also an analysis of jurisprudence. For this purpose, the bibliographic research methodology is used, with qualitative analysis, using the deductive method of approach. It is concluded that raising the transfusion

litigation in cases where the person is supported by their legal representative and in individuals who are already capable, and a precise thesis on what courts and scholars are motivated about this issue present in society.

Keywords: Blood transfusion; Right to life; Right to religious freedom.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como tema Transfusão de Sangue: Conflito entre o direito a vida e a liberdade religiosa. Deste modo, será indispensável o emprego da prática de discricção de interesses, visando ressaltar os princípios constitucionais diante dos casos em que o direito de se abdicar à transfusão sanguínea é debatido.

Primeiramente, consideraremos os direitos que estão em conflito em algum caso e os presentes argumentos jurídicos favoráveis ou desfavoráveis a eles, e em seguida, iremos averiguar determinadas condições concretas, como as religiões que de acordo com a retentiva põem em debate o tema e a responsabilidade do médico em toda ocorrência prevista.

Em virtude disso, após estudo dos conflitos atuais, almeja-se exibir propostas acentuadas de recurso para a dificuldade revelada. Neste artigo, busca-se obter o melhor modo de resolver esses casos presentes na sociedade com embasamento nas leis, no comportamento do profissional e nos princípios existentes na constituição alusivas às crenças religiosas.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, expõe um rol de direitos ponderados como fundamentais a todo e qualquer indivíduo. O direito à vida, e o direito à liberdade, por exemplo, são, portanto analisados.

No que tange ao direito à liberdade, têm-se como uma de suas ramificações o direito à liberdade religiosa, o qual é alvo de grandes discussões. Uma delas, por exemplo, seria a da recusa do paciente, à transfusão de sangue por motivos religiosos. Desse modo, mostra-se necessário estabelecer se existe a possibilidade de o direito à liberdade religiosa se sobrepor ao direito à vida.

O tema escolhido, por exemplo, chama a atenção à recusa do paciente à transfusão de sangue por motivos religiosos, nesse caso, feita pelos seguidores de uma religião, a partir de uma passagem bíblica. Portanto, depara-se com um conflito de direitos fundamentais, dentre eles o direito à vida e o direito à liberdade religiosa.

Desse modo, existindo um conflito, aparente, entre direitos considerados fundamentais, direito à vida e direito à liberdade religiosa, questiona-se: O direito à vida é

o pré-requisito para a realização dos outros, sem este não poderá exercer os demais direitos, entretanto todos devem ter o devido respeito com o próximo? Com isso, a transfusão de sangue, em se tratando de única alternativa para salvar o paciente, esta deve ser realizada, todavia, o médico deve seguir e respeitar o seu código de ética e o próprio Código Penal que aduz que, se recusar a prestar assistência a outrem, poderá cometer o crime de omissão de socorro.

Existindo capacidade e consciência ou qualquer documento que comprove o assentimento do paciente capaz, o indivíduo poderá se recusar a realizar a transfusão de sangue, porém, se tratando de menor e de pessoas que por algum motivo não podem se expressar, deverá ser realizada a transfusão, já que estes não possuem a capacidade para decidirem por si só e ninguém poderá dispor de sua vida.

A melhor solução para que não ocorra essa colisão de direitos fundamentais, seria primeiramente o médico cumprir com suas responsabilidades previstas no seu código de ética. Caso o médico seja responsabilizado judicialmente caberá o judiciário utilizar a técnica de ponderação de direitos fundamentais, visando buscar a melhor eficiência e correspondência com a realidade.

No momento em que são questionados quanto à prevalência ou não do direito à vida em detrimento ao direito à liberdade religiosa, são essas escolhas que determinará qual destes direitos fundamentais prevalecerá, influenciando diretamente na vida daquele que dela depende.

O tema escolhido, por exemplo, chama a atenção à recusa do paciente à transfusão de sangue por motivos religiosos, nesse caso, feita pelos seguidores de uma religião, a partir de uma passagem bíblica. Portanto, depara-se com um conflito de direitos fundamentais, dentre eles o direito à vida e o direito à liberdade religiosa.

O presente artigo teve por métodos revisão bibliográfica do tema por autores e publicações, com procedimentos descritivos e abordagem qualitativa e indutiva.

1. A IMPORTÂNCIA DA TRANSFUÇÃO DE SANGUE

A transfusão de sangue é adotada em muitas ocasiões pelo médico para obter a habilidade de acarretar oxigênio, além de aprimorar o volume de sangue do corpo e melhorar a imunidade. Comumente acontece a transfusão de sangue quando o doente se acha em casos de anemia profunda, problemas de coagulação, alguns casos de imunidade fragilizada, sangramentos decorrentes de cirurgias.

Assim, quando se apresenta tal terapêutica ao doente que faz parte de algum grupo religioso, muitos não aceitam que este procedimento seja adotado, pelo fato de sua fé religiosa não aceitar essa tecnologia obtida pelos médicos.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À CRENÇA RELIGIOSA

Brasil adiou para se mostrar sobre o livre-arbítrio de fé religiosa sendo seguida apenas com o advento da Constituição de 1988, onde por fim tornou um país laico. A liberdade religiosa é direito fundamental, se achando na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso VI, proferindo que “é inviolável o livre-arbítrio de consciência e de confiança, sendo garantido o livre exercício dos cultos religiosos e abonada, na forma da lei, o amparo aos lugares de culto e a suas liturgias.” (BRASIL, 1988).

Verificando o inciso VIII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, “nenhuma pessoa será abrigada de direitos por causa de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as evocar para eximir-se de comprometimento legal a todos atribuído e recusar-se a cumprir prestação alternativa, implantada em lei.” Pode-se notar que se tem respeito por parte da Constituição, diante de uma compulsão atribuída a todos.

Na visão de José Afonso da Silva, a livre-arbítrio religioso se subdivide em três: “A liberdade de crédito, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa. Todas estão abonadas na Constituição.” (SILVA, 2011, p. 248)

a) “A liberdade de crença abrange a liberdade de ter um crédito e a de não ter crença”, garante a liberdade de preferência da religião que se almeja seguir, alterar de religião e até mesmo não confiar em nada (p. 249).

b) A liberdade de culto tem como “particularidade fundamental se externa no aprendizado dos ritos”, compreende a de mostrar-se em casa ou em público quanto aos conhecimentos religiosas.

c) “A liberdade de organização religiosa que diz respeito à probabilidade de afirmação e coordenação das igrejas e suas analogias com o Estado”, é entendida como à envergadura de prepararem-se para efetivação de atos de natureza civil em nome de sua fé (p. 250).

Com isso, o Código Civil de 2002 em seu artigo 15º aduz que “nenhuma pessoa pode ser punido a submeter-se, com risco de vida, a terapêutica médica ou a intervenção cirúrgica.” (BRASIL, 2002).

Nesta senda, Rodrigo César Rebello Pinho alimenta que o direito à vida precisa ser “compreendido de maneira muito compreensiva, contendo o direito de nascer, de

continuar vivo, de proteger a própria vida, enfim, de não ter o processo vital obstruído senão pela morte natural e infalível". (PINHO, 2009).

Mesmo presente entre os direitos fundamentais, o direito à vida, pode se dizer que este é o mais extraordinário, já que se precisa deste para a efetivação dos demais. Segundo o artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988: "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 "

Cabe apontar que olhando pela ótica do direito à vida, este precede o direito à liberdade de crença, sendo a vida o bem mais valioso que um ser humano pode ter. Juridicamente não precisa ser diferente. O direito à vida é o pré-requisito para a vivência dos demais. Como o relator Sérgio Gischkow Pereira diz, que "religiões precisam conservar a vida, e não exterminá-la." Sobre o comentário da Constituição, arrazoia Helaine Bressan de Mendonça:

A Constituição precisa ser interpretada como uma integração, um documento singular coerente e coeso, já que todos os princípios constitucionais têm a mesma hierarquia. Na interpretação das disposições, nitidamente conflitantes, quando aplicadas ao caso real, deve-se interpretar com base no princípio da harmonização dos preceitos empregando o procedimento da cautela, razoabilidade e proporcionalidade de valores. (MENDONÇA, 2010, p. 63).

Como registra Helaine Bressan de Mendonça (2010) sobre o valor de não "sacrificar" um direito fundamental em conflito com outro. Necessita-se fazer o balanceamento indispensável para a sua aplicação, procurando o melhor alento e sua correspondência com o fato. Contudo, na Constituição Federal todos os direitos estão em um mesmo patamar, de acordo com o princípio da aceitação técnica e da razoabilidade.

3. DIREITO À VIDA

Os direitos e garantias individuais, como já mencionados, encontram-se positivados no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Referido dispositivo, garante aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência (SILVA, 2009, p. 31).

Segundo Ligeira, o direito à vida compreende:

[...] o direito à liberdade, à integridade física e psíquica, à integridade moral e à dignidade. Desse modo, respeitar a liberdade de uma pessoa é respeitar sua vida; por outro lado, agredir a integridade física ou psíquica também é uma forma de agredir a vida. Dentro da teoria dos direitos fundamentais, portanto o que se almeja é criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana (LIGEIRA, 2009, p. 154).

Para Moraes o direito à vida deve ser entendido como:

Direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, estuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais (MORAES, 2007, p. 76).

Percebe-se que o direito à vida é muito mais amplo do que parece, não se integra apenas de elementos materiais (físicos e psíquicos), mas também de elementos materiais (espirituais), fazendo parte de seu conceito o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência (SILVA, 2008).

Deste modo, a proteção que a Constituição assegura ao direito à vida não se resume apenas à vida biológica, mas também a todos os aspectos que compõem o ser humano, incluindo o direito de conduzi-la alcançando assim a sua plena realização (Silva, 2008)

No mesmo sentido, Paulo e Alexandrino lecionam que “o direito individual à vida possui duplo aspecto: sob o prisma biológico traduz o direito à integridade física e psíquica [...] em sentido mais amplo, significa o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna à natureza humana.” (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 107).

O *direito à vida*, portanto, é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos (MORAES, 2007, p. 76).

Contudo, o direito à vida não deve ser compreendido como a obrigação de se viver a qualquer custo (LIGEIRA, 2009, p. 154).

A Constituição Federal proclama a inviolabilidade do direito à vida, no entanto, há quem diga que a vida é um bem indisponível, não sendo dado ao ser humano pôr fim à sua própria existência, conforme já mencionado (LIGEIRA, 2009, p. 154).

Ocorre que, o termo utilizado pela Constituição Federal, inviolabilidade, refere-se àquilo que não se pode violar ao fato de que a vida deve ser defendida contra terceiros que pretendam ameaçá-la. Igualmente, a palavra indisponibilidade tem como significado “de que não se pode dispor” (LUFT, 2000, P. 387). trata-se de uma imposição da proteção dela contra o próprio titular.

Insista-se, neste ponto, que a Constituição acaba por assegurar, tecnicamente falando, a inviolabilidade do direito à vida, assim como o faz quanto à liberdade, a intimidade, vida privada, e outros tantos valores albergados constitucionalmente.

Não se trata, propriamente, de indisponibilidade destes direitos. Realmente, não há como negar juridicidade a ocorrências nas quais pessoas se despojam inteiramente, v.g., de sua privacidade.

Não se vislumbra qualquer cometimento de um ato contrário ao Direito em tais circunstâncias. Por inviolabilidade deve compreender-se a proteção de certos valores constitucionais contra terceiros. Já a indisponibilidade alcança a própria pessoa envolvida, que se vê constrangida já que não se lhe reconhece qualquer discricionariedade em desprender-se de determinados direitos.

No caso presente, não se fala em indisponibilidade, mas sim de inviolabilidade. O que a Constituição assegura, pois, é a ‘inviolabilidade do direito à vida’ (art. 5º, *caput*) (BASTOS Apud LIGEIRA, 2009, p. 151).

Sá, ao tratar do referido assunto, questiona-se: direito à vida ou dever de viver? E, em seguida, responde:

A sociedade, os operadores do Direito, os filósofos e os médicos se dividem na argumentação: os que defendem a prática da eutanásia e do suicídio assistido prendem-se ao argumento de que, na medicina, existem quadros clínicos irreversíveis em que o paciente, muitas vezes passando por terríveis dores e sofrimentos, almeja a antecipação da morte como forma de se livrar do padecimento que se torna viver.

Afinal, a vida não poderia se transformar em dever de sofrimento [...] A antecipação da morte com dignidade não só atenderia aos interesses do paciente de morrer com dignidade, como daria efetividade ao princípio da autodeterminação da pessoa em decidir sobre sua própria morte (SÁ, 2005, p. 19).

Faz-se necessário lutar pela vida com dignidade e respeito, e não por um autoritarismo estatal eivado de despotismo e tirania, no qual o Estado passa a ser o “dono” da vida dos cidadãos (LIGEIRA, 2009, p. 156).

O direito à vida não pode ser invocado para que se viole a dignidade do ser humano. Não é esse o sentido da norma constitucional. Lenza afirma que:

A vida deve ser vivida com dignidade. Definido o seu início (tecnicamente pelo STF), não se pode deixar de considerar o sentimento de cada um. A decisão individual terá que ser respeitada. A fé e esperança não podem ser menosprezadas e, portanto, a frieza da definição não conseguirá explicar e convencer os milagres da vida. Há situações que não se explicam matematicamente e, dessa forma, a decisão pessoal (dentro da ideia de ponderação) deverá ser respeitada. O radicalismo não levará a lugar algum. A Constituição garante, ao menos, apesar de ser o Estado laico, o amparo ao sentimento de esperança e fé que, muitas vezes, dá sentido a algumas situações incompreensíveis da vida (LENZO, 2010, p. 751).

E, sendo assim, a inviolabilidade do direito à vida, assegurada pela Constituição Federal, é considerada uma proteção conferida ao titular desse direito, no sentido de poder afastar intromissões alheias em seu modo de vida e repelir qualquer ameaça de terceiros a seus direitos. Esse é o direito à vida (LIGEIRA, 2009, p. 157).

4. DA LIBERDADE DE RELIGIÃO, DE CULTO E DE CONSCIÊNCIA

Em todas as sociedades a religião serviu para unir pessoas em torno de crenças, ideias e ideologias, afetando de forma incrível a forma de pensar e agir de seus seguidores. O jurista brasileiro Manoel Gonçalves de Ferreira Filho afirma: A religião constitui um dos mais fortes componentes das diferentes civilizações. Não é por outra razão que os estudiosos das civilizações o mais das vezes as caracterizam em função desse elemento religioso: civilização cristã; civilização muçulmana (FERREIRA FILHO, 2002). Entretanto, a liberdade de religião diferencia-se da liberdade de consciência e da de culto. A respeito do tema, posicionam-se os professores J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

A liberdade de consciência consiste essencialmente na liberdade de opção, de convicções e de valores, ou seja, a faculdade de escolher

os próprios padrões de valoração éticos e moral da conduta própria ou alheia. A liberdade de religião é a liberdade de adaptar ou não uma religião, de escolher uma determinada religião, de fazer proselitismo num sentido ou noutro, de não ser prejudicado por qualquer posição ou atitude religiosa ou antirreligiosa. A liberdade de culto é somente uma dimensão da liberdade religiosa dos crentes, compreendendo o direito individual ou coletivo de praticar atos externos de veneração próprios de uma determinada religião (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 609).

A liberdade de religião, de consciência e de crença é um direito constitucionalmente protegido nos artigos 5º, VI, da Constituição Brasileira e 41º da Constituição Portuguesa, sendo em ambas considerada inviolável. Importante anotar, ainda, que a liberdade de religião está presente em diversos diplomas legais internacionais, sendo os mais destacados: Declaração Universal de 1948; Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação com base na Religião ou Crença (1981); Documento Final de Viena (1989).

5. A RECUSA AO TRATAMENTO COM SANGUE

A renúncia à terapia transfusional por motivação religiosa, revelada por pacientes em perigo de vida ou não, conforme com Goldim (1997), é, também, muito frequente. A referida renúncia provoca várias polêmicas e polêmicas, que ocasiona importantes reflexos na esfera médica, como é o caso de dilemas éticos, tendo em vista que os médicos estão condicionados a discernir a manutenção da vida biológica como o bem soberano, e no domínio jurídico, no qual se debate se é direito do paciente abandonar um tratamento médico por contradição de consciência quando esse, claramente, é o excepcional meio capaz a lhe defender a vida.

Considerando estas perspectivas, no âmbito jurídico, principalmente, há que se salientar que o tema abrange direitos fundamentais caracterizados, o que faz nascer a precisão de ponderá-los, quando movido ao Poder Judiciário a análise de acontecimentos reais que aludam no conflito de direitos que possam ser considerados adversos por certas culturas ou pessoas, mas que em outros casos, seriam de simples e coerente solução.

Temos aqui, caso característico da testemunha de Jeová, a oposição do tratamento hemoterápico é fundada na natureza sacra atribuída ao sangue por meio da explicação

feita pelas Testemunhas de Jeová, em diferentes textos bíblicos, tais como Gênesis 9: 3-4; Livro Levítico 17:10.

A interpretação de fragmentos bíblicos comprova que as Testemunhas de Jeová entendem que Deus os coibiu de receber sangue alheio, razão pela qual, quem o recebe, será acatado impuro, sendo a pior punição que lhes poderia arremeter, o que poderia causar a eliminação daquele que obteve transfusão, em um abnegado no seu meio de convívio religioso, afastando-se a decência de viver.

A proibição de transfusão de sangue, assim, é o embasamento de um dogma religioso e como tal, carece ser conhecido, acatado e avaliado, pela ótica jurídica. Neste sentido que se pode alçar a questão do acontecimento de um conflito entre dois valores ou direitos tutelados pela CF/88, quais sejam: a liberdade religiosa e o direito à vida. A fim de resguardar-se a liberdade em alusão, argumenta-se que as Testemunhas de Jeová não têm a intuito de renunciar à vida quando recusam a terapia transfusional. Somente mostram-se a vontade de serem submetidos a tratamento alternativo ao sangue, não sucedendo renúncia no tratamento médico.

No que condiz às circunstâncias em que o paciente não corre risco de vida, evidentemente que se existir a escolha que dispense a transfusão, essa deverá valer-se, porquanto a doutrina inclina-se para o entendimento de que a vontade do paciente, com sustento no direito fundamental à liberdade religiosa, precisa ser poupada.

Contudo, em casos mais graves, quando a circunstância abrange risco de vida do paciente, o norte do Conselho Federal de Medicina, é de que o médico deve transfundir o paciente, mesmo diante de obstinação, decisão que esbarra, muitas vezes, no recato da pessoa do paciente religioso.

6. A RENUNCIA OFERECIDA POR REPRESENTANTE LEGAL MENOR OU INÁBIL

Percebe-se que os maiores problemas aparecem no caso de menor de idade e impossibilitado, que também não pode demonstrar suas vontades próprias de forma correta. Isso porque, o caso acaba por ser jugulado à análise do Poder Judiciário, por meio de medidas cautelares, no intento de se conseguir ordem judicial permissiva à intervenção médica, primando pela preservação da vida do paciente.

Em razão disto, é exatamente nesses casos que o Judiciário detém em assuntos polêmicos, muitas vezes de foro íntimo dos julgadores, que ainda acabarão por julgar nos termos de suas persuasões individuais, uma vez que o Estado, laico, nada decide sobre a predominância de interesses como esses, especialmente quando a questão se torna religiosa.

Indubitavelmente, poder-se-ia considerar a solução na força familiar e direito de decisão que os pais ou tutores no direito de decisão do impossibilitado, privilegiando suas vontades e livres-arbítrios, nos termos da primeira parte do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

Mas, não tendo a maioria, a vontade da criança e do adolescente não chega para a decisão de sua própria conduta. No entanto, tal posicionamento de que os pais teriam o poder-dever de desautorizar a transfusão de sangue, é bastante contraposta. Trata-se do único ponto da celeuma a ficar próximo de uma concordância: nessa teoria acredita-se que a vida do menor ou impossibilitado precisará ser sempre resguardada, primando pelo melhor interesse da criança, nos termos do artigo 227 da Carta Magna da República de 1988.

Finaliza-se, assim, que, em se tratando de paciente menor ou impossibilitado, eventual renúncia dos pais ou responsáveis induz ao imediato auxílio da concordância pelas autoridades judiciárias, eis que a regra constitucional não resguarda a renúncia à vida estabelecida no poder familiar ou de representação.

7. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Com a finalidade de dirimir maiores dúvidas sobre o contexto, é indispensável que se corrobore o posicionamento dos Tribunais de Justiça brasileiros sobre o tema, que, segundo se constata, predomina o direito à vida em detrimento do direito à escalação religiosa, mas analisando que devem ser esgotados os meios alternativos à transfusão para que a mesma possa ser alcançada.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível: AC 595000373 RS (1995), ajuizada pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, Relator Sérgio Gischkow Pereira, resolveu-se que não compete ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, permitir ou dispor tratamento médico-cirúrgico e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores.

Segundo entendimento esposado, se iminente a ameaça de vida, é direito e dever do médico aplicar todos os tratamentos, até mesmo cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade desses, e de seus familiares e de quem quer que seja também que a oposição seja definida por pretextos religiosos.

De tal modo, implica ao médico e ao hospital comprovar que empregaram a ciência e a tecnologia abordadas em seria literatura medica, mesmo que tenha

divergências quanto à melhor terapêutica. Avança seu ajuizamento analisando que o Judiciário não serve para abrandar os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar.

Se transfusão de sangue for tida como indispensável, segundo sólida literatura médica científica (não valendo naturais desacordos) precisa ser consolidada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que tenha urgência e ameaça iminente de vida 24 (art-146, par-3, inci, do Código Penal).

Do mesmo modo primando pelo direito à vida, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento do Agravo de Instrumento 2004.002.13229, Relator Carlos Eduardo Passos, exibiu na ementa do mencionado acórdão que há prevalência do amparo do direito à vida sobre a saúde e persuasão religiosa, no caso de não ter terapia alternativa ao paciente.

Por fim, acordou a 3ª Câmara de Direito Privado DO Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 123.430-4 (2002), Relator Flávio Pinheiro, no sentido de que as persuasões religiosas não podem valer-se diante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passível de grandes discussões, o tema se oferece sob a ótica de dois direitos avaliados básicos pela Constituição Federal de 1988, quais sejam: o direito à vida e o direito à liberdade religiosa.

O direito à vida é o pré-requisito para a efetivação dos outros, sem este não poderá desempenhar os demais direitos, contudo todos precisam ter o devido respeito com o próximo. E razão disto, a transfusão de sangue, em se versando de única escolha para salvar o paciente, esta precisa ser realizada, porém, o médico deve seguir e acatar o seu código de ética e o próprio Código Penal que aduz que, se recusar a prestar socorro a outrem, poderá atentar o crime de omissão de socorro.

Havendo competência e consciência ou qualquer documento que confirme o assentimento do paciente capaz, a pessoa poderá se abdicar a efetivar-se a transfusão de sangue, contudo, se tratando de menor e de pessoas que por algum motivo não podem se propagar, deverá ser conseguida a transfusão, já que estes não possuem a capacidade para resolver-se por si só e nenhuma pessoa poderá dispor de sua vida.

A melhor solução para que não suceda essa colisão de direitos fundamentais, seria basicamente o médico desempenhar com suas responsabilidades previstas no seu código de ética. Caso o médico seja responsabilizado judicialmente caberá o judiciário empregar

a técnica de cautela de direitos fundamentais, visando procurar a melhor eficácia e relação com a realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Religião, Estado e Direito" in Revista Direito Mackenzie, São Paulo, ano 3, n. 2, jan/jun. 2002, p. 83-89.

CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 4. Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 609

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 18 nov.. 2021.

BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em 18 nov.. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 108.52 SILVA, 2009, p. 31

_____.Comentário contextual à constituição. 6. Ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 33. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

GOLDIM, José Roberto. **Bioética e Interdisciplinaridade**. In <http://www.ufrgs.br/bioetica/biosubj.htm>, 1997, acessado em 17 de nov. de 2021..

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIGEIRA, Wilson Ricardo. **Responsabilidade médica**: diante da recusa de transfusão de sangue. São Paulo: Nelpa, 2009. p. 154.

LUFT, Celso Pedro. **Minidicionário Luft**. 20. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 387.

MENDONÇA, Helaine Bressan de. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais da Criança e Adolescente à Luz das Ações Cíveis Públicas**. 2010. 126 f. Tese (Pós-Graduação Mestrado em Direito) – Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, José Jassuípe da Silva. A representação social do contador e a imagem dele perante a sociedade. **Studia Diversa**, CCAE-UFPB, v. 1, n. 1, p. 36-43, out. 2007.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2009.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Coleção Sinopse Jurídica**. vol. 17. Saraiva, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. v. 1.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. V. 1. P. 19.

SILVA, José Afonso. Direito de Liberdade. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Capítulo IV, p.248-253.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

A DUPLA PATERNIDADE E OS REFLEXOS NA PENSÃO ALIMENTÍCIA

MILENA ALEXANDRE DUTRA:

graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Católica de Tocantins.

ILA RAQUEL MELLO CARDOSO

WELLINGTON GOMES MIRANDA

(orientadores)

Resumo: O presente artigo apresenta a conceituação do termo família em seu início, assim como demonstrará a sua evolução no decorrer dos anos. Ademais, aborda a liquidez das relações familiares, assim como a prevalência do afeto sobre a consanguinidade. Com isso, o artigo desenvolve um raciocínio para dispor acerca da multiparentalidade, expõe a legislação sobre o tema e torna a particularidade da paternidade como fator principal. Outrossim, discorre no tocante a figura paternal, bem como informa os direitos e deveres inerentes a este, inclusive tratando da paternidade biológica e socioafetiva. Além disso, trata do princípio do melhor interesse da criança como função essencial e preponderante à aplicação do direito e com o fim de resguardar respeito à autonomia e dignidade da criança. Por fim, relaciona-se o tema, qual seja, o entendimento atual do Supremo Tribunal no que tange ao dever igualitário dos pais e o direito de receber alimentos dos filhos.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana, multiparentalidade, direito de alimentos, proteção integral.

Abstract: This article presents the conceptualization of the term family at its beginning, as well as intends to demonstrate its evolution over the years. Furthermore, it addresses the liquidity of family relationships, as well as the prevalence of affection over consanguinity. With this, the article develops a reasoning to dispose about multiparenting, exposes the legislation on the subject and makes the particularity of paternity as the main factor. Furthermore, it discusses the paternal figure, as well as informs the rights and duties inherent to it, including dealing with biological and socio-affective paternity. In addition, it deals with the principle of the best interest of the child as an essential and preponderant function in the application of the law and in order to protect respect for the autonomy and dignity of the child. Finally, the topic is related, namely, the current understanding of the

Supreme Court regarding the egalitarian duty of parents and the right to receive food from children.

Keywords: human dignity, multiparenthood, right to food, full protection.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, a evolução do conceito de família é percebida com maior clareza devido à facilidade onde as informações se propagam. Historicamente e tradicionalmente o conceito de família é aquele formado por um homem e uma mulher, cada um com suas respectivas funções, em suma, adstritas ao seu papel feminino e masculino, assim como o dever conjugal.

Todavia, é perceptível que as conjunturas familiares não se restringem em apenas uma, qual seja homem e mulher. Presentemente há diversidades no que tange a tratativa familiar, podendo ser formadas por um homem e seus filhos, apenas a mãe e filhos, duas mães, dois pais, avó e neto, são inúmeras combinações.

Segundo o Dicionário Online de Português, família é um grupo de pessoas que partilham ou já partilharam a mesma casa, pessoas que possuem relação de parentesco ou de afetividade, que se uniram por casamento ou adoção. Enfim, em síntese vislumbra-se que não há um engessamento do conceito de família.

Em vista disso, há necessidade de que a legislação que rege o país esteja conforme a realidade fática da população. A lei maior do Estado brasileiro é a Constituição Federal de 1988, esta dispõe que a família é a base da sociedade devendo ser tratada com especial proteção do Estado.

Diante deste assunto, compreende-se que a conjuntura familiar se dá em diversidades de combinações, busca-se o aprofundamento na esfera da paternidade. Ao discorrer sobre paternidade é possível se deparar com vários conceitos, pode-se extrair que o parentesco poderá ser natural ou civil.

Explicita-se que o parentesco natural é estritamente biológico, sendo aquele que transmite a herança genética à criança. Acerca do parentesco civil, denominado desta forma, pois tem natureza constitutiva, isto é, requer um processo onde o Estado diz o direito ao vínculo familiar, por exemplo, no ato de adoção.

O termo dupla paternidade refere-se a circunstância em que uma criança, naturalmente detentora de um pai biológico, convive com um terceiro que assume a postura, ações e afeto de um pai, sendo este o pai afetivo. Cumpre observar preliminarmente que ao discutir sobre a dupla paternidade, isto é, pai biológico e pai afetivo, levanta-se a questão dos deveres e obrigações de cada um, ou seja, a responsabilidade que lhes deverão ser atribuídas.

Por iguais razões, até uma possível concorrência em relação às tarefas arguidas. Em verdade, pode-se dizer que caberá a ambos a criação, educação, o consentimento de negar ou aceitar algo, enfim, assisti-lo civilmente até a sua maioridade. Nessa senda, rememora-se a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à paternidade socioafetiva, expondo que, neste caso, a paternidade afetiva não exime a responsabilidade da paternidade biológica.

Ora, emerge-se, assim, vários questionamentos em relação de como deverá ser distribuído essas obrigações caso haja a figura dos pais. Reflete-se a hipótese patrimonial da criança, o registro civil, o poder familiar exercido, assim como se os pais não residirem com o menor, como se dará a pensão alimentícia, quem é responsável pelo pagamento?

Nesse ínterim, pretende-se o estudo e análise do questionamento supramencionado, qual seja, como o direito brasileiro trata da responsabilização do direito à pensão alimentícia em se tratando de criança com dupla paternidade, visto que, outrora já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que a responsabilização entre os pais se dá de forma solidária.

2 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A família sempre fez parte da história, devido à necessidade de fruto do ser humano em estabelecer relações afetivas de forma estável. Todavia, a conceituação do termo família possui significado diferente a depender do ano em que se propõe a saber. Outrora a significação do termo era restrita apenas a uma circunstância, qual seja, homem e mulher.

Inicialmente, importa destacar que Dias (2015) ao tratar da origem da família aduz que a família é uma construção cultural, dado que, o acasalamento é instintivo à perpetuação da espécie. Vê-se que a reflexão realizada pela autora exclui a condição natural e biológica do termo.

Na atualidade é perceptível que a sociedade em sua maioria entende que a denominação familiar não está condicionada a uma forma específica. Ora, rememora-se que anteriormente, o Código Civil de 2016 havia termos que certificaram a exclusão de entes da esfera familiar, como a denominação de filhos ilegítimos.

O termo filho ilegítimo referia-se àqueles que foram concebidos fora do casamento, ou seja, era conhecido como o filho da infidelidade conjugal. Por esse fato, os legisladores, qual seja, a sociedade da época que elaborou o Código Civil de 2016 dispôs no artigo 359 que o filho ilegítimo somente poderia residir com o seu pai ou mãe desde que o cônjuge consentisse.

Pois bem, questiona-se o porquê desse condicionamento a figura de filho em detrimento da fidelidade dos pais, visto que, a filiação é direito da criança. Quanto a isso, ressalta-se o avanço constitucional, sobre o qual, a Carta Magna que rege o Brasil no presente momento datada de 1988 impõe destaque à igualdade dos filhos.

O artigo 227, § 6.º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que “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, a disparidade realizada entre os filhos não é mais tutelada pelo direito.

Impende discorrer ainda acerca do reconhecimento da união estável como unidade familiar. O Código Civil de 1916, explica-se, a legislação imediatamente vigente antes da legislação civil atual, declarava em seu artigo 229 que a família legítima era criada pelo casamento e com o matrimônio advinham os filhos legítimos, isto é, fruto dessa união.

Dito isso, é perceptível que até a construção do Código Civil de 2002 houveram grandes empassos para aqueles que não se enquadram nesse padrão. O entrave das pessoas unidas, porém sem a realização da cerimônia matrimonial tomou força, no que tange aos direitos da união, assim como efeitos patrimoniais.

Como a sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as relações extramatrimoniais ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de entidade familiar o que chamou ele união estável.(DIAS, 2015)

A carta magna atual prevê em seu artigo 226, § 3.º que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Dessa maneira, vislumbra-se a evolução legislativa na tentativa do reconhecimento familiar sem o fator condicionante do matrimônio.

A união estável é explicada como a união de homem e mulher que possuem o anseio de constituir família. Além disso, o Supremo Tribunal Federal em decisão de 2017 declarou que a união estável equipara-se ao casamento para fins de direito sucessório. Diante disso, verifica-se que o direito brasileiro cada vez mais tutela as constituições familiares que não necessariamente estão dispostas em um matrimônio.

Algumas ramificações da família são, tradicional (patriarcal) retiramos a informal neste caso os pais possuem uma união estável, não oficializada, como era interposto, outro modelo é a monoparental, composta por apenas um dos responsáveis, pai ou mãe, ou a anaparental sem a presença de nenhum dos pais, e ainda a família reconstituída composta pela união de um casal com filho(s) de uma união anterior.

A Constituição da República Federativa do Brasil modificou todo o contexto de família, uma das principais mudanças foi imposta em seu artigo 5.º “Todos são iguais perante a lei”, ou seja, homens e mulheres têm os mesmos direitos, não impondo mais o modelo patriarcal, onde o homem era único provedor da família.

Este modelo de construção familiar é denominado várias formas além de família recomposta, família mosaico, transformada, dentre outras. São famílias que não há vínculo entre o pai e a mãe sanguíneo, ou seja, é formada quando pelo menos um dos cônjuges possui um filho de um relacionamento anterior. É originado de uma recomposição afetiva, onde pelo menos um dos dois (homem ou mulher) tinha uma união e desta gerou uma criança, transformando-se em um novo casal.

O estereótipo construído no passado, o qual colocou gerações e gerações de mulheres sob julgo de maridos, que foi reafirmado incansavelmente pela teledramaturgia, repisando a lenda: “famílias felizes são aquelas formadas por pai, mãe e filhos”, deixando de fora da prometida “felicidade” as demais famílias que não se adequam ao estereótipo social, já está desacreditado.(LAS CASAS, 2022)

Com este novo modelo nos deparamos com uma nova estrutura, uma variação de relação, as pessoas envolvidas na relação têm novos parentes que não são sanguíneos, e começam a criar laços de afinidade. Como, por exemplo, agora o homem que chegou na nova família já composta, começa a criar laços afetivos de pai com a criança ali já existente, a mesma coisa ocorre com a criança, com a figura do agregado, como um exemplo de pai.

Nesse sentido, cumpre evidenciar o artigo 1513 do Código Civil de 2022 que aduz “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. O artigo citado traduz um princípio do direito brasileiro, qual seja, o princípio da não intervenção, da liberdade familiar.

Pois bem, retornando à análise do art. 1.513 do CC/2002, deve-se ter muito cuidado na sua leitura. Isso porque o real sentido do texto legal é que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família. Porém, o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas.(TARTUCE, 2014)

A ressalva realizada pelo autor é demasiada importante, pois apesar da autonomia familiar para organizar a estrutura ainda podem ocorrer limitações, por exemplo, diante de violações da criança e do adolescente. O Estado através do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 24 “a perda e a suspensão do pátrio poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações”

O apontamento da evolução do conceito de família introduz reflexões acerca da liquidez das relações, Las Casas (2022), associa a teoria de Zygmunt Bauman no que tange a volatilidade das relações aplicada aos relacionamentos pós-modernidade possuem como características relacionamentos instáveis, efêmeros, transitórios.

Interpela-se, a autonomia na construção das relações é prejudicial ou positiva para a sociedade. A proteção estatal do matrimônio interposta anteriormente tinha como objetivo a proteção contra a liquidez das relações ou é fato que a garantia documental não satisfaz o protecionismo resguardado.

Isto posto, entende-se que a legislação ora trata da autonomia e liberdade, outrora dispõe acerca de penalidades, por assim dizer, realizadas pelo Estado. Diante disso, busca-

se conhecer a aplicação atual de circunstâncias familiares no que tange especificamente a reorganização familiar defronte a multiparentalidade.

3 CONCEITO E PORMENORIZAÇÃO DA DUPLA PATERNIDADE

O conceito de família já elucidado anteriormente vem sofrendo alterações diariamente assim como possui inúmeras ramificações. Com isso, além da família tradicional onde a relação se constituía apenas pelo pai biológico, nasce uma nova possibilidade: a multiparental ou pluriparental.

Hoje, fala-se em Direito das famílias de modo plural e ampliado, não apenas aquela formada dentro do estereótipo, a família pós-moderna vai além do vínculo biológico, ela é formada pelo vínculo afetivo, tendo inúmeras variações, seja as constituídas por mães ou pais solteiros, famílias formadas por novos casamentos, agregando filhos de casamentos anteriores e filhos do novo casal, casamentos entre indivíduos do mesmo gênero etc.(LAS CASAS, 2022)

Impende sublinhar que o direito atual é um direito das famílias, devido à pluralidade de ramificações existentes. Sendo esse o termo adequado, para abarcar a realidade social, e sobretudo incluir as relações, que outrora eram desprezadas, como a situação do filho ilegítimo citado anteriormente.

A palavra pai oferece um sentido completamente amplo, originado do latim pater, em geral, nos remete uma figura paternal, um chefe patriarcal, o provedor da família. Antes do advento da Constituição da República Federativa do Brasil a construção de um novo grupo familiar deveria ser apenas pelo casamento, caso contrário seria considerado nulo.

Para exemplificar o conceito de pai biológico revisita a consanguinidade, que descende da mesma árvore genitora. Segundo o Artigo 1.593 do Código Civil o parentesco poderá ser natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem, ou seja, o pai biológico em termos técnicos seria o natural, o qual possui o mesmo tipo sanguíneo.

No que diz respeito a dupla paternidade, conforme a própria nomenclatura, refere-se a dois pais, explica-se, um biológico por razões de consanguinidade e outro afetivo por razões de vínculo afetivo, também nessa classificação por adoção, que possui como uma das características a constituição civil.

Segundo Alves (2020), pai reside no direito assegurado pela dignidade do amor, sendo esta que o une ao seu filho, além disso, declara ser pai aquele que se a(pai)xona. Vê-se que o autor traduz uma concepção estritamente afetiva para tratar da figura paternal, indicando o afeto como seu principal atributo.

Paternidade socioafetiva é um dos tipos de paternidade que não existe o vínculo consanguíneo como o anterior, e também não é constituído pela adoção, mas é um vínculo reconhecido pela sociedade por existir o afeto, amor, a reciprocidade paternal e filial.

A parentalidade socioafetiva como modalidade de parentesco civil, sob a cláusula "outra origem", adicionada pelo novo Código (para além dos casos de adoção) não é apenas criação jurídica da lei. Antes, recepção a lei as situações fáticas e variadas que plasmam espécies de parentalidades, como representações suficientes de pais e filhos, que assumem-se, recíproca e conscientemente, por afeição, como se pais e filhos fossem, inexistente o "jus sanguinis". Nessa toada, tais parentalidades consolidadas são reconhecidas e merecem amparo jurídico. (ALVES, 2020)

O reconhecimento da parentalidade constituída pelo afeto é o direito tutelado à realidade fática. Dias (2015) dispõe que "o parentesco deixou de manter, necessariamente, correspondência com o vínculo consanguíneo. Basta lembrar a adoção, a fecundação heteróloga e a filiação socioafetiva.

Acrescenta-se ainda, segundo Dias (2015) transcorridos quase 100 anos entre o código civil de 1916 e código civil de 2002 é latente as transformações sociais, com destaque ao âmbito da família, por isso, alguns princípios que serviam para a família do século passado não se aplicam, nem tampouco se justificam nos dias atuais.

No Brasil a discussão da possibilidade de manter dupla paternidade foi tema do Recurso Extraordinário nº898.060 julgado em 21/09/2016, tendo como relato o Ministro Luiz Fux, a tese fixada em suma é pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, além de declarar que os modelos pré-estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil e Código Civil são meramente exemplificativos.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a dupla paternidade não fragmenta as obrigações e deveres dos pais. Ora, "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação

concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (STF, RE nº 898.060, Rel Min. Luiz Fux, Plenário, pub. 24/08/2017).

No mesmo sentido, destaca-se decisão do Tribunal de Justiça do Tocantins, (Apelação Cível 0001157-93.2015.8.27.2737, Rel. Angela Maria Ribeiro Prudente, Gab. Da Desa. Angela Prudente, Julgado Em 28/04/2021, Dje 13/05/2021 17:33:44):

[...] 3. É direito de todo cidadão o reconhecimento de sua filiação biológica. A jurisprudência é pacífica no sentido de que nada impede até mesmo o duplo registro de pais biológicos e afetivos, não havendo necessidade de desconstituir o pai afetivo do registro para incluir o pai biológico, ou o contrário, contudo o filho pode querer que apenas um deles conste em seu registro civil [...]

Com isso, nota-se que o reconhecimento da paternidade socioafetiva conjuntamente o biológico segue como entendimento substancial em todo o território nacional. Pautando-se o juízo de primeira e segunda instâncias nos Tribunais superiores, com o fim de conglomerar apreciação pacificada de casos semelhantes.

Então, diante da possibilidade de haver mais de um pai ou mãe constarem na certidão/ de nascimento, eclode a multiparentalidade. Com isso, nasce o Provimento nº63 de 14/11/2017 para instituir modelos de certidão de nascimento, casamento e óbito de pessoas naturais, ademais dispõe acerca do reconhecimento voluntário e averbação da paternidade e maternidade socioafetiva.

Importa citar alguns dispositivos do provimento supracitado, qual sejam:

Art. 10. [...] § 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, **somente podendo ser desconstituído pela via judicial**, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

Art. 10-A [...] § 2º O **requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos**, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade

domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida. *grifo nosso*

Salienta-se a importância de tal provimento, isto é, o ato de regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, sobretudo para assegurar maior autonomia àqueles que pretendem à adoção socioafetiva. Trata o tema com seriedade por considerar a ação voluntária e irrevogável, contudo possibilita a revisão judicial.

Percebe-se através das leis e normas, que o Estado por meio dos legisladores está se amparando no artigo 227 da constituição federal de 1988, que prevê ser papel da família, sociedade e do Estado assegurar à criança, adolescente e ao jovem com absoluta prioridade a ressalva dos seus direitos.

Posto isso, restou demonstrando a conceituação e amparo legal à multiparentalidade, neste caso pela dupla paternidade. Razão pela qual a criança ou adolescente poderá ter o nome de dois pais na documentação civil devido a uma relação de consanguinidade biológica e outra afetiva.

4 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A criança, um ser que possui direitos e obrigações, é essencial na constituição de novas unidades familiares. Por isso, a legislação brasileira introduz normas que os resguardam, assim como prevê penalidades àqueles que ferem a dignidade dos mesmos.

Em vista disso, com o advento da Constituição Federal de 1988 houveram algumas alterações relacionadas ao melhor interesse da criança e adolescente. Antes disso, destaca-se que no artigo 2.º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1959 sua redação expressão trazia que:

A criança gozará de proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em **condições de liberdade e dignidade**. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança. *grifo nosso*

Na legislação atual podemos extrair o Princípio do Melhor Interesse da Criança do Artigo 227, caput, da Constituição Federal sobre o qual é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, os seus direitos além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No mesmo sentido leciona o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê ser 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.

Ao analisar todos estes normativos, observa-se a preocupação na formação das crianças, que está vinculada a saúde, cultura, educação, respeito e todos os aspectos morais, sociais e psíquicos. Ora, o legislador ao discorrer sobre este princípio considerou que o interesse da criança e do adolescente deve ser considerado primordialmente em todas as demandas judiciais.

O princípio do melhor interesse da criança foi instituído porque outrora havia uma inversão de valores e prioridades nas relações entre pais e filhos, seja no âmbito da convivência familiar ou quando existiam problemas, como nas separações de casais. Nesta época, o poder pátrio existia em função do pai, enquanto a autoridade parental ou poder familiar ocorre em função e no interesse da criança. Nas separações dos pais, o interesse do filho era secundário ou irrelevante. Com a evolução doutrinária e do ordenamento jurídico pátrio, hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. (BORZANI, 2020)

Vê-se, em contrapartida, que o princípio aplicado tem como objetivo garantir dignidade à criança, eximindo-a de ser um objeto ou moeda de troca diante da separação dos pais. É considerar a criança como detentora de vontades, consciência e autonomia pessoal.

Rememora-se que anteriormente a criança nem sequer poderia optar pela escolha pelo lar após a separação dos pais. Na atualidade, o artigo 28 § 1º do Estatuto da Criança

e do Adolescente expressa que, sempre que possível a criança ou adolescente serão ouvidas e respeitadas para a colocação em família mediante guarda, tutela ou adoção.

Vale (2020) enuncia que o princípio do melhor interesse da criança objetivou o resgate das crianças de uma condição de inferioridade, na qual eram tratadas como objetos e não pessoas que possuíam direitos. Além desse aspecto de autonomia da criança, o princípio do melhor interesse garantirá dignidade. Conforme salientado, é tratá-los como detentores de direitos em todas as circunstâncias. Do mesmo modo na vigência e constituição de novo seio familiar qual seja o socioafetivo.

Ademais, cumpre destacar que o princípio do melhor interesse da criança é utilizada como fundamentação à preservação dos direitos da criança, veja-se trecho de julgamento do Recurso Especial nº 1.674.849 - RS (2016/0221386-0) pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...]O reconhecimento de vínculos concomitante de parentalidade é uma casuística, e não uma regra, pois, como bem salientado pelo STF naquele julgado, deve-se observar o princípio da paternidade responsável **e primar pela busca do melhor interesse da criança**, principalmente em um processo em que se discute, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito à manutenção dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho.[...] *grifo nosso*

Vislumbra-se no que tange a judicialização de casos envolvendo crianças os tribunais brasileiros têm considerado cada vez mais, a criança como sujeito de direitos, aplicando o princípio e aplicando efetivamente a disposição constitucional do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil que prenuncia a proteção absoluta das crianças.

5 PENSÃO ALIMENTÍCIA COMO DIREITO PERSONALÍSSIMO

O direito dos alimentos advém das necessidades básicas da pessoa humana. Apesar do termo "alimentos", o termo refere-se ao vestuário, educação, habitação, assistência médica, isto é, compreende toda provisão financeira que o alimentante necessita, segundo as capacidades e condições que o alimentado pode prover.

Com isso revisita o binômio da criança e do adolescente, elencado no artigo 1.694 inciso 1º do Código Civil “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Neste caso o artigo implicitamente indica um valor máximo ao da pensão que seria a necessidade do menor. Por outro lado, pode-se apontar a possibilidade de valores aplicados a este menor, será ponderado proporcionalmente na necessidade do menor e possibilidade do credor, assim, chegando a um valor justo.

Dito isso, importa destacar que para o alimentante usufruir o direito de ter as suas necessidades supridas esta não ocorre desenfreadamente nem tampouco sem limitações. Ressalta-se que o tem como fundamento o artigo 229 da Constituição Federal, e estão elencados nos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil de 2002, este direito é solicitado por um dos cônjuges, e se trata de uma quantia fixada por um juiz, para a manutenção do filho.

...a palavra "alimentos" vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção. (CAHALI, 2002, p. 16).

Dito isso, o direito personalíssimo brevemente é aquele que, relativo à pessoa de modo intransferível, ou seja, só por ela pode ser exercido. Como é o caso do exercício do direito de alimentos, que deve advir para aquele que o recebe, neste caso, a criança receptora da pensão alimentícia.

A partir deste contexto podemos tratar a pensão alimentícia como um direito personalíssimo. Alves e Neves (2010) reforçam que um direito personalíssimo não pode ser transferido para outra pessoa; é um direito irrenunciável, pois predomina o interesse público nessa relação; se trata de um direito intransmissível, não podendo o sucessor exigir tal direito; o direito de reclamar alimentos é imprescritível, não importa quando o necessitado queira pleitear alimentos; e para finalizar a pensão alimentícia não poderá ser compensada, pois, tem por finalidade a subsistência do necessitado.

Diante disso, rememora-se o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-

lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e cumprir as determinações judiciais”.

Questiona-se, havendo criança, devidamente registrada por ambos os pais afetivo e biológico que não residem mais com o filho quem possui o dever de prover alimentos. Ora, o STF declarou não haver disparidade de direitos entre os tipos de filiação. Miquilino (2020) diz que havendo multiparentalidade deve ocorrer a solidariedade, contudo deve respeitar o binômio necessidade e possibilidade de quem paga.

Ademais, salienta o voto do Ministro Luiz Fux em julgamento ao Recurso Ordinário nº898.060:

[..] 1º) Tratar a paternidade responsável apenas sob o viés material importa em um afastamento do conteúdo do direito fundamental da criança e do adolescente de receber um cuidado integral de seus pais.

2º) Por outro lado, afastar-se do reconhecimento de que existe o dever jurídico do pai e da mãe de propiciarem a alimentação, o cuidado sob os pontos de vista material e financeiro, e até mesmo sob o aspecto sucessório, também seria minimizar o conteúdo jurídico da paternidade, bem como da maternidade.

“O reconhecimento posterior do parentesco biológico não invalida necessariamente o registro do parentesco socioafetivo, admitindo-se nessa situação o duplo registro com todas as consequências jurídicas daí decorrentes, inclusive para fins sucessórios”.

Verifica-se que o aplicador da lei não deve ater-se a interpretação literal e fria da lei, pois estaria afastando direitos da criança, com isso importa realizar interpretação extensiva de toda conjuntura legislativa de modo a assinalar que as decisões devem condizer com a modificação das relações atuais.

O Supremo Tribunal manifestou desta feita que havendo a parentesco biológico este não invalida o socioafetivo e juntamente não excluem as responsabilidades paternas, como o dever de sustento, condicionado de forma solidária e proporcional aqueles que exercem o poder familiar.

Portanto, a controvérsia atual no que tange a discussão referente a pensão alimentícia parte do pressuposto de considerar o melhor interesse da criança, observando o binômio necessidade, possibilidade e precipuamente, buscar a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal com a legislação e princípios já existentes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, restou demonstrado que as mudanças na sociedade são constantes e rápidas. Com menos de 100 anos de história ocorreram diversas modificações na legislação. Apesar disso, sobrevém a necessidade de proceder às alterações, como no caso da multiparentalidade que possui apenas provimento do Conselho Nacional de Justiça.

É perceptível que a Carta Magna brasileira é carregada de princípios, direitos fundamentais e sobretudo preza a dignidade da pessoa humana. Por este fato, entende-se que diante de situações familiares, ou circunstâncias não regulamentadas preza-se pelo respeito aos princípios.

Ao tratar da criança e do adolescente, o Estado tende a proteção integral, com absoluta prioridade, dado que, os mesmos, ainda que sejam seres de direito e consciência, na maioria das circunstâncias são as partes mais vulneráveis da relação. Destaca-se que o princípio do melhor interesse da criança cumpre a função de prover tratamento digno.

Nesse ínterim, a desenvoltura do tema às novas relações familiares, sobre a qual, uma criança pode ter o nome de dois pais em sua certidão de nascimento encontra amparo na proteção integral em todos os aspectos, desde o respeito à vida, honra, dignidade e cuidado até mesmo ao provimento das necessidades básicas.

Asseverou que os tribunais brasileiros, qual sejam Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e demais instâncias julgadoras nas decisões que diz respeitam a evolução e diversidade de relações prezam pela essencialidade da Constituição da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana, o respeito às condições de livre escolha às conjunturas familiares.

Finalmente, diz-se que os reflexos da pensão alimentícia sobre o direito ao recebimento de pensão alimentícia estão em consonância com as garantias e direitos

constitucionais da criança, pois, ao declarar a solidariedade e dever de igualdade entre os pais preza pelo melhor interesse da criança.

7 REFERÊNCIAS

ALVES, Dayane Rodrigues; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. **Aspectos gerais sobre a pensão alimentícia**. In: Revista acadêmica Unitoledo. Publicada em 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2579/2246>>. Acesso em: 22 jan. 2022.

BORZANI, Alexandre. **COVID-19 x Princípio do melhor interesse da criança**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1427/COVID-19+++++x++++Princ%C3%ADpio+do+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a> Acesso em: 10 mar. 2022

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>

Acesso em: 17 fev. 2022.

BRASIL. **Declaração dos Direitos da Criança**. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 23 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060**, Relator: Min. Luiz Fux, 21 setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 1997.

CNJ. **Provimento Nº 63 de 14/11/2017**. Disponível em:
<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525> Acesso em: 05 Mar de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. **Significado de Família**. Disponível em:
<https://www.dicio.com.br/familia/> Acesso em: 15 fev. 2022.

LAS CASAS, Fernanda. **Família pós-moderna: Será que estamos entrando na era da Família líquida?** Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/artigos/autor/Fernanda%20Las%20Casas> Acesso em: 24 mar.2022

MIQUILINO, Carolina da Silva. **Consequências jurídicas da multiparentalidade (dupla paternidade/maternidade)**. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/87759/consequencias-juridicas-da-multiparentalidade-dupla-paternidade-maternidade#:~:text=No%20caso%20da%20multiparentalidade%2C%20como,na%20razoabilidade%20do%20referido%20valor%2C> Acesso em: 05 Mar de 2022.

MPPR. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Disponível em:
<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html> Acesso em: 25 mar. 2022.

STF. **Voto Ministro Luiz Fux Recurso Extraordinário 898.060**. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/dl/voto-toffoli1.pdf> Acesso em 19 abr.2022

STJ. **Recurso Especial nº 1.674.849 - RS (2016/0221386-0)**. Disponível em: Acesso em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602213860&dt_publicacao=23/04/2018 Acesso em 18 abr.2022

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5 - Direito de Família**. 9º ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

TJTO. **Apelação Cível 0001157-93.2015.8.27.2737**. Disponível em:

[https://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento.p](https://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento.php?uuid=86e209141d6531d523ab745dc430e5d0&options=%23page%3D1)

[hp?uuid=86e209141d6531d523ab745dc430e5d0&options=%23page%3D1](https://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento.php?uuid=86e209141d6531d523ab745dc430e5d0&options=%23page%3D1) Acesso em 18 abr. 2022

VALE, Horácio Eduardo Gomes. **Princípio do Melhor Interesse da Criança**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81317/principio-do-melhor-interesse-da-crianca> Acesso em: 12 fev. 2022.

VSBO ADVOGADOS. **Decisão do STF equipara a união estável ao casamento para fins de sucessão**. Disponível em: <https://www.vbso.com.br/decisao-do-stf-equipara-a-uniao-estavel-ao-casamento-para-fins-de-sucessao/> Acesso em: 05 Mar de 2022.

IMPACTOS DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO SOBRE O DANO EXISTENCIAL NA REFORMA TRABALHISTA

JULIANA GÓES ROCHA: pós-graduada em Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Graduada em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA).⁹

RESUMO: Este artigo tem como tema os impactos das decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST) na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista, no que se refere aos danos existenciais. O estudo foi realizado como forma de ensejar a discussão sobre o dano existencial após as alterações legais, ainda pouco discutido no Brasil, de modo a contribuir na definição de seu conceito e critérios utilizados para a sua identificação, possibilitando sua aplicação aos casos concretos em que for visualizado e permitindo uma compensação adequada às vítimas dessas violações. O método dedutivo foi utilizado no trabalho, tendo sido realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema em foco. Ao final, observou-se que a Reforma Trabalhista visou a restringir a proteção extrapatrimonial dos trabalhadores, pouco aproveitando dos debates relativos aos danos existenciais no TST e que, por essa razão, é necessária cautela na interpretação do Título II-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e novos estudos relativos aos danos extrapatrimoniais, em especial os existenciais.

Palavras-chave: dano existencial; danos extrapatrimoniais; reforma trabalhista.

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre o conceito de danos extrapatrimoniais e morais no Brasil está longe de ser pacificada. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência apresentam conceituações distintas, com consequências práticas relevantes, especialmente na adoção dos critérios que irão nortear o juízo na fixação de uma compensação proporcional aos prejuízos sofridos.

Alguns doutrinadores entendem que no ordenamento jurídico brasileiro não há razão para diferenciação entre dano extrapatrimonial e dano moral, já que o Brasil possui

⁹ Pós-graduada em Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Graduada em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA).

um sistema aberto com cláusulas gerais de dano (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 300-301). Segundo esse posicionamento, essa distinção só é necessária em sistemas fechados de reparação, como é o caso da Itália. Acabam criticando, por conseguinte, o surgimento de novos tipos de danos, como o existencial, por entenderem que todos se enquadram como dano moral.

Em sentido contrário, há quem defenda que o dano extrapatrimonial equivale ao dano moral *lato sensu*, pois é gênero que abarca todos os prejuízos que não possuem consequência patrimonial direta, como é o caso de Tuma (2016, p. 92). Já o dano moral em sentido estrito, nesse cenário, é o que viola direitos da personalidade, independentemente da ocorrência ou demonstração de dor ou sofrimento.

Dito isso, partindo-se da premissa de que dano extrapatrimonial é gênero, é possível identificar várias espécies. Dentre elas, há uma que tem galgado certo destaque no cenário brasileiro, especialmente no Direito do Trabalho: o dano existencial. Para a autora Flaviana Rampazzo Soares, esse tipo danoso é

(...) a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina (SOARES, 2009, p. 44).

Nesse contexto, e considerando a significativa jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre os danos existenciais, o objetivo deste artigo é analisar, do ponto de vista jurídico, o impacto das decisões da Corte Superior trabalhista na elaboração da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, no tocante ao dano existencial, assim como de averiguar a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre tal alteração legislativa.

Justifica-se a escolha do tema na sua importância na atualidade, já que está começando a ser discutido no Brasil, sendo a literatura sobre o assunto ainda escassa. Apesar disso, não é possível negar a sua relevância, em razão das consequências práticas que tem gerado, inclusive o reconhecimento de sua existência no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio de lei.

Isso posto, passa-se à análise do impacto da jurisprudência do TST sobre o dano existencial na reforma trabalhista.

2 IMPACTOS DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO SOBRE O DANO EXISTENCIAL NA REFORMA TRABALHISTA

Os pedidos de danos existenciais no Brasil têm se restringido ao direito do trabalho e têm sido fundamentados quase exclusivamente nas jornadas exaustivas, malgrado outros fatos possam ocasioná-los no âmbito trabalhista, como acidentes que causem à amputação de um membro¹⁰ ou a exposição a substâncias tóxicas que impeçam o empregado de ter filhos.

Nesse contexto, em pesquisa realizada (ROCHA, 2017, no prelo), foram verificados quais parâmetros jurídicos eram utilizados pelo TST para reconhecer o dano existencial como categoria jurídica autônoma de dano nos casos em que os empregados são submetidos a jornadas excessivas de trabalho.

Para isso, foi utilizado como fonte o artigo do autor Molina (2016, p. 163-166), o qual apresenta a evolução jurisprudencial sobre dano existencial por jornadas excessivas de trabalho no TST entre os anos de 2014 e 2015, apontando a mudança de posicionamento nesse período, e realizada pesquisa atualizada até setembro de 2017.

Como resultado, constatou-se que o TST é a Corte brasileira mais avançada em relação ao tema, dado que há alguns anos reconhece o dano existencial como categoria jurídica autônoma de dano, discutindo suas características próprias.

Os principais parâmetros jurídicos identificados como aqueles utilizados pela Corte para o reconhecimento desse tipo danoso específico nos casos em que os trabalhadores são submetidos a jornadas excessivas de trabalho foram:

- a) prejuízo à integridade psicofísica com aumento do cansaço e risco de acidentes;
- b) violação do direito à liberdade, ao lazer e à desconexão, impedindo a autodeterminação e autorrealização do empregado;
- c) jornada excessiva imposta de forma habitual, durante período considerável;

10 A título de exemplo, há julgados do TST que sequer mencionam os danos existenciais, a despeito da existência de acidente de trabalho que implicou redução permanente da capacidade laborativa do empregado (TST-ARR-28500-60.2009.5.02.0461, Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Órgão Julgador: Sétima Turma, Data do Julgamento: 6/12/2017, Data da Publicação: DEJT 15/12/2017).

d) ocorrência do prejuízo (objetivamente aferível) às relações familiares, sociais e individuais do empregado ou ao seu projeto de vida;

e) prova do dano, não considerado *in re ipsa*; e

f) reparação conglobada, mesmo quando reconhecida a ocorrência de dano existencial e de dano moral.

Verificou-se, outrossim, que apesar de terem sido apresentadas definições de danos existenciais harmoniosas com a doutrina brasileira, ainda assim, alguns Ministros os confundiam com os morais.

Dessa confusão, originou-se o entendimento de que não só os danos existenciais (cujas consequências seriam objetivamente aferíveis) demandariam provas para o deferimento da indenização; os morais (que atingem a esfera subjetiva da vítima e têm sido considerados *in re ipsa*), quando decorrentes de jornadas excessivas, também necessitariam da comprovação do dano.

Misturaram-se, assim, os diferentes tipos de prejuízo, embaralhando-se os requisitos para suas compensações e dificultando a obtenção de uma reparação parcial.

Em face dessas considerações, concluiu-se que apesar de o TST ser o Tribunal brasileiro mais avançado nos debates sobre os danos existenciais, ainda é necessário que os estudos sejam aprofundados, para que se evitem indefinições e obscuridades sobre conceitos dos tipos danosos analisados pelos Ministros, assim como sobre os critérios utilizados para o reconhecimento específico do dano existencial.

Nesse cenário, não se pode negar a relevância da positivação do dano existencial na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e que a jurisprudência do TST teve influência direta na Reforma Trabalhista como um todo, inclusive no tocante aos danos extrapatrimoniais. Essa afirmação se confirma no relatório do Deputado Rogério Marinho, no qual justificou a inclusão do Título II-A à CLT:

Também é objeto do Substitutivo uma regulamentação para o dano extrapatrimonial, visando disciplinar o procedimento para a concessão do dano moral e do dano existencial ou de outros tipos de reparação que venham a ser criados.

(...)

Vivemos hoje, no Judiciário brasileiro, um fenômeno que cresce dia após dia, que é o ajuizamento de ações visando à indenização por danos morais. E, além do dano moral, temos, ainda, uma nova figura

que tem sido pleiteada – e concedida – com razoável constância pelo juízo trabalhista que é o dano existencial.

Reconhecemos a importância do tema, mesmo porque o pagamento de indenização quando verificado o dano está previsto na Constituição Federal, nos termos do inciso X do art. 5º. Com o que não podemos concordar, todavia, é a total falta de critério na sua fixação.

Na Justiça do Trabalho, segundo dados do próprio TST, em torno de 1% a 2% das ações ajuizadas no ano de 2016 tratavam, exclusivamente, de indenização por dano moral ou existencial. Entretanto esses dados não levam em consideração o fato de que quase todas as ações trabalhistas trazem um pedido acessório de indenização por danos morais, fundada, muitas vezes, em mero descumprimento da legislação trabalhista.

Como há um vácuo nas leis do trabalho quanto ao tratamento da matéria, os pedidos são formulados com base na legislação civil, a qual também não oferece critérios objetivos para lidar com o tema.

A ausência de critérios objetivos e o alto nível de discricionariedade conferidos ao magistrado na fixação judicial dessas indenizações trazem insegurança jurídica, lesando a isonomia de tratamento que deve ser dada a todos os cidadãos. Não é raro que se fixem indenizações díspares para lesões similares em vítimas diferentes. Do mesmo modo, são comuns indenizações que desconsideram a capacidade econômica do ofensor, seja ele o empregado ou o empregador, situação que se mostra agravada no caso dos empregadores, porquanto ações de prepostos podem gerar valores que dificultem, ou mesmo inviabilizem, a continuidade do empreendimento.

Diante desses fatos, estamos propondo a inclusão de um novo Título à CLT para tratar do dano extrapatrimonial, o que contempla o dano moral, o dano existencial e qualquer outro tipo de dano que vier a ser nominado. A inserção desses dispositivos na CLT evitará que tenhamos decisões díspares para situações assemelhadas, como temos visto com alguma frequência em nosso Judiciário.

Acreditamos que essa medida facilitará a atuação dos magistrados do trabalho, que terão critérios objetivos para definir o valor da indenização, sem que tenham a sua autonomia decisória ferida.

Isso posto, foca-se, inicialmente, na redação do art. 223-B da CLT, que incluiu o dano existencial expressamente como um dos danos extrapatrimoniais que devem ser compensados:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Nota-se, pelo texto, que o legislador reconheceu que uma conduta (ativa ou omissa) pode ocasionar danos morais ou existenciais, não sendo necessária a ocorrência de ambos para a reparação, embora nada impeça que uma única ação ou omissão viole as duas esferas.

Ademais, o legislativo optou por um modelo de reparação conglobado dos danos extrapatrimoniais, na linha de pensamento do TST e dos autores Farias, Braga Netto e Rosenvald¹¹, de modo a definir um único valor capaz de reparar as esferas moral e existencial da pessoa conjuntamente.

Nesse contexto, frisando-se o que expôs o Deputado, é importante destacar que não apenas os danos morais e existenciais devem ser reparados pelo empregador nas relações de trabalho; de fato, outros danos extrapatrimoniais podem ser identificados e devidamente compensados pelo violador, como, por exemplo, os danos biológicos¹², independentemente de nomeação.

Dessa forma, é necessária cautela na interpretação do art. 223-B da CLT, de modo que não só as esferas moral e existencial do trabalhador sejam consideradas protegidas, e sim todo e qualquer aspecto extrapatrimonial que o integram. Tal ressalva é especialmente

¹¹ Os autores supracitados apresentam o entendimento de que no ordenamento jurídico brasileiro não há razão para diferenciação entre dano extrapatrimonial e dano moral, já que o Brasil possui um sistema aberto com cláusulas gerais de dano (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 300-301). Segundo esse posicionamento, essa distinção só é necessária em sistemas fechados de reparação, como é o caso da Itália. Acabam criticando, por conseguinte, o surgimento de novos tipos de danos, como o existencial, por entenderem que todos se enquadram como dano moral.

¹² Dano biológico é aquele que atinge a saúde física e/ou psíquica da pessoa, ou seja, ofende a integridade psicofísica, podendo ter consequências permanentes ou temporárias, totais ou parciais, gerando prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais. Difere do dano existencial, já que possui em essência aspecto médico-legal que o segundo pode não apresentar (SOARES, 2009, p. 110-111).

pertinente diante dos artigos 223-A e 223-C da CLT, também incluídos pela Reforma Trabalhista:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Como bem explica o Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 3ª Região Sebastião Geraldo de Oliveira (2017, p. 338-340), a Lei nº 13.467, de 2017, teve a clara intenção de limitar o dano moral na esfera trabalhista, conquanto tenha tentado passar a impressão contrária ao positivar o dano existencial:

De início, vale enfatizar que a regulamentação introduzida só abrange os danos morais ou extrapatrimoniais. Desse modo, numa ação indenizatória por acidente do trabalho ou doença ocupacional, o julgamento do dano material (danos emergentes, lucros cessantes ou pensão, perda de chance) continuará utilizando como fonte normativa os dispositivos do Código Civil, por aplicação subsidiária determinada pelo art. 8º da CLT.

Cabe destacar a contradição expressa deste comando legal com a diretriz básica adotada pela reforma, a respeito da aplicação subsidiária do direito comum no direito do trabalho. A Lei n. 13.467/2017 suprimiu do art. 8º da CLT o importante e septuagenário filtro de compatibilidade, que só autorizava a aplicação subsidiária do direito comum “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais” do direito do trabalho. Assim, apontou a reforma que, nos silêncios da CLT, aplicam-se de imediato as regras do direito comum, abstraindo-se da análise sobre a compatibilidade com os princípios que regem o direito do trabalho. O sinal ostensivo foi, portanto, no sentido de alargar a influência da legislação civil no direito do trabalho.

Entretanto, no art. 223-A que inaugura o novo Título da CLT, o legislador abandonou a diretriz apontada e colocou um filtro redutor

caprichosamente com sinal invertido, para limitar a reparação do dano moral sofrido pelo trabalhador. Com efeito, ao estabelecer que se aplicam “apenas” os dispositivos da nova regulamentação para o dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, o legislador indicou que não quer a aplicação subsidiária do direito comum nesse tópico, exatamente com o propósito de estabelecer uma indenização mitigada e parcial dos danos extrapatrimoniais trabalhistas, como veremos na análise de cada artigo.

É certo que os novos dispositivos do Título II-A devem ser considerados na apreciação dos danos morais, mas é inviável afastar por completo a regulamentação a respeito prevista no Código Civil e em outras normas esparsas, mormente porque a regulamentação proposta é limitada e não aponta soluções para todas as controvérsias, como já pacificado no âmbito do direito civil.

Dessa forma, a despeito do relatório produzido pelo Poder Legislativo, deve-se ter em conta que o objetivo primordial da Constituição Federal de 1988 (CF/88) é a proteção da dignidade da pessoa humana e, portanto, os empregados, como seres humanos, devem ser integralmente tutelados.

Outrossim, observa-se que a compensação foi expressamente estendida às pessoas jurídicas. Nesse quadro, é importante dizer que é pacífico o entendimento de que elas podem sofrer danos morais, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹³ (STJ), desde que consideradas as peculiaridades e diferenças em relação às pessoas físicas, razão pela qual apenas aspectos objetivos¹⁴ da moral são indenizados no caso daquelas.

Contudo, não foram localizadas quaisquer discussões no tocante à possibilidade de indenização de danos existenciais a uma pessoa jurídica. De fato, embora possam sofrer danos morais, não parece adequado estender-lhes a possibilidade de compensação por danos existenciais.

Isso porque, conquanto seja possível argumentar que uma pessoa jurídica foi constituída por uma razão específica e que seu objetivo pode ser atrapalhado por determinadas condutas, a previsão de compensação do dano existencial por violação ao projeto de vida e à vida de relações, visa, em realidade, a proteger algo essencialmente humano: a liberdade, a possibilidade de fazer escolhas internas e externas, o que uma

13 Súmula nº 227/STJ - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

14 Tais como imagem, nome e reputação.

pessoa jurídica não tem capacidade de realizar de forma direta e consciente, mas tão somente por intermédio de seus sócios ou administradores.

Logo, inexistente esfera existencial da pessoa jurídica a ser tutelada, posto que o novo art. 223-B da CLT induza indevidamente ao entendimento contrário.

Ademais, a parte final do dispositivo objetivou afastar jurisprudência consolidada não só do TST, como de todos os tribunais em geral, inclusive do STJ, na medida em que tentou impedir a compensação por danos extrapatrimoniais por ricochete que, embora seja discutível do ponto de vista da quantidade de legitimados, é amplamente reconhecida no cenário nacional, especialmente no tocante à família do prejudicado direto.

Sobre o tema, expõe o professor Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 98-100):

Não se discute que tem legitimidade para a ação indenizatória toda e qualquer pessoa que alega ter sofrido um dano. A questão que se coloca, e para a qual ainda não solução definitiva na lei, nem na doutrina e na jurisprudência, é quanto ao limite para a reparação do dano moral. Até que grau um parente pode pleitear indenização por esse dano em razão da morte de familiar? Irmãos, primos, tios? E o amigo íntimo, teria também legitimidade? Os fãs de um artista ou atleta famoso também teriam? Ainda que sejam milhões? Não há que se negar que todos sofrem intensamente com a perda de alguém querido, mas só por isso todos terão direito à indenização pelo dano moral? Um parente próximo pode sentir-se feliz pela morte da vítima, enquanto o amigo sofrerá intensamente.

Há os que entendam não haver limites, mormente entre os parentes, nem qualquer concorrência entre os atingidos pelo ato ilícito, podendo a indenização ser postulada por qualquer dos prejudicados: sustentam que não se pode hierarquizar o direito postulatório dos lesados, criando-se preferência entre eles, de modo que o direito de uns afastaria o dos demais. Em suma, a reparação do dano moral não se submeteria a nenhuma regra sucessória, nem previdenciária.

O Direito, todavia, é um conjunto de normas lógicas que não podem nos conduzir a conclusões absurdas. Entendo que também aqui a solução deva ser buscada no princípio da razoabilidade. O Código Civil Português, em seu art. 496, nº 2, tem regra expressa sobre esta questão que bem pode ser adotada como norte. No caso de morte

da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge e aos descendentes da vítima; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes, e por último aos irmãos ou sobrinhos que o representam.

O nosso Código Civil, lamentavelmente, nada dispôs a respeito. A regra do seu art. 948, II, entretanto, embora pertinente ao dano material, pode ser aplicada analogicamente para limitar a indenização pelo dano moral àqueles que estavam em estreita relação com a vítima, como o cônjuge, companheira, filhos, pais e irmãos menores que viviam sob o mesmo teto. A partir daí, o dano moral só poderá ser pleiteado na falta daqueles familiares e dependerá de prova de convivência próxima e costume. (...).

Temos nesses casos o chamado dano moral reflexo ou indireto, também denominado dano moral por ricochete. No REsp 1.208.949, Rel. Ministra Nancy Andrighi, o STJ voltou a enfrentar a questão, mantendo o mesmo entendimento: “Reconhece-se a legitimidade ativa dos pais de vítima direta para, conjuntamente com essa, pleitear a compensação por dano moral por ricochete, porquanto experimentaram, comprovadamente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa.” Na motivação do voto a doutra relatora destacou: “embora o ato tenha sido diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. É o chamado dano moral por ricochete ou *préjudice d’affection*, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo dos referidos autores”.

Nota-se que não há dúvidas quanto à existência e necessidade de compensar danos morais por ricochete, que são danos autônomos em relação a um mesmo fato gerador; o que se discute, atualmente, são os limites da indenização – quantas pessoas poderiam ser compensadas de forma reflexa?

Assim, ao estabelecer que a pessoa física ou jurídica atingida é a titular exclusiva do direito à reparação, a Lei, de forma desarrazoada – diferentemente do que propôs o autor supracitado – buscou impedir a devida reparação às vítimas reflexas de danos extrapatrimoniais.

Nessa conjuntura, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, aprovou diversos

enunciados, os quais são orientações jurídicas não vinculantes à magistratura trabalhista, dentre os quais o enunciado nº 20, defendendo o seguinte:

DANO EXTRAPATRIMONIAL: LIMITES E OUTROS ASPECTOS.
DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. O ART. 223-B DA CLT, INSERIDO PELA LEI 13.467, NÃO EXCLUI A REPARAÇÃO DE DANOS SOFRIDOS POR TERCEIROS (DANOS EM RICOCHETE), BEM COMO A DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS OU MORAIS COLETIVOS, APLICANDO-SE, QUANTO A ESTES, AS DISPOSIÇÕES PREVISTAS NA LEI 7.437/1985 E NO TÍTULO III DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Entende-se que o posicionamento defendido pela Associação está em harmonia com a CF/88 e com as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, sendo o objetivo do legislador, ao incluir tal limitação, materialmente inconstitucional e desconectado da realidade brasileira.

Veja-se: não só é possível como fácil que um dano existencial infligido a um trabalhador traga consequências extrapatrimoniais graves a pessoas próximas a quem foi diretamente lesionado.

Cita-se, como exemplo, o caso do empregado que, após sofrer acidente de trabalho, perde os braços, tornando-se dependente nas atividades básicas do dia a dia. A esposa, embora não tenha sido diretamente prejudicada, poderá também sofrer um dano existencial, diferente, mas estritamente ligado ao de seu marido. Afinal, inegavelmente suas relações pessoais e até mesmo os seus planos de vida podem ser impactados negativamente; seria a hipótese da necessidade de abandonar os estudos ou o emprego para cuidar do cônjuge.

Nessa situação hipotética, a esposa não poderia ficar desamparada; e, por ter o dano sofrido decorrido do acidente de trabalho de seu marido, o responsável legal pela reparação seria o empregador em cujo benefício o homem teve a sua integridade física e moral violada.

Salienta-se, por oportuno, que mesmo o Direito Civil protege preferencialmente os prejudicados e não o causador do dano, independentemente da ocorrência de ato ilícito. A título de exemplificação, tem-se a leitura conjunta dos artigos 188, inciso II, 929 e 930, todos do Código Civil, que assim dispõem:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

(...)

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

(...)

Infere-se, da leitura dos dispositivos, que conquanto a pessoa tenha agido em estado de necessidade, destruindo a coisa alheia ou lesionando pessoa a fim de remover perigo e não com a intenção de causar prejuízo, ainda assim caber-lhe-á indenizar o prejudicado direto que não tenha causado o perigo. É clara a opção pela proteção da vítima em detrimento do causador do dano, ainda que este tenha agido dentro da legalidade.

Sendo assim na esfera cível, que justificativa haveria para tratamento menos favorável às vítimas de danos relacionados ao direito do trabalho? Por que o agente em estado de necessidade deve indenizar terceiro prejudicado por sua conduta, mas o empregador não tem a mesma obrigação caso as atividades exercidas para a obtenção de suas finalidades particulares traga sérios agravos a terceiros intimamente ligados aos seus subordinados?

Apesar de tratar daqueles que estão diretamente inseridos na relação laboral, o enunciado nº 18 da ANAMATRA, que trata da inconstitucionalidade do art. 223-A da CLT, é plenamente aplicável a essa hipótese. Leia-se o texto do enunciado mencionado:

DANO EXTRAPATRIMONIAL: EXCLUSIVIDADE DE CRITÉRIOS. APLICAÇÃO EXCLUSIVA DOS NOVOS DISPOSITIVOS DO TÍTULO II-A DA CLT À REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: INCONSTITUCIONALIDADE. A ESFERA MORAL DAS PESSOAS HUMANAS É CONTEÚDO DO VALOR DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º,

III15, DA CF) E, COMO TAL, NÃO PODE SOFRER RESTRIÇÃO À REPARAÇÃO AMPLA E INTEGRAL QUANDO VIOLADA, SENDO DEVER DO ESTADO A RESPECTIVA TUTELA NA OCORRÊNCIA DE ILICITUDES CAUSADORAS DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES LABORAIS. DEVEM SER APLICADAS TODAS AS NORMAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE POSSAM IMPRIMIR, NO CASO CONCRETO, A MÁXIMA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 5º, V E X16, DA CF). A INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 223-A DA CLT RESULTARIA EM TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO INJUSTO ÀS PESSOAS INSERIDAS NA RELAÇÃO LABORAL, COM INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AOS ARTS. 1º, III; 3º, IV17; 5º, CAPUT E INCISOS V E X E 7º, CAPUT18, TODAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

15 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

(...)

16 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:

(...)

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

(...)

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

(...)

17 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

18 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Destarte, os princípios do direito civil compatíveis com os do ramo trabalhista não só podem como devem ser aplicados nesses casos, afastando a interpretação de que empregadores não são passíveis de condenação a pagamento de danos morais ou existenciais reflexos.

Por fim, frisa-se que apesar de a liberdade – principal bem jurídico protegido pelo dano existencial, dentre outros resguardados – ter sido expressamente mencionado no art. 223-C da CLT, o dispositivo não pode ser considerado exauriente, ou seja, os bens nele citados são meramente exemplificativos, sob pena de limitação indevida à proteção do ser humano e de sua dignidade, além da discriminação injustificável entre os que constituem partes de uma relação laboral e aqueles que integram relações cíveis ou de outra natureza.

Assim entendeu a ANAMATRA no enunciado nº 19:

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: LIMITES. É DE NATUREZA EXEMPLIFICATIVA A ENUMERAÇÃO DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DOS TRABALHADORES CONSTANTE DO NOVO ART. 223-C DA CLT, CONSIDERANDO A PLENITUDE DA TUTELA JURÍDICA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, COMO ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTIGOS 1º, III; 3º, IV, 5º, CAPUT E § 2º).

Ressalta-se que a Associação ajuizou duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) relativas ao art. 223-G acrescido na CLT pela Reforma Trabalhista, abaixo transcrito:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

I - a natureza do bem jurídico tutelado;

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III - a possibilidade de superação física ou psicológica;

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;

V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;

(...)

VII - o grau de dolo ou culpa;

VIII - a ocorrência de retratação espontânea;

IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;

X - o perdão, tácito ou expresso;

XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;

XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

(...)

A primeira delas foi a ADI nº 5870, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na qual foram questionados os incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, com a redação que lhes foi dada pela Medida Provisória (MP) nº 808, de 14 de novembro de 2017.

A impugnação foi dirigida à tarifação dos danos morais, já julgada inconstitucional pelo STF ao analisar a Lei de Imprensa¹⁹, tendo em vista a violação ao princípio da reparação integral do dano, extraído dos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, o que também atingiria, por consequência, a dignidade da pessoa humana.

¹⁹ ADP 130/DF, Relator: Ministro Carlos Britto, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 30/4/2009, Data da Publicação: DJe 6/11/2009.

Posteriormente, com a perda da vigência da MP em questão, a Associação requereu desistência da ação, cujo trânsito em julgado de extinção sem julgamento de mérito ocorreu em março de 2022, e ajuizou a ADI nº 6050, pendente de julgamento.

Ante as ADIs, a Procuradora-Geral da República Raquel Dodge emitiu o Parecer nº 160/2018-SFCONST/PGR, em que discorreu sobre o Título II-A da CLT e solicitou, também, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 223-A e 223-C da CLT, com o qual se concorda integralmente:

A Lei 13.467/2017 inseriu na CLT o Título II-A – “Do Dano Extrapatrimonial” – composto pelos arts. 223-A a 223-G, que disciplinam a reparação de danos de natureza extrapatrimonial na esfera das relações de trabalho.

O art. 223-B conceitua o dano extrapatrimonial como o prejuízo de ordem moral ou existencial causado à pessoa física ou jurídica. O art. 223-C, por sua vez, aponta como bens jurídicos extrapatrimoniais da pessoa natural tutelados pelo complexo normativo “a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física”. A MP 808/2017, cuja eficácia se expirou por decurso de prazo (CF/1988, art. 62-§3º), havia alterado a redação desse dispositivo, para incluir, dentre os bens tutelados, também a etnia, a idade, a nacionalidade, o gênero e a orientação sexual.

Essa tentativa frustrada de complementação normativa logo evidencia que, longe de esgotar o rol de direitos de personalidade passíveis de tutela no âmbito das relações de trabalho, a referida norma desafia interpretação ampliativa, compreensiva de todos os direitos de personalidade garantidos pela Constituição, os quais, na dicção de seu art. 5º-§2º, “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Interpretação *numerus clausus* da norma implicaria inconstitucionalidade, por exclusão de tutela a direitos fundamentais não previstos no enunciado normativo.

(...)

Firmadas essas premissas, razão assiste à requerente quanto à inconstitucionalidade do art. 223-G-§1º-I-II-III-IV da CLT. O dispositivo impugnado restringe a tutela do direito fundamental à

incolumidade moral, contrariando o mandamento constitucional de máxima tutela aos direitos de personalidade. A tutela reparatória desses direitos somente seria passível de restrição quando essencialmente necessário e na medida estrita da necessidade de implementação de outros direitos fundamentais, dotados de idêntica dignidade, por força de uma “reserva geral de ponderação”, à luz do princípio hermenêutico da proporcionalidade. Mas, não é o que ocorre no caso em apreço.

A limitação indenizatória imposta pelo dispositivo impugnado não decorre de reserva legal prevista na Constituição, nem se ampara em “reserva geral de ponderação”, pois não decorre de conflito entre direitos fundamentais, a justificar ingerência restritiva do legislador ordinário. O exercício da livre iniciativa empresarial é garantia plenamente conciliável com os direitos fundamentais de personalidade, titularizados pelo trabalhador, especialmente considerando as funções sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República (CF/1988, art. 1º, IV).

A instituição prévia e abstrata de valores máximos para indenizações por danos morais no âmbito trabalhista impede a proteção jurisdicional suficiente aos direitos violados, sempre que, nos casos concretos, esses valores não forem bastantes para conferir integral reparação ao dano, proporcionalmente ao agravo (CF/1988, art. 5º-V) e à capacidade financeira do infrator, inibindo, nessa hipótese, o efeito pedagógico-punitivo da reparação do dano moral.

Refoge, por isso, ao campo de ação discricionária do legislador a restrição à tutela reparatória garantida no art. 5º-V-X da Constituição, na medida em que restringe sem respaldo constitucional a disciplina tuitiva de direitos fundamentais personalíssimos, mormente considerando que a restrição recai exclusivamente sobre uma esfera de relações privadas, como, no caso da norma impugnada, a esfera das relações de trabalho, sem que haja justificativa de índole constitucional que justifique o discrimen.

Restou clara a pretensão do legislador da Lei 13.467/2017 de promover o isolamento disciplinar dos direitos fundamentais de personalidade na órbita das relações de trabalho, para submeter-lhes

à referida restrição reparatória. Dispõe o novo art. 223-A da CLT que se aplicam à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho “apenas os dispositivos deste Título” (sem ênfase no original), referindo-se ao Título II-A da CLT (Do Dano Extrapatrimonial), inserido pelo diploma legal impugnado.

Evidente o propósito do legislador de impedir a aplicação, no âmbito das relações de trabalho, das normas do Título IX do Código Civil, que cuidam da responsabilidade civil e, particularmente, de seu art. 944, que, ao determinar o dimensionamento da indenização pela extensão do dano, acolhe o princípio constitucional da reparação integral, inspirado no ideal de reposição da vítima ao estado anterior à ocorrência do agravo.

Esse isolamento disciplinar redutor de tutela jurídica de direitos existenciais no âmbito das relações de trabalho enseja restrição de direitos fundamentais determinada pela condição de empregado ou prestador de serviço da vítima em face do ofensor. Contraria-se, com essa fórmula, a relevância da posição ocupada pelo trabalho e pelo meio ambiente de trabalho saudável na ordem constitucional, em violação aos arts. 1º-IV, 170,31 19332 e 225-§3º33 da Carta Magna. Nega-se, ainda, a amplitude do direito fundamental à indenização por acidente do trabalho, previsto no art. 7º-XXVIII da Constituição.

(...)

Opina-se ainda pela declaração ex officio de inconstitucionalidade por arrastamento dos parágrafos 2º e 3º do art. 223-G da CLT, inseridos pela Lei 13.467/2017, o primeiro porque tarifa o valor de indenização por dano extrapatrimonial devido à pessoa jurídica, e o segundo porque autoriza a elevação ao dobro do valor da indenização tarifada, em caso de reincidência entre partes idênticas: (...).

Sugere-se, por fim, a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos arts. 223-A43 e 223-C44 da CLT, também inseridos pela Lei 13.467/2017. O art. 223-A, segundo exposto, por restringir a tutela dos direitos de personalidade na esfera trabalhista em razão da qualidade de empregado ou prestador de serviço ostentada pela vítima, em violação ao princípio isonômico (CF/1988, art. 5º-caput), e o segundo, por limitar os direitos de personalidade passíveis de

tutela na seara trabalhista, em violação ao princípio da reparação integral do dano extrapatrimonial, previsto no art. 5º-V-X da Constituição.

O STF admite a declaração ex officio de inconstitucionalidade consequential ou por atração de norma não impugnada que decorra, encontre fundamento de validade ou tenha sua incidência dependente da norma principal declarada inconstitucional, hipótese presente no tocante aos dispositivos acima apontados.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), por sua vez, pleiteou o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 223-A e 223-G da CLT na ADI nº 6069; além dos argumentos postos pela ANAMATRA, suscitou a violação aos princípios da igualdade, haja vista que os submetidos à justiça especializada teriam um teto indenizatório, enquanto nas relações cíveis, não haveria limites; do livre convencimento do magistrado; da razoabilidade e da proporcionalidade; da proteção do trabalho; e da vedação de retrocesso social.

Por fim, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) ajuizou a ADI nº 6082 contra os dispositivos também impugnados pelo CFOAB, apresentando os mesmos argumentos expostos pela ANAMATRA.

Sobre as ações concentradas de inconstitucionalidade mencionadas, é importante dizer que o STF julgou prejudicada a ADI nº 5870 por perda do objeto e determinou que todas as demais fossem apensadas à ADI nº 6050 para análise conjunta, haja vista a conexão entre elas. Atualmente, o julgamento está suspenso por pedido de vista do Ministro Nunes Marques.

Contudo, é importante salientar que o Ministro Gilmar Mendes, Relator das referidas ações, já apresentou o seu voto, julgando os pedidos parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição aos dispositivos questionados nas ADIs:

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), que conhecia das ADI 6.050, 6.069 e 6.082 e julgava parcialmente procedentes os pedidos formulados, para conferir interpretação conforme a Constituição, de modo a estabelecer que: 1) As redações conferidas aos art. 223-A e 223-B, da CLT, não excluem o direito à reparação por dano moral indireto ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil; 2) Os critérios de quantificação de reparação por dano

extrapatrimonial previstos no art. 223-G, *caput* e § 1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade, pediu vista dos autos o Ministro Nunes Marques. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux (Presidente), impedido neste julgamento. Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Plenário, 27.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Enquanto se aguarda a decisão definitiva do STF, evidencia-se que, a despeito do que disse o Deputado Rogério Marinho em seu relatório, a jurisprudência do TST não foi observada na Reforma Trabalhista.

Isso porque, embora o dano existencial tenha sido positivado, a Lei nº 13.467, de 2017, contrariou diversos entendimentos consolidados do Tribunal, tanto no tocante aos danos extrapatrimoniais de modo geral, como em relação aos danos existenciais, de forma mais específica. Quanto a estes, sequer foram observados os critérios do TST, uma vez que a integridade psíquica não foi elencada dentre os bens jurídicos tutelados, tampouco o direito à desconexão.

Por conseguinte, espera-se que o STF julgue inconstitucionais os artigos 223-A, 223-C e 223-G da CLT, permitindo que a jurisprudência trabalhista sobre os danos existenciais e os danos extrapatrimoniais, de forma mais ampla, continue a se desenvolver. E, de forma positiva, acredita-se que a positivação dos danos existenciais estimulará a doutrina e os tribunais brasileiros a estudar os diversos tipos de danos imateriais para garantir que a compensação chegue o mais próximo possível de uma reparação integral.

3 CONCLUSÃO

O trabalho impacta de forma relevante a vida de um indivíduo. Entre o tempo nele dispendido e nas demais dimensões da existência do trabalhador, deve haver um equilíbrio, permitindo-se que ele desenvolva seus potenciais, sua personalidade, assim como possa participar da vida social e familiar, exercendo seus direitos fundamentais e efetuando seus deveres constitucionais. Imperioso, por conseguinte, impedir a sua instrumentalização: ao trabalhar, não pode ser considerado um simples meio de produção para obtenção de lucros, deve-se garantir o respeito à sua dignidade, visto que é um ser humano e não uma máquina.

Nesse contexto, as decisões da Justiça do Trabalho têm sido importantes instrumentos para que o empregado busque seus direitos. Afinal, é a Justiça do Trabalho que detém competência para julgar as lides decorrentes do contrato de emprego, inclusive aquelas que tratam de danos patrimoniais e extrapatrimoniais originados na relação empregatícia. Todavia, no que tange aos danos existenciais, ainda há muito a se desenvolver, considerando-se que a escassez de estudos sobre o tema tem ensejado decisões conflitantes, nas quais tipos específicos de danos extrapatrimoniais são confundidos.

Diante disso, deve-se ressaltar que o TST é a Corte mais avançada no assunto. Há alguns anos reconhece o dano existencial como categoria jurídica autônoma de dano, discutindo suas características próprias. Contudo, o conteúdo das decisões pouco foi aproveitado na Reforma Trabalhista; de fato, conquanto o dano existencial tenha sido positivado por intermédio do art. 223-B da CLT, a Lei nº 13.467, de 2017, tentou restringir, injustificadamente, a proteção dos bens extrapatrimoniais dos trabalhadores, ao limitar o tema ao novel Título II-A da CLT e elencar de forma taxativa os bens tutelados, contrariando não só o TST, como todos os tribunais pátrios.

Mesmo sem alterar o texto constitucional, a Reforma Trabalhista atentou contra direitos fundamentais dos trabalhadores. Observa-se, entretanto, que a ANAMATRA tem se mobilizado para que seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos que restringem a proteção extrapatrimonial dos trabalhadores, indicando que a Justiça do Trabalho não será conivente com qualquer tentativa de inferiorização de empregados.

Em face dessas considerações, conclui-se que o Título II-A deve ser interpretado com cautela, haja vista que está eivado de inconstitucionalidades apontadas pela ANAMATRA e questionadas perante o STF.

Além disso, reforça-se que ainda é necessário que os estudos sobre os danos existenciais sejam aprofundados, para que se evitem indefinições e obscuridades sobre conceitos dos tipos danosos analisados pelos Ministros, assim como sobre os critérios utilizados para o reconhecimento específico do dano existencial.

Com o desenvolvimento das pesquisas sobre o tema, talvez se consiga, no futuro, garantir uma tutela mais efetiva da dignidade da pessoa humana, permitindo-se o desfrute amplo de seus direitos fundamentais. Por isso, espera-se que estes estudos auxiliem na interpretação crítica da Reforma Trabalhista, contribuindo para que os valores das compensações cheguem, tanto quanto possível, próximos aos de indenizações integrais.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Poliana Vanúcia de Paula. O Direito à Desconexão do Trabalho e a Ocorrência do Dano Existencial nas Relações de Trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, ano 2016, n. 391, Julho 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=241414>. Acesso em: 23 mar. 2019.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial**: a tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc. Acesso em: 23 mar. 2019.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Responsabilidade do Empregador por Dano Moral Reflexo. **Revista Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, ano 2014, n. 370, Outubro 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=243292>. Acesso em: 23 mar. 2019.

_____. **Trabalho decente**: direito humano e fundamental. São Paulo: LTr, 2016.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 77, n. 4, abr. 2013. p. 66-74.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

_____. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.425, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Sustentabilidade humana: limitação de jornada, direito à desconexão e dano existencial. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos humanos e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 170-184.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

FACCHINI NETO, Eugenio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas? **Revista de direitos e garantias fundamentais**. Vitória. n. 12, jul/dez 2012. p. 239. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/408/156>. Acesso em: 24 mar. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 62-78, set. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/95532>. Acesso em: 5 fev. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 4.

GUNTHER, Luiz Eduardo. As singularidades do assédio moral e seu enquadramento como dano moral e/ou dano existencial. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 173-188.

HIGA, Flávio da Costa. Danos à integridade psicofísica do trabalhador – construção conceitual, epistemologia e especificação de prejuízos. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 131-144.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 438-439.

LOIOLA, Marco Aurélio de Macedo. O abuso de direito: relações civis e do trabalho conexos ao dano existencial e sobre aviso. In: GOULART, Rodrigo Fortunato; VILLATORE, Marco Antônio (Coords.). **Responsabilidade civil nas relações de trabalho: reflexões atuais**. São Paulo: LTr, 2015, p. 281-290.

MARANHÃO, Ney. Breves considerações sobre a tutela extrapatrimonial na realidade jurídica italiana: danos moral, biológico e existencial. In: GOULART, Rodrigo Fortunato;

VILLATORE, Marco Antônio (Coords.). **Responsabilidade civil nas relações de trabalho:** reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2015, p. 307-318.

MASLOW, Abraham Harold. **A theory of human motivation.** 1943. Disponível em: <http://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

MOLINA, André Araújo. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). **Direitos humanos dos trabalhadores.** São Paulo: LTr, 2016, p. 151-167.

_____. Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador. **Revista LTr**, São Paulo, ano 81, n. 4, abr. 2017. p. 81-93.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral e dano moral no trabalho.** 3 ed. São Paulo: LTr, 2015.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. Atualidades no trabalho e o contraponto da hipertrofia de direitos: aspectos teóricos e práticos. In: OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno (Coord.). **Direito do trabalho em movimento:** novos direitos e diversificação de tutelas. São Paulo: LTr, 2017, p. 30-51. 1 v.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. O dano extrapatrimonial trabalhista após a lei n. 13.467/2017, modificada pela mp n. 808, de 14 de novembro de 2017. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, edição especial, p. 333-368, nov. 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A torre de babel das novas adjetivações do dano. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 2950, jan./abr. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=119851>. Acesso em: 23 fev. 2019.

PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. **A quantificação do dano:** acidente do trabalho e doenças ocupacionais. São Paulo, LTr, 2016.

ROCHA, Juliana Góes. **Dano existencial na jornada excessiva de trabalho.** 2017. 60f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade Federal do Pará, Belém, 2017, no prelo.

SANTANA, A. G. **O dano existencial como categoria jurídica autônoma:** um aporte a partir de um diálogo com os direitos humanos. 2017. 206 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2017.

SANTOS, Ronaldo Lima. Danos morais nas relações de trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 189-198.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Reconocimiento y reparacion del “daño al proyecto de vida” em el umbral del siglo XXI. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 65-93.

SOARES, Flaviana Rampazzo. A construção de uma teoria do dano existencial no direito do trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 117-129.

_____. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. **Revista AJURIS**, [S.I.], v. 39, n. 127, p. 197-227, set. 2012. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/765/459>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre. **Responsabilidade civil do empregador pelo exercício de atividade de risco**: da incidência às excludentes. São Paulo, LTr, 2016.

TUMA, Márcio Pinto Martins. **Ampliação do intervalo intrajornada**: um dano existencial. São Paulo: LTr, 2016.

WANDELLI, Leonardo Vieira. O dano existencial da pessoa-que-trabalha: um repensar à luz do direito fundamental ao trabalho e da psicodinâmica do trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 145-159.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. O direito ao lazer e o direito do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; FREDIANI, Yone (Orgs.). **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2015, p. 171-176.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E AS FACETAS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

FRANCULINO JOSÉ DA SILVA FILHO:

Advogado graduado pelo Instituto Camillo Filho (ICF), pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Escola do Legislativo da ALEPI, pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior de Advocacia (ESA - OAB-PI).

RESUMO: Este trabalho teve por objetivo fazer uma análise das facetas da justiça penal negociada. A importância desse tema está relacionado com o crescimento da população carcerária brasileira concomitantemente com o aumento dos índices de criminalidade. Sendo assim, a justiça penal negociada foi analisada a partir dos institutos previstos no Direito Penal brasileiro em uma perspectiva sincrética das facetas positivas e negativas destes institutos. Por conta disso, no presente trabalho analisou-se o acordo de não persecução penal introduzido pela Lei 13.964/2019. Foi abordado ainda a Justiça Restaurativa dentro da perspectiva da justiça penal negociada. Para tanto, adotou-se uma metodologia de pesquisa de natureza qualitativa com o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica. Ao final constatou-se que os institutos da justiça penal negociada são uma faca de dois gumes, evidenciando-se em suas facetas positivas e negativas. Tal constatação evidenciou também a necessidade de atuação da defesa técnica durante toda a investigação criminal para garantir a observância dos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Justiça Penal Negociada. Acordo de Não Persecução Penal. Justiça Restaurativa.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 2.1 ORIGEM DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 2.2 REQUISITOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 2.3 HIPÓTESES DE NÃO CABIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 2.4 APLICAÇÃO RETROATIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 2.5 AS FACETAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 3 NOVAS PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA COM A JUSTIÇA RESTAURATIVA. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5 REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O controle informal e formal do comportamento desviante (delito) acompanha a sociedade desde seus primórdios. Ao assumir o monopólio da força, o Estado moderno tem a responsabilidade de pacificar a sociedade em seus conflitos. Nesse contexto, sendo a última *ratio* do Direito, o Direito Penal e Processo Penal assumem a árdua e difícil tarefa

de controle social formal para proteger os bens jurídicos escolhidos pelo legislador e, sendo estes violados, aplica-se a sanção penal almejando alcançar a finalidade desta.

Por outro lado, o Direito Penal e Processo Penal podem servir como um sistema de garantia para os acusados contra a arbitrariedade estatal tendo em vista a disparidade de condições estruturais entre o acusado e o Estado acusador.

Com a evolução da sociedade, o Direito Penal e Processo Penal evoluíram também adotando novas perspectivas e institutos. Mas o giro punitivo com a expansão do encarceramento em massa, a sistemática violação dos direitos fundamentais dos presos no Brasil e ao mesmo tempo o crescente índice de crimes nos faz questionar o papel do Direito Penal e Processo Penal no controle social.

Por essa aparente falta de efetividade do Direito Penal faz com que se busque renovações e introdução de novos institutos almejando uma maior efetividade e redução do encarceramento no Brasil.

Alguns marcos legais como a Lei 9.099/95, Lei 12.850/13 e Lei 13.964/19 introduziram no sistema jurídico penal brasileiro institutos como a composição civil dos danos, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a colaboração (ou delação) premiada e o acordo de não persecução penal. Tais institutos indicam uma nova perspectiva do Direito Penal, qual seja: a justiça penal negociada, assim como ocorre no Processo civil com o sistema de multiportas.

Diante do desafio do Direito Penal e a introdução desses novos institutos de um direito penal negociado temos que nos debruçar sobre as consequências de sua aplicação em uma perspectiva sincrética. Sendo assim, o foco norteador do presente trabalho é questionar as facetas da justiça penal negociada aplicada ao acorso de não persecução penal.

A problemática do trabalho em questão pode ser resumida da seguinte forma: a justiça penal negociada contribui para a redução do encarceramento no Brasil ou pode servir de instrumento de limitação das garantias e liberdades individuais?

O objetivo geral do trabalho é fazer uma abordagem da justiça penal negociada a partir do instituto do acordo de não persecução em uma perspectiva sincrética das facetas positivas e negativas deste instituto.

Como objetivo específico analisou-se o instituto do acordo de não persecução penal trazendo seu conceito, origem histórica, requisitos, hipóteses de não aplicação,

retroatividade e as facetas deste instituto. Por último abordamos de forma breve alguns aspectos da Justiça Restaurativa na perspectiva da justiça penal negocial.

A relevância do tema e os motivos que o justificam é a crescente população carcerária brasileira concomitantemente com o aumento dos índices de criminalidade, bem como a sistemática violação dos direitos humanos das pessoas privadas de sua liberdade. Diante disso se faz necessário repensar e introduzir novas formas de controle social. Sendo assim, é de fundamental importância a abordagem dos institutos da justiça penal negocial para a construção de conhecimento.

Diante de todo esse panorama, a academia, sendo um ambiente de discursão e produção de conhecimento, não pode ficar de fora e deixar de debater um tema tão importante que afeta a dignidade da pessoa humana. Assim, a importância da pesquisa desse tema está no fato de discutir as facetas da justiça penal negocial.

Para tanto, o presente trabalho é dividido da seguinte forma: primeiramente será feita a análise do instituto do acordo de não persecução penal introduzido pela Lei 13.964/2019. Será abordado ainda a Justiça Restaurativa dentro da perspectiva da justiça penal negocial, para ao final tecer as considerações finais.

Como metodologia de pesquisa adotou-se um estudo de natureza qualitativa com o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica. Serão utilizadas como fontes da pesquisa bibliográfica a legislação, a doutrina, princípios, relatórios, livros e artigos publicados em revistas científicas e na rede mundial de computadores.

2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Dentro dessa perspectiva de análise das facetas da justiça penal negocial o mais novo instituto jurídico é o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) introduzido pela Lei 13.964/2019 (conhecido como “pacote anticrime”) no art. 28-A do Código de Processo Penal. Conceituando o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) Lima (2020, p. 272) destaca que se trata de um negócio jurídico de natureza extrajudicial que necessariamente depende de homologação judicial. Ao se manifestar sobre a possibilidade de aplicação retroativa do ANPP aos processos em curso, o STJ (BRASIL, 2020, n.p) conceituou o instituto nos seguintes termos:

Em síntese, consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos e a efetivação da chamada Justiça multiportas, com a perspectiva restaurativa.

Dos conceitos apresentados acima, percebe-se que a natureza jurídica Acordo de Não Persecução Penal é de negócio jurídico de natureza extrajudicial e seu oferecimento é uma discricionariedade do Ministério Público, embora parte da doutrina mais garantista sustenta que é um direito subjetivo do investigado. Ademais, o ANPP pode ser classificado como uma norma de conteúdo híbrido, pois comporta matéria de direito material e processual penal.

Para além de conceitos e classificações, estudar as facetas de um instituto jurídico exige a dissecação do mesmo para depois remonta-lo, considerando as influências incidentes, para só então entender as suas facetas. Para tanto abordaremos o instituto do acordo de não persecução penal trazendo sua origem histórica, requisitos, hipóteses de não aplicação, aplicação retroativa e as facetas deste instituto.

2.1 ORIGEM DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A origem do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) é inspirado em institutos da justiça penal negocial do direito estrangeiro. Nesse ponto Assunção (2020, p. 79, grifo do autor) destaca que:

O acordo se insere num contexto maior, de justiça negociada, conhecida como *plea bargaining*. Empregado de forma larga nos EUA e também responsável pelo grande encarceramento naquele país, o instituto chega ao Brasil com algumas restrições, numa análise comparada. Em síntese, não sendo caso de arquivamento, o MP poderá propor acordo de não persecução penal à pessoa investigada, desde que haja confissão formal e circunstanciada da prática da infração e seja aceita a submissão a uma série de condições.

No Brasil o ANPP teve início com o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) por meio de sua Corregedoria Nacional que instaurou procedimento de estudos e pesquisas para aperfeiçoar à atuação do Ministério Público. Dentre várias outras propostas apresentadas por esse estudo da Corregedoria Nacional do Ministério Público está a criação do instituto do acordo de não persecução penal que teve a seguinte justificativa:

Não há dúvidas que, em um mundo ideal, o correto seria que todos os processos penais fossem submetidos a um juízo plenário, em que a condenação é proferida no âmbito de um processo judicial, com estrita observância do contraditório e ampla defesa. No entanto, nosso país longe está desse mundo ideal e é imprescindível que se tome alguma providência para dar cabo à carga desumana de

processos que se acumulam nas Varas Criminais do país e que tanto prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais. (CNMP, 2017, 29)

Perceba que a preocupação dos autores do estudo é com a grande demanda de processos criminais e o saturamento da capacidade do Poder Judiciário e do Ministério Público em dá resolutividade para essa demanda de processos. Além disso, os autores do estudo afirmam que os casos que serão abarcados com a instituição do acordo de não persecução penal são aqueles em que ao final do processo, ocorrendo a condenação, a pena privativa de liberdade seria substituída por restritiva de direito, nos moldes do art. 43 e seguintes do Código Penal.

Ao final da exposição dos motivos a comissão de estudos da Corregedoria Nacional do Ministério Público ressalta que com a implementação do acordo de não persecução penal ocorreria os seguintes “benefícios”:

Diante dessas razões, é que esta Comissão entende que, com o acolhimento das propostas aqui delineadas, haveria um grande avanço na qualidade do nosso Sistema de Justiça, já que haveria: a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judiciais, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais. (CNMP, 2017, 32)

Com essas promessas ambiciosas indicadas acima, a proposta inicial do acordo de não persecução penal foi inserida na Resolução do CNMP nº 181/2017 que trata especificamente do procedimento investigatório criminal conduzido pelo Ministério Público, substituindo a Resolução do CNMP nº 13/2006. O acordo de não persecução penal

foi previsto no art. 18 da Resolução do CNMP nº 181/2017 que posteriormente foi modificado pela Resolução do CNMP nº 183/2018.

Veja que o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio de uma resolução, instituiu uma figura jurídico de natureza penal e processual penal que não tinha nenhuma previsão legal em lei. Por óbvio que a constitucionalidade do acordo de não persecução penal previsto na resolução foi questionada por violar diversos dispositivos e princípios da Constituição Federal de 1988, dentre eles o da reserva legal. Nesse sentido Avena (2020, p. 595) destaque que:

Este ato normativo sempre teve sua constitucionalidade questionada, na medida em que o art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal estabelece como atribuições do CNMP as relacionadas ao “controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”, não lhe facultando a criação de institutos de natureza processual penal. Perceba-se que a alegada contrariedade à Constituição Federal foi objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI 5790) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 5793), sustentando-se a inconstitucionalidade formal e material das normas da resolução do CNMP que tratam do acordo de não persecução. Até a época do fechamento da presente edição deste livro, não havia deliberação final do Supremo Tribunal Federal a respeito destas ADIs, havendo, porém, o prognóstico de extinção em face da perda de objeto, já que o ato normativo impugnado, no que tange ao acordo de não persecução penal, ficou prejudicado pela regulamentação agora realizada em nível de lei ordinária.

Como bem destacado acima, a discursão quanto a constitucionalidade da regulamentação do acordo de não persecução penal por meio resolução do Conselho Nacional do Ministério Público perdeu seu objeto, tendo em vista a sua regulamentação por lei ordinária. Todavia, esse histórico embrionário do acordo de não persecução penal é importante para entender os dispositivos em vigor que tratam a respeito do instituto.

Após diversas idas e voltas do “pacote anticrime” e outras mudanças na legislação penal, o Projeto de Lei nº 10.372/2018 aglutinou muitos dos temas que estavam sendo debatidos no Congresso Nacional, sendo que do referido Projeto de Lei originou a Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019) que alterou 18 diplomas legais. Dentre essas mudanças está a

inserção do art. 28-A no Código de Processo Penal prevendo o acordo de não persecução penal.

Toda essa exposição do surgimento histórico do acordo de não persecução penal é importante para entender à atual redação legal do instituto e suas implicações jurídicas.

A primeira constatação é a semelhança entre as disposições do acordo de não persecução penal previsto na Resolução do CNMP nº 181/2017 (com a redação dada pela Resolução do CNMP nº 183/2018) e os dispositivos do art. 28-A no Código de Processo Penal. As disposições de ambos os diplomas são muitos semelhantes, ressalvadas alguns pontos. Sendo assim, percebe-se que o acordo de não persecução penal, embora tenha passado pelo crivo do Congresso Nacional, é um instituto jurídico que foi maturado no Conselho Nacional do Ministério Público e o Congresso Nacional realizou apenas pequenas alterações antes da aprovação.

A segunda constatação é a busca por novas formas de solução do conflito na seara criminal. Aquela concepção de que todos os litígios têm que passar pelo Poder Judiciário nas formas tradicionais já não atendem à demanda de volume de casos e até mesmo a resolutividade do ponto de vista prático. Por conta disso, novos movimentos por uma justiça multiportas é uma realidade.

Demonstrado esse breve histórico do surgimento do acordo de não persecução penal trataremos agora dos requisitos do referido instituto.

2.2 REQUISITOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Os requisitos do acordo de não persecução penal estão elencados no *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal. É importante destacar a semelhança dos requisitos do ANPP com os requisitos da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito previsto no art. 44 do Código Penal. Adiante abordaremos cada um dos requisitos do ANPP relacionado com os requisitos da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

O primeiro requisito previsto no *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal é que não seja o caso de arquivamento da investigação criminal, pois caso ocorra a hipótese de arquivamento não há o que se falar em acordo de não persecução penal, tendo em vista que o Ministério Público não terá as condições elementares para o oferecimento da denúncia. Perceba que o arquivamento retratado aqui é da investigação criminal que é gênero da qual o inquérito policial é espécie.

Nesse ponto a advocacia e a Defensoria Pública que militam na seara criminal devem ficar atentos para acompanhar e analisar as hipóteses de arquivamento da investigação

criminal, como é o caso de ausência dos indícios de autoria e/ou prova da materialidade do crime, prescrição do crime ou alguma causa de exclusão da tipicidade, ilicitude e da culpabilidade. Pois o Ministério Público, mesmo sendo o caso de arquivamento, poderá utilizar o ANPP como forma de barganha para “impor” ao investigado restrições à sua liberdade sob o pretexto de que não seria o caso de arquivamento da investigação criminal. Ocorrendo tal hipótese a defesa pode se utilizar do remédio constitucional heroico, o *Habeas Corpus*, conforme vem admitindo, de forma excepcionalíssima, a jurisprudência.

O segundo requisito é que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal. O primeiro ponto a ser destacado é que o dispositivo fala em infração penal, ou seja, engloba tanto crimes como a contravenção penal. Quanto a confissão formal é circunstanciada Avena (2020, p. 600, grifo do autor) explica que:

Confissão formal é aquela realizada por escrito. Embora não haja menção legal, compreendemos que esta confissão deverá estar inserida no próprio termo do acordo formalizado, podendo, contudo, ser realizada em documento a ele anexo, com expressa referência a respeito no ajuste. E quanto ao “*circunstancialmente*”, significa que a proposta do ajuste pelo Ministério Público condiciona-se a que o investigado assuma, com o detalhamento de todas as circunstâncias, o cometimento do delito objeto do acordo. Logo, confissão meramente parcial, ou sob alegação de excludentes ou dirimentes (a chamada confissão qualificada), ou sem o esclarecimento das circunstâncias principais que contornaram a infração (e aqui incluímos a referência a quando e onde ocorreu, o modo de execução e a motivação) não viabilizam o ajuste.

Mais uma vez a presença da defesa técnica nesse momento é indispensável, pois esclarecerá ao investigado as vantagens e as consequências legais da confissão formal e circunstanciada.

Alguns autores sustentam a inconstitucionalidade do requisito da confissão formal e circunstanciada tendo em vista que violaria o princípio constitucional da vedação a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere* - inciso LXIII do art. 5º, da CF/88). Em sentido contrário Avena (2020, p. 601) destaca que:

Assim não pensamos. Compreendemos, enfim, que, para efeitos de formalização do pacto de não persecução penal, nenhuma

inconstitucionalidade há no fato de se estabelecer, como requisito, a confissão formal e circunstancial do investigado. Isto porque a efetivação do acordo de não persecução situa-se no plano da voluntariedade do investigado. Celebra-o, enfim, se o quiser, não havendo qualquer constrangimento a que o faça. Agora, se for de sua vontade acordar com o Ministério Público, precisará sujeitar-se aos requisitos legalmente previstos para tanto, entre os quais está o da confissão. Lembre-se, ainda, que a proibição constitucional é a de que seja o investigado ou acusado obrigado a se autoincriminar sob pena de consequências de ordem penal ou processual penal, o que não ocorre por ocasião da formalização do acordo, que, repita-se, é ato voluntário do imputado. Além do mais, com o cumprimento do ajuste, ocorrerá a extinção de sua punibilidade (art. 28-A, § 13), não implicando o anterior reconhecimento da responsabilidade criminal em qualquer implicação penal.

Não obstante a posição acima representar o entendimento de um membro do Ministério Público, a inconstitucionalidade do requisito da confissão formal e circunstanciada passa necessariamente pela garantia ao investigado de ter o acompanhamento de uma defesa técnica qualificada que o esclarecerá as vantagens e as consequências da confissão. Mesmo sendo informado pela autoridade policial ou membro do Ministério Público sobre o direito constitucional ao silêncio, o investigado não tem a compreensão técnica e holística das consequências de sua confissão, assim como tem um profissional capacitado.

Dessa forma, nesse ponto os dispositivos normativos do ANPP devem ser alterados para garantir a presença da defesa técnica no ato da confissão formal e circunstanciada, assim como fez a Lei 12.850/13, e não apenas na celebração do ANPP com o Ministério Público.

Outra questão de intensos debates é a respeito da hipótese do descumprimento do ANPP previsto no § 10º do art. 28-A, do CPP, que possibilitaria o Ministério Público oferecer a denúncia. Todavia a pergunta que fica é o que acontecerá com a confissão do investigado? O Ministério Público poderá utiliza-la para oferecer a denúncia? O juiz, quando da sentença, poderá utilizar a confissão formal e circunstanciada do ANPP para condenar o acusado? Sobre esses questionamentos Avena (2020, p. 601 a 603, grifo do autor) se posiciona da seguinte forma:

A questão é: para efeitos deste oferecimento, é possível que o promotor utilize os termos da confissão? Entendemos que não existe óbice a essa utilização, mesmo porque a confissão foi prestada de

modo espontâneo pelo investigado e, se ajuizada ação penal, foi porque o acusado a isto deu causa ao descumprir, injustificadamente, o ajuste realizado. E quanto ao juiz, tal confissão poderá ser utilizada como fonte de convencimento no momento da sentença? A resposta, aqui, condiciona-se à implementação ou não da disciplina do juiz das garantias, introduzida pela Lei 13.964/2019 ao Código de Processo Penal nos seus arts. 3º-B a 3º-F. [...] *Primeira:* é revogada, pelo STF, a medida cautelar citada e consequente instituição da figura do juiz das garantias no processo penal brasileiro. [...] Neste cenário, a confissão operada para efeitos do acordo que restou descumprido não estará acessível ao juiz no momento da sentença, razão pela qual não poderá dela se valer para formar sua convicção. *Segunda:* é mantida a suspensão da eficácia das normas que regulamentam o juiz das garantias ou declarada a inconstitucionalidade dessas regras pelo STF. Nesta hipótese, estarão disponíveis todos os elementos coligidos na fase investigativa ao juiz da sentença, razão pela qual não ficará ele impedido de utilizar a confissão realizada no âmbito do acordo de não persecução como argumento de convicção, subordinando-se, por óbvio, a que tal utilização seja meramente complementar das provas judicializadas.

Embasado em uma perspectiva constitucional entendemos que a solução dos questionamentos anteriores deve ser diversa da apresentada acima. O primeiro motivo seria porque a lei não disciplinou tal hipótese não devendo prevalecer a situação que mais prejudicará o réu, sob pena de violação da estrita legalidade. O segundo motivo é que o investigado abriu mão de sua garantia constitucional de não produzir prova contra si (inciso LXII do art. 5º, CF/88) almejando um “benefício” que com a revogação do ANPP não existirá mais. Sendo assim nada mais justo do que a situação volte ao *status quo ante*, ou seja, nem o Ministério Público e nem o juiz poderá se utilizar da confissão do ANPP, sob pena de violarem garantias constitucionais.

O terceiro requisito é que a infração penal tenha sido praticada sem violência e grave ameaça a pessoa. Com a inauguração de uma nova ordem jurídica pela Constituição Federal de 1988 o ser humano foi elevado a viga mestra de todo o ordenamento jurídico, assim sendo, todos os ramos do direito devem atender um especial interesse na proteção do ser humano. Por conta disso, as infrações penais que coloquem em risco a integridade física e psicológica do ser humano devem ser reprimidas com uma maior intensidade, não admitindo assim a propositura do ANPP.

Um ponto interessante no tocante a esse requisito é a (im)possibilidade do ANPP nos crimes culposos decorrentes de ações violetas contra pessoas. Diante da omissão legislativa quanto a essa possibilidade a doutrina majoritária se manifesta pela possibilidade de aplicação do ANPP aos crimes culposos decorrentes de ações violetas contra pessoas (AVENA, 2020, p. 598).

Por fim, perceba que assim como na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos há necessidade de que a infração penal tenha sido praticada sem violência e grave ameaça a pessoa.

O quarto requisito diz respeito ao quantum da pena mínima cominada para a infração penal que não poderá ser superior a 4 (quatro) anos, não fazendo distinção quanto a natureza da pena (prisão simples, detenção ou reclusão). O § 1º do art. 28-A, do CPP, estabelece que “para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto” (BRASIL, 2019).

O requisito de pena mínima não superior a 4 (quatro) anos não foi um patamar aleatório. Nesse sentido Avena (2020, p. 599) explica que:

[...] foi eleito pelo legislador por considerar que este patamar de pena vem sendo o utilizado no processo criminal como parâmetro objetivo de verificação da gravidade do crime. Como exemplo, o estabelecimento do regime aberto, que é viável ao indivíduo não reincidente que tenha sido condenado a pena inferior a quatro anos (art. 33, § 2º, c, do Código Penal).

Ademais, os membros do Ministério Público perceberam que na prática penal, as infrações penais com pena mínima não superior a quatro anos, mesmo com a condenação penal, esbaravam quase sempre na aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a maioria dos casos as penas são fixadas no mínimo legal. Inclusive o patamar de quatro anos é um dos requisitos da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O quinto e último requisito é que com aplicação do ANPP seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Veja que nesse requisito é exigido o cumprimento da finalidade da pena prevista no art. 59 do Código Penal. Todavia, tal requisito é totalmente subjetivo, pois vai depender de uma avaliação subjetiva do membro do Ministério Público se à aplicação do ANPP no caso concreto seria necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Tal requisito traz um grau de discricionariedade muito grande para o Ministério Público que segundo Avena (2020, 603, grifo do autor) vem contrabalancear o princípio da obrigatoriedade da ação penal:

Por fim, é condicionante da formalização do ajuste ser este considerado **necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**. Ao contrário das anteriores, esta é constatação a ser realizada a partir da subjetividade do membro do Ministério Público com base nas peculiaridades do caso concreto, sem embargo de poder ser feita, também, em face da natureza do delito. Como já dissemos antes, na medida em que mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o acordo de não persecução penal, além de observar os requisitos de sua formalização, deverá ser o bastante para que atenda as finalidades repressiva da infração praticada e preventiva de novas infrações do mesmo modo que o seria a tramitação do processo criminal (que, por si, já é fator de constrangimento ao réu) e a eventual superveniência de sentença condenatória.

Mais uma vez percebe-se a intenção dos membros do Ministério Público de trazer para antes do início do processo uma pretensão que, em tese, só seria alcançada ao final do processo e condenação criminal.

De todos os aspectos dos requisitos do ANPP apresentado acima o mais gritante deles é a necessidade da atuação da defesa técnica, seja advocacia ou Defensoria Pública, antes, durante e depois da celebração do ANPP. Isso porque no ANPP é exigido uma atuação proativa do investigado e este só poderá tomar decisões em "paridade" com o órgão acusatório se estiver sendo acompanhado por uma defesa técnica qualificada. A seguir abordaremos a hipóteses de não cabimento do ANPP.

2.3 HIPÓTESES DE NÃO CABIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

As hipóteses de não cabimento do acordo de não persecução penal estão estabelecidas no § 2º do art. 28-A do Código de Processo Penal que prever o seguinte:

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (BRASIL, 2019).

Embora exista algumas considerações a respeito das hipóteses apresentadas acima elas são quase que autoexplicativas. Porém há uma hipótese de não cabimento do acordo de não persecução penal que era prevista na Resolução do CNMP nº 181/2017 e que não foi reproduzida no art. 28-A do CPP, estamos falando da vedação do ANPP para os crimes hediondos e equiparados previstos na Lei 8.072/90. Tratando desse ponto Lima (2020, p. 280, grifo do autor) ressalta que:

inexplicavelmente, a Lei n. 13.964/19 não reproduziu a presente vedação de maneira expressa, o que, à primeira vista, poderia levar o intérprete à conclusão precipitada de que o acordo de não persecução penal poderia ser celebrado em relação a tais delitos, conquanto preenchidos os requisitos anteriormente expostos. Não nos parece ser esta a melhor conclusão, sobretudo à luz do art. 28-A, *caput*, do CPP, que autoriza a celebração do acordo de não persecução penal *desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*, requisito este que não se revela presente em crimes de tamanha gravidade, como o são os hediondos e equiparados. É nessa linha, aliás, o **Enunciado n. 22** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “Veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, *bem como aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime*” (nosso grifo);

Inobstante o posicionamento apresentado acima, entendemos que andou bem o legislador ao excluir os crimes hediondos e equiparados da vedação do cabimento do

ANPP. Isso porque trazer uma vedação *Ope Legis* não atenderia as peculiaridades do caso concreto quando se tratasse de crimes hediondos e equiparados, pois é perfeitamente possível que, no caso concreto, com a celebração do ANPP seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime. O que não seria possível se houvesse essa vedação no texto legal do instituto.

Dos requisitos e das hipóteses do não cabimento do ANPP percebe-se uma semelhança quase que integral com os requisitos da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Tal semelhança não é um acaso. Os membros do Ministério Público com a sua larga experiência na atuação criminal perceberam que as infrações penais que atendem os requisitos do ANPP, mesmo com a sentença penal condenatória, não seriam punidas com prisão, pois nesses casos seria aplicada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Diante dessa constatação, visando uma otimização do sistema de justiça, os membros do Ministério Público trazem para antes mesmo do início do processo uma consequência que só seria alcançada após um longo, caro e ineficaz processo de controle social formal. Assim, o resultado que só seria alcançado ao final do processo é trazido para o início deste processo.

2.4 APLICAÇÃO RETROATIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Um dos temas com maior divergência na doutrina e na jurisprudência é a discussão sobre a possibilidade de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal.

Conforme já destacamos acima, o ANPP pode ser classificado como uma norma de conteúdo híbrido, pois comporta matéria de direito material e processual penal. Dito isso, conforme previsão legal e entendimento da melhor doutrina e jurisprudência a lei processual penal não retroage, bem como a lei penal, salvo esta última para beneficiar o réu (inciso XL do art. 5º da CF/88 c/c parágrafo único do art. 2º do CP).

E quando a norma for híbrida ela vai retroagir? Conforme entendimento da melhor doutrina e jurisprudência aplica-se a regra geral de irretroatividade da norma, salvo quando ela for benéfica ao réu. Nesse sentido cita-se o entendimento do STF encartado na ADI nº 1719-DF:

PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos

Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei. (STF - ADI: 1719 DF, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 18/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00225 RB v. 19, n. 526, 2007, p. 33-35). (BRASIL, 2007).

Nesse sentido o entendimento que vem prevalecendo no STJ e no STF é pela retroatividade do ANPP, desde que não tenha havido o recebimento da denúncia:

O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. STJ. 5ª Turma. HC 607.003-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 24/11/2020 (Info 683). Essa é também a posição da 1ª Turma do STF sobre o tema: HC 191464 AgR, Rel. Roberto Barroso, julgado em 11/11/2020. (CAVALCANTE, 2021). Grifo nosso.

Com o entendimento dos Tribunais superiores indicado acima a retroatividade da aplicação do ANPP fica limitada ao recebimento da denúncia. Porém a doutrina mais garantista sustenta a retroatividade do ANPP até mesmo para os casos com o trânsito em julgado, nesse sentido Betta (2021, n. p) destaca que:

Após estas ponderações, enfatizamos que a norma prevista no art. 28-A, que introduziu a acordo penal, que gera extinção da punibilidade e afasta a reincidência, deve retroagir aos fatos pretéritos, por ser norma de natureza híbrida, mais benéfica, nos termos do art. 5º LX da CRFB/1988 c/c art. 2º parágrafo único do CP, não podendo sofrer limitação temporal.

Esse último posicionamento parece ser o mais acertado. Por ser uma norma de conteúdo híbrido entendemos que o ANPP poderá ser aplicado aos processos mesmo que tenha havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória em obediência ao

princípio constitucional previsto no inciso XL do art. 5º da CF/88. Isso porque o ANPP é, desde que cumprida as condições estabelecidas, uma causa de extinção de punibilidade, ou seja, norma de conteúdo material.

Adotar entendimento diferente do indicado acima viola também o princípio da isonomia, tendo em vista que podemos ter dois indivíduos que praticaram fatos semelhantes, mas terão um tratamento diferenciado. Para exemplificar tal situação de desigualdade imagine que o agente primário “Pumba” tenha praticado um furto em outubro de 2019 e a denúncia foi recebida em novembro de 2019. Outro agente primário “Timão” também praticou um furto em outubro de 2019, mas até março de 2020 a denúncia não foi recebida, sendo que este se beneficiou do ANPP. Já o agente “Pumba” não teve essa “sorte” e foi processado e condenado.

Dessa forma percebe-se que limitar à aplicação da retroatividade do ANPP ao recebimento da denúncia viola o princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica, bem como o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, XL, da CF/88).

2.5 AS FACETAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A instituição do acordo de não persecução penal é mais um instrumento que vem reforçar a necessidade da justiça penal negocial. Das disposições apresentadas anteriormente sobre o ANPP percebe-se a importância da atuação da defesa técnica durante toda a investigação criminal é não apenas na celebração do ANPP.

O acordo de não persecução penal é um instrumento e como tal poderá ser utilizado para perseguir os fins almejados pelo instituto como a redução da judicialização convencional da persecução penal de casos menos graves com a otimização da prestação jurisdicional e dos recursos materiais e humano. Tratando do impacto da justiça penal negocial, Lopes Júnior (2020, p. 315, grifo do autor) destaca que:

Se fôssemos pensar uma estrutura escalonada de negociação, levando em consideração seus requisitos e condições impostas, seria disposta na seguinte ordem:

1º transação penal

2º acordo de não persecução

3º suspensão condicional do processo

4º acordo de delação premiada

Se fizermos um estudo dos tipos penais previstos no sistema brasileiro e o impacto desses instrumentos negociais, não seria surpresa alguma se o índice superasse a casa dos 70% de tipos penais passíveis de negociação, de acordo. Portanto, estão presentes todas as condições para um verdadeiro “desentulhamento” da justiça criminal brasileira, sem cairmos na abertura perversa e perigosa de um *plea bargaining* sem limite de pena, como inicialmente proposto pelo “Pacote Moro” e, felizmente, rechaçada pelo Congresso Nacional. Portanto, é um poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciários, antes forjados no confronto, que agora precisam abrir-se para uma lógica negocial, estratégica, que demanda uma análise do que se pode oferecer e do preço a ser pago (prêmio), do *timing* da negociação, da arte negocial. Nesse terreno, é preciso ler Alexandre MORAIS DA ROSA e seus vários escritos sobre a “teoria dos jogos aplicada ao processo penal”.

Inobstante o impacto causado no sistema de justiça criminal, quanto à possibilidade de redução da população carcerária em decorrência da instituição do ANPP entendemos que não terá grande impacto, tendo em vista que as situações abrangidas pelo ANPP seriam abrangidas, ao final do processo, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Outro ponto positivo quanto à aplicação do ANPP é a possibilidade de o agente ter a extinção da punibilidade decretada (§ 13 do art. 28-A, do CPP), desde que cumprida as condições, sem que haja tal anotação na certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins de nova utilização do mesmo instituto dentro do prazo de cinco anos.

Por outro lado, a defesa técnica atuante no campo criminal, seja advocacia ou Defensoria Pública, devem ficar atentos e atuantes na defesa intransigente dos direitos e garantias fundamentais, pois o ANPP é uma faca de dois gumes que foi forjada e está sendo segurada pelos membros do Ministério Público. Ou seja, o Ministério Público com o ANPP ganha um instrumento de grande peso que deverá ser contrabalanceado pela atuação da defesa técnica afim de equilibrar a balança da justiça.

O ANPP por se um instrumento de justiça penal negociada pressupõe à atuação da defesa técnica em todo o desenrolar da investigação criminal e não só apenas na celebração do ANPP, inclusive com a utilização da investigação defensiva. Adiante abordaremos brevemente a Justiça Restaurativa sob a ótica da justiça penal negociada.

3 NOVAS PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA COM A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A história da humanidade demonstra diversas formas e sistemas para lidar com o conflito entre os indivíduos. Com a instituição do Estado moderno e à assunção do monopólio da força por este são estabelecidas as regras do “jogo” para administrar os conflitos. Com a tripartição do Poder do Estado é conferido ao Poder Judiciário a missão de dizer o direito e pacificar os conflitos com a prestação jurisdicional.

Das penas corporais o Direito Penal “evoluiu” para a pena privativa de liberdade. As mais diversas condutas desviantes (delitos) têm como “remédio” a pena privativa de liberdade.

O Estado tem o monopólio da força e o Ministério Público é eleito a ser a parte adversa ao infrator, sendo a vítima deixada a margem do processo cujo o seu bem jurídico foi violado. Primeiro o Estado retira da vítima o seu “direito de punir” o agente violador do seu bem jurídico e depois ela é colocada de lado no processo.

Tal sistema de administração da justiça criminal mencionado acima provocou consequências como encarceramento em massa e o questionamento quanto a efetividade e necessidade do atual sistema de administração dos conflitos.

Por um lado, a vítima não é restaurada em seu bem jurídico violado, o infrator sofre as mazelas do sistema de justiça criminal e o Estado não consegue cumprir os fins almejados da pena, prevenção e retribuição.

É nesse caldo histórico social que a Justiça Restaurativa se apresenta como uma forma alternativa na administração dos conflitos que pode ser utilizada de forma alternativa ou cumulativamente com o sistema de justiça tradicional.

Aparentemente a Justiça Restaurativa pode dá a entender que é uma pratica nova, todavia a sua base existencial acompanha o homem desde os tempos mais remotos da humanidade, nesse sentido que:

A Justiça Restaurativa não é criação da modernidade ou pós-modernidade, já que a restauração é um processo existente nas mais antigas sociedades e ainda vigente em diversos sistemas sociais e comunitários. Na modernidade, o Estado, dentro da estrutura atual, foi concebido deitando suas raízes em Hobbes, Rousseau e Locke e a concentração da resolução dos conflitos com a razão iluminista,

sepultou qualquer forma de resolução de litígio por método não científico. (SALIBA, 2009, p. 146 *apud* BITTENCOURT, 2017).

Do contexto histórico apresentado acima percebe-se que a Justiça Restaurativa, ainda que não utilizada como principal sistema de resolução de conflito, acompanha a humanidade desde os seus primórdios.

No Brasil a Justiça Restaurativa ganhou maior relevância com aprovação da Resolução nº 225 de 31/05/2016 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Tal Resolução dispôs sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. O art. 1º da Resolução nº 225/2016 do CNJ conceitua Justiça Restaurativa nos seguintes termos:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro. (BRASIL, 2016).

Do conceito de Justiça Restaurativa extrai-se que ela é conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias que traz como agentes centrais o ofensor, a vítima e a comunidade que por meio do diálogo e outras técnicas vão construir

a solução para aquele conflito no caso concreto. Destacamos que o Conselho Nacional de Justiça está empenhado para expandir, implementar e efetivar as práticas de Justiça Restaurativa (BRASIL, 2020).

Perceba que meios e os resultados almejados da Justiça Restaurativa são construídos pelo ofensor, pela vítima e pela comunidade em cada caso concreto. Exigindo assim uma atuação ativa das partes envolvidas, o que pode acarretar em dificuldades de diálogos e entendimento que precisam ser contornados, nesse sentido Bittencourt (2017, n.p) destaca que:

Levadas em consideração, tais dificuldades demonstram, claramente, que a justiça restaurativa não lança mão de processo mais “fácil” de resolução do conflito, mas sim, de uma metodologia mais ampla e complexa que avança na gênese humana, nos sentimentos; traz fenômenos, caso a caso, muito mais complexos à tona e analisa-os com profundidade jurídica, psicológica e até psiquiátrica.

Conforme ressaltado acima, a Justiça Restaurativa não é o “caminho” mais “fácil” para buscar a solução dos conflitos, porém é uma forma holística que busca analisar a singularidade de cada caso concreto para a partir daí convidar os envolvidos no conflito a construir uma solução para o mesmo.

Inobstante os institutos jurídicos de justiça penal negociada abordados anteriormente como a transação penal, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e o ANPP, a Justiça Restaurativa tem um potencial incrível a ser desenvolvida nesse campo do controle social formal, nesse sentido Bittencourt (2017, n.p) ressalta que:

Colocados todos esses aspectos, temos que a difusão da justiça restaurativa no direito brasileiro vem sendo erigida sobre novos interesses e valores que surgiram na seara jurídica, que nos demonstraram a urgência de se questionar as limitações do sistema penal atual e a necessidade de buscar, com embasamento científico, alternativas mais humanas e adequadas. Em análise última, é exatamente esse o grande mérito da justiça restaurativa, vale dizer, alcançar, em muitos casos, a pacificação das relações sociais de forma mais efetiva, a partir da ideia de atendimento dos indivíduos diretamente afetados para recolocá-los em uma circunstância melhor do que a crise em que se encontram, alça-los a uma situação ideal,

desejada não só para eles, mas por todos os sujeitos de direito tutelados pelo ordenamento. E isso se faz, neste particular, por meio do atendimento tanto do agressor quanto da vítima.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa não é um modelo pronto de solução de conflitos sociais e sim um modelo em constatação e construção para atender os anseios das partes envolvidas pautada nos direitos e garantias fundamentais. Sendo que a solução do problema é elaborada pelos seus destinatários e não um terceiro (juiz).

No final do processo com a sentença judicial geralmente não se pacifica aquele conflito, apenas o transfere para uma coisa julgada, a vontade das partes é substituída pela vontade da lei externada pelo juiz, todavia, o conflito ainda subsiste. Por outro lado, o enfoque principal da Justiça Restaurativa é na resolutividade efetiva do conflito por isso que as partes são convidadas para reconhecerem o problema/conflito e justas buscarem a solução para ele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história da humanidade é marcada por avanços e retrocessos, com o Direito Penal não é diferente. Novas legislações e institutos jurídicos podem significar avanços e/ou retrocessos no marco fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988. Isso se deve a complexidade das relações sociais que tem seus reflexos no ordenamento jurídico.

A complexidade e a evolução das relações sociais exigem uma constante atualização do ordenamento jurídico e de seus institutos. Nessa perspectiva, com a instituição do Estado moderno e o controle social por meio do Direito Penal este sofreu grandes transformações ao longo do tempo. Uma das perspectivas de transformação do Direito Penal é a justiça penal negociada que tem suas facetas positivas e negativas.

Quanto ao acordo de não persecução penal podemos afirmar que sua origem histórica no Brasil demonstra que este instituto foi gestado pelos membros do Ministério Público e aprovado pelo Congresso Nacional com pequenas alterações. Mesmo havendo discursões quanto a sua natureza jurídica e a constitucionalidade de alguns requisitos, entendemos que foi um avanço na otimização da prestação jurisdicional.

Em contrapartida, para equilibrar a balança da justiça, à atuação da defesa técnica durante toda a investigação criminal é essencial para evitar que o acordo de não persecução penal seja utilizado como barganha pelo Ministério Público. Assim, o acordo de não persecução penal é uma faca de dois gumes evidenciando-se em suas facetas positivas e negativas.

Quanto a possibilidade do acordo de não persecução penal impactar na redução da população carcerária entendemos que tal instituto tem baixo impacto tendo em vista que as situações abrangidas pelo acordo de não persecução penal seriam abarcadas pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, além da incidência dos outros institutos da justiça penal negociada.

Nessa perspectiva de justiça penal negociada, a Justiça Restaurativa demonstra um grande potencial a ser desenvolvido na medida em que o ofensor, a vítima e a comunidade são atores centrais na construção da solução do conflito no caso concreto. Todavia, a Justiça Restaurativa também mostra as suas facetas positivas e negativas na busca da solução do conflito.

Desse modo, entendemos que, em alguns casos, as propostas despenalizantes podem ser benéficas para o autor da infração e desfavoráveis para a vítima ofendida, bem como as referidas propostas podem ser ineficazes e inconsistentes. É inequívoco que evitar o prolongamento da lide com a solução simples e rápida do conflito é uma grande benesse, porém não podemos afirmar que isso acarreta na redução da criminalidade, mas sim como uma grande perspectiva a ser desenvolvida e aprimorada no âmbito da Justiça Criminal.

Todas essas considerações sobre as facetas da justiça penal negociada, por si só, não são capazes de trazer avanços sociais na promoção dos direitos humanos se não vierem acompanhadas de capacitação e mudança do paradigma de atuação dos operadores do sistema de justiça tradicional como juízes, promotores, advogados, defensores públicos, serventuários, delegados e as polícias civis e militares.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Vinícius. Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

AVENA, Norberto. Processo penal. – 12. ed., – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

BETTA, Emerson de Paula. A retroatividade do ANPP: impossibilidade de limitação temporal. Revista Consultor Jurídico, 26 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-26/tribuna-defensoria-retroatividade-anpp-impossibilidade-limitacao-temporal>. Acesso em: 30 maio 2021.

BITTENCOURT, Ila Barbosa. Justiça restaurativa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo:

Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa>. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Autos nº 1/2017 - Procedimento de estudos e pesquisas. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. DJe/CNJ, nº 91, de 02/06/2016, p. 28-33. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10372/2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 607.003-SC. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 04 de agosto de 2020. Diário da Justiça Eletrônica. Brasília, 24 nov. 2020. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/EDcl_no_AgRg_no_Agravo_emREsp_n_1635787-SP_-_ANPP_-_Incompatibilidade_ANPP_pos_denuncia.pdf. Acesso em: 15 maio 2021.

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

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ddd1df443471e3abe89933f20d08116a>. Acesso em: 30 maio 2021

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas - 10. ed. rev., atual. e ampl. - vol. 2 - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal - 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2021.

APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS

FELIPE FERNANDES RODRIGUES:
Graduação em Direito pela
Universidade de Gurupi.

MARCO ANTÔNIOALVES BEZERRA

(orientador)

RESUMO: Este trabalho visa abordar sucintamente a improbidade administrativa, fazendo uma análise da sua aplicabilidade e seus efeitos para os agentes políticos que a descumprirem. A personalidade ou entendimento da essência sancionatória entre as Leis nº 1.079/50 e a nº 8.429/92 e as normas específicas de perda do cargo instituídas na Carta Magna de 1988, têm sido os argumentos fundamentais abordados por quem insiste e defende a sua não aplicação aos agentes políticos. A premissa do *accountability*, a estruturação vigente da Constituição Federal e o princípio da adaptação primitiva demonstram, por outro lado, o contra-argumento. Pacificar o conflito é requisito vital para a segurança jurídica e a resolução deve procurar sempre a concretude e a efetividade máxima da Carta Maior.

Palavras chave: Improbidade. Leis. Constituição. Probidade. Administração.

ABSTRACT: This work aims to briefly address administrative improbity, analyzing its applicability and its effects on political agents who fail to comply with it. The personality or understanding of the sanctioning essence between Laws nº 1.079/50 and nº 8.429/92 and the specific rules of loss of office established in the Magna Carta of 1988, have been the fundamental arguments addressed by those who insist and defend their non-application to political agents. The premise of accountability, the current structuring of the Federal Constitution and the principle of primitive adaptation demonstrate, on the other hand, the counter-argument. Pacifying the conflict is a vital requirement for legal certainty and the resolution must always seek the concreteness and maximum effectiveness of the Charter.

Keywords: Improbity. laws. Constitution. Probitiy. Management.

1.INTRODUÇÃO

O escopo principal do presente trabalho é analisar o sistema político-jurídico contra os atos tipificados como improbidade administrativa praticados por agentes públicos, especialmente, aqueles que são ocupantes de cargos eletivos. Isto acontece a despeito do que pode ser previsto no artigo 2º da Lei nº 8.429/92, a qual versa sobre a responsabilidade do agente público eleito por processo eleitoral e a observância sobre aqueles que já se subjugam aos ditos crimes de responsabilidade, isto produz um forte debate e controvérsias.

Busca-se, no ponto central deste trabalho, evidenciar os valores dos princípios administrativos e constitucionais contidos no artigo 37 da Carta Maior de 1988 e analisar os atos desonestos previstos na Lei nº 8.429/92. E ao mesmo tempo defrontar as razões defendidas por quem é ainda obstinado em aceitar que a Lei seja aplicada aos agentes políticos. (BRASIL, 1992)

Serão analisados, no decurso do estudo, as seguintes questões: diferença entre o caráter das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 e as determinadas para os crimes de responsabilidade – Lei nº 1.079/50. Uma análise comparativa entre elas: estudo da jurisprudência mais recente da Suprema Corte (STF), e o mecanismo de perda de mandato político em virtude de pena por improbidade administrativa.

Este trabalho tenciona considerar dentro do contexto os debates do sistema de responsabilidade por improbidade daqueles que foram eleitos através do voto do povo para gerenciar o patrimônio público. Na conjuntura jurídica atual, na qual os especialistas mais confiantes e otimistas na efetividade e eficácia do artigo 37, § 4º da Constituição Federal, buscam idealizar e efetivar uma saída mais eficaz e enérgica de luta contra a corrupção que se tornou endêmica no Brasil desde a época imperial, corrompendo instituições e pessoas nos mais variados campos da vida pública e, que, infelizmente vem se mostrando um sério obstáculo ao crescimento dopaís.

Será abordado como a Lei de improbidade administrativa (LIA) estabelece um marco na Administração Pública e na luta contra a corrupção, em frente à preocupação constante e crescente diante da impunidade dos agentes políticos que cresce cada vez mais, objetivando sempre tutelar a probidade no desempenho da função pública. É abordado também o regime jurídico da Lei nº 8.249/92 e em sua complexidade.

Agentes políticos são uma casta de agentes públicos, portanto sujeitos, de forma geral, à mesma obediência quanto à responsabilidade, os agentes públicos conforme a doutrina, estão subjugados a três esferas de responsabilidade; que são: civil, administrativa e criminal. (DI PIETRO, 2011).

2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Improbidade Administrativa existe desde que o homem habita o planeta Terra. A sociedade, no entanto, não tem medido esforços para eliminar, com ferramentas legais, esse câncer da área administrativa e também da esfera civil e penal, infelizmente, nem sempre com resultado exitoso. A Lei é lacônica, e com exatidão, impõe o cumprimento às normas constitucionais, o cuidado em zelar pelos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, e publicidade dentre outros. (GARCIA, ALVES, 2010)

Os administradores públicos no exercício de suas funções ou cargos, têm obrigação de ter zelo pela probidade na prática de suas ações, assim sendo, evitará futuras sanções ou responsabilidades por condutas que não coadunam com aquelas esperadas dos gestores públicos e dos eleitos pela vontade do povo. A probidade significa, simplesmente, exercer qualquer função ou cargo público com moralidade, impessoalidade, honestidade, sempre em obediência às leis e aos princípios norteadores da administração pública, isto sem exorbitar das prerrogativas pertinentes ao cargo público para lograr benefícios ilegais de cunho econômico ou não, para si ou para outros, sem fazer uso de verbas públicas, irregularmente, e abster-se de práticas perversas de desvio de poder ou de finalidade. (FIGUEIREDO, 2004 p 104)

Desse modo pode-se compreender que a improbidade administrativa denota o desrespeito aos valores morais, no desempenho das funções na Administração Pública, agindo com atitudes e condutas desonestas, desprovidas de integridade quase sempre muito nocivas aos direitos de outrem (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p 365). Nesse mesmo diapasão, José Afonso Silva, afirma que a probidade administrativa tem caráter de moralidade administrativa e que granjeou distinção especial da Constituição Federal de 1988, a qual penaliza o gestor desonesto com o embargo dos seus direitos políticos. Ainda segundo o autor:

A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo. (SILVA, 2003, p.649).

Assim sendo, ao se falar em improbidade, a doutrina administrativa é próspera em associar o assunto ao princípio da moralidade, nessa perspectiva acredita que probidade e moralidade vivem no mesmo bojo de valores morais tutelados no sistema jurídico atual. A probidade é considerada pelo autor como uma porção do princípio da moralidade na administração pública estabelecendo o instituto inicial como dever referente às qualidades inatas da honestidade, da boa fé, da lealdade e da boa gestão, direcionando a todos que, de algum modo, preservam eles ou vínculos com a Administração. Por outro lado, entende por moralidade um dever que concerne ao agente público de ser protagonista em suas ações de forma honesta e respeitando às normas de equanimidade e transparência. (FIGUEIREDO, 2010, p. 146)

No que tange ao conceito de probidade, Ferreira (2002) o analisa como regra que exige do agente público, como de terceiros atitudes e práticas honestas e leais para com a gestão pública. Nesse segmento, Martins Júnior, de modo mais enfático e completo, descreve probidade como:

Dever que atende às honestidades de meios e fins empregados pela Administração Pública e seus agentes, sublinhando valores convergentes à ideia de boa administração, de cumprimento das regras da ética interna da administração Pública (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 109/110)

A lei de improbidade administrativa – LIA- introduziu novidade ao trazer outras punições ou penalidades além daquelas previstas na Carta Magna de 1988, como a perda de valores ou bens adicionados por meio ilícito ao patrimônio, assim como ressarcimento pecuniário e a proibição de realizar contrato com o Poder Público ou obter benefícios ou incentivos creditícios ou fiscais de modo direto ou indireto. As novidades, geradas pela Lei de improbidade administrativa, suscitaram controvérsias que foram levadas à avaliação da Corte Suprema, com indagações a respeito da aplicabilidade da Lei de improbidade aos agentes políticos. (BRASIL, 1992)

Cabe enfatizar que a moral estabelece relações com as funções administrativas e não deve ser confundida com a moral de cunho comum do bom senso coletivo, aquela removida dos valores inclusos e manifestados pela sociedade como normas de comportamento. Assim sendo, a moralidade administrativa tem suas regras positivadas, prestigiadas, e aplicadas pelo direito e compõem o ordenamento jurídico brasileiro, baseada nos princípios estabelecidos, normatizados pela Constituição Federal de 1988. (NEVES, OLIVEIRA, 2014)

Nesse diapasão, pode-se concluir que a improbidade administrativa equivale à conduta imprópria, corrupta e desleal do agente público, com o propósito de angariar benefícios para si ou para outrem, sem observar os princípios constitucionais que dão norte à Administração Pública. (NEVES,2014).

3.TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Considera-se agentes políticos os “titulares dos cargos estruturais à organização política do país, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado”: os mandatários dos poderes executivos na esfera federal, estadual e municipal, também os ministros e secretários de Estado, os senadores, os deputados e os vereadores. (BRASIL, 2001,p. 422/423).

A Constituição Federal de 1988 tem a tutela da probidade administrativa de modo patente e amplo, constituindo um progresso jurídico e moral com ganhos para a população brasileira. Nas constituições anteriores já existia referência à probidade administrativa, porém se restringia apenas à previsão de crimes de responsabilidade e de crimes comuns, aquele com aplicabilidade típica para os agentes políticos.

A Constituição da República de 1934, já previa crimes de responsabilidade, o mesmo sendo repetido nas Cartas de 1937, 1946 e 1967, porém muito sucinto, pois apenas estatua crime de responsabilidade por ato do chefe do executivo, capaz de atentar contra a probidade na Administração Pública.

A Constituição de 1946, no artigo 141, § 31 da CRFB/1946, dispõe sobre:

Não houve pena de morte, de banimento, de confisco, nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A Lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens. No caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica. (BRASIL, 1946).

A Carta maior de 1967, praticamente repetiu o mesmo dispositivo da Constituição de 1946, que passou a prever, a norma já contida no código penal publicado em 1945. No artigo 153, § 11 Da CRFB/1967 C/EC 1/69, foi disposto que:

Não haverá pena de morte, de prisão perpétua nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação

penal aplicável em caso de guerra externa. A Lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública. (BRASIL, 1967)

A Carta Magna de 1988, no seu artigo 85, inciso V, traz a mesma previsão do crime de responsabilidade, porém avançando um pouco mais. O constituinte ao dar início ao capítulo pertinente à Administração Pública, expressou certa preocupação com a improbidade, a moralidade, a legalidade e a eficiência na Administração Pública ao içar estes temas à princípios constitucionais, de acordo com *caput* do artigo 37. (GARCIA, ALVES, 2010, p. 58/96).

Diante da mudança estrutural da tutela da probidade administrativa na Carta Maior de 1988, é plausível deduzir que, ao contrário da probidade, a improbidade administrativa alicerça a violação dos princípios regentes de desempenho do Estado, com ênfase especial para o princípio da moralidade, que converte a improbidade administrativa, segundo Marcelo Figueiredo, em “uma imoralidade administrativa qualificada”. A doutrina compara a probidade administrativa à moralidade administrativa, porém Garcia, (2010) adverte oportunamente:

Em que pese ser a observância ao princípio da moralidade um elemento de vital importância para a aferição da probidade, não é ele o único. Todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade.

Entretanto, Garcia (2010) acaba deferindo com a referência categórica da doutrina e jurisprudência do princípio da moralidade na administração pública, dado que funciona “como verdadeiro mecanismo aglutinador, extraindo o sumo de todosos princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em standarts que podem ser mais percebidos do que definidos”.

A doutrina que há muito percebia a independência entre os princípios da moralidade e da legalidade, constitucionalizou-se fortalecendo a convicção de que não só o presidente da República, mas todos os gestores ou agentes públicos devem observar não só o que é honesto e justo, mas especialmente o que é legal nos seus atos para a sociedade, conceitos jurídicos imprecisos que finalizam a tutelada probidade administrativa. Em outros termos, a matéria que sempre fora tratada exclusivamente na

área penal, passou a transitar também em outra competência, ou seja, na área do Direito Administrativo. (GARCIA, ALVES, 2010, p. 60/96).

O legislador ordinário, apoiado pela sua liberdade de constituir, editou a Lei nº 8.429/92, que mostra uma singularidade na história da República: Sendo a primeira certidão normativa ordinária de combate à corrupção no Brasil e sancionada pelo primeiro Presidente da República destituído do cargo após sofrer um processo árduo de *impeachment*, sr. Fernando Color de Melo.

É inegável que, a corrupção é um dos obstáculos ao desenvolvimento do país. Sem nenhuma dúvida, a corrupção é como um câncer que destrói toda e qualquer organização democrática. Quando a sociedade possui padrões éticos, estes são refletidos na honestidade e Ética dos agentes públicos. Contudo, a sociedade necessita amadurecer sua cultura e educação, caso contrário, a tolerância nas urnas eleitorais enfraquece mais e mais o texto Constitucional.

O poder judiciário existe, presumidamente, para garantir a efetividade da Constituição Federal, no entanto, caso ele se omita no combate à corrupção, o texto constitucional será claramente afrontado e violado, e se distanciará cada vez mais do enfrentamento dos problemas sociais existentes no Brasil, consequência dos efeitos nocivos ocasionados pela ingerência da coisa pública. Quando a corrupção se alastra, os recursos públicos escasseiam, evitando a concretização de projetos sociais, aumentam a pobreza e a demanda individual por vagas em hospitais, aumenta a procura por medicações, por vaga em creches e escolas, pois com corrupção o Estado torna-se ineficiente e pesado. (ALVES, GARCIA, 2013 p. 70/76)

Segundo Meirelles (2015) Qualquer ato administrativo deve estar plenamente em conformidade com a finalidade administrativa e a normalidade, além da legalidade, para que sua atuação seja validada. Administração legitimada é aquela envolta, revestida de probidade administrativa e legalidade, cumprindo as condições impostas pela legislação e harmonizada com as regras da Instituição pública cumprindo meramente a Lei em consonância com aquilo que é dito no seu próprio texto, não é o bastante, é necessário atentar no que encontra-se por trás da mencionada regra normativa, para que a gestão seja capaz de realizar ampla sintonia com a Lei. Nessa direção, a Administração precisa ser norteadada pelos preceitos da Moral e do Direito, afim de que o que é legal se uma ao probo e o conveniente se uma aos preceitos sociais. Desses preceitos ou princípios, o Direito público arrancou e regularizou o princípio da moralidade administrativa, aos quais passaram a examinar. (MEIRELLES, 2015).

4.SISTEMA DE PUNIÇÃO DA LEI Nº 8.429/92

O artigo 12 da Lei de improbidade, traz um elenco de punições que serão aplicadas em cada tipo de improbidade – tipos estes que estão traçados nos artigos 9º, 10 e 11.

Na prática, as sanções são as mesmas para cada um dos tipos de improbidade, somente diversificam quanto à intensidade: são estes: 1) perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; 2) ressarcimento integral do dano;

3) perda da função pública; 4) suspensão dos direitos políticos; 5) proibição de contratar com o Poder Público; 6) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

No primeiro instante, as punições previstas no art. 12 da Lei nº 8.249/92, condiz sanções penais, civis, políticas e administrativas, parecem possuir caráter complexo. Esta ideia seria naturalmente decorrência do aperfeiçoamento e da multiplicidade dos liames jurídicos, a requerer a aceitação hodierna, dos habituais “microsistemas legais”. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 254/278)

Di Pietro declara que o caráter das ações previstas, apontam que a improbidade administrativa, mesmo que possa haver consequências no âmbito criminal, com a instauração simultânea do processo penal e também na esfera administrativa, é provável ainda identificar um ilícito de caráter político e civil, pelo fato de ser capaz de comprometer a indisponibilidade dos bens, o ressarcimento dos danos causados ao erário e a suspensão dos direitos políticos. (DI PIETRO, 1993, p.722/723).

Carvalho Filho ao abordar a capacidade legislativa para essas punições, afirma que, embora não possua natureza penal, elas possuem caráter político quanto à suspensão dos direitos civil e político para os restantes. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 200)

5. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS

A Lei 8.429/92 – de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992) nascida como objetivo de regular o artigo 37, § 4 da Constituição Federal de 1988, sobre as sanções cabíveis aos agentes públicos quando houver enriquecimento ilícito durante o mandato, cargo, emprego ou função na Gestão Pública direta, indireta ou nas fundações. O escopo principal, não só desta Lei como também do artigo 37 da Carta Magna é proteger a Administração Pública contra a prática de ilícitos pelos seus agentes, a administração deve sempre realizar suas atividades, que são fundamentais para o bom funcionamento do Estado, observando sempre os princípios norteadores previstos no artigo 37 da Constituição Federal, são eles os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade,

publicidade e eficiência, assim como os demais previstos na Carta Maior de 1988 e na legislação infraconstitucionais. (BRASIL, 1992)

Para o aprendizado da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa é sobretudo relevante conhecer o que significa probidade e seus eventuais danos lesivos chamados improbidade. A probidade tida como sinônimo de moralidade quando citada sob a aparência de princípio, quando reconhecida como ato ilícito, esta apresenta distinções mais amplas e imperativas do que a moralidade. DI PIETRO, (2017, p. 1.104), disserta sobre a probidade da seguinte forma:

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da Lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras, que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública. (DI PIETRO, 2017)

Sendo assim é verificável a abrangência do conceito de moralidade e probidade administrativa. Apenas o cumprimento da lei em si, não é suficiente para se desobrigar da responsabilidade e também a análise de finalidade se faz necessária, com a qual o ato foi realizado. (DI PIETRO, 2017)

Seguindo ainda a definição da autora pode-se afirmar que a improbidade administrativa configuraria como lesiva à moralidade ou probidade administrativa, definida pelo não cumprimento, não só da lei em si como também de princípios que envolvem, que cercam o campo da administração Pública. (DI PIETRO, 2017, p.1.104)

No ordenamento jurídico brasileiro, a improbidade administrativa já existe há bastante tempo e desde há muito ela vem sendo examinada, observada trata por este ordenamento jurídico, só que com uma vestimenta diferente. Inicialmente, como uma ação ilícita, que era aplicada apenas aos agentes políticos e definida como crime de responsabilidade. A ferramenta normativa que data de 8 de maio de 1941, o Decreto-lei nº 3.240 (BRASIL, 1941), eram sujeitos a sequestro bens de pessoas indiciadas por crimes contra o erário ou por transgressões previstas no Livro II, Títulos V, VI e VII da Consolidação das Leis Penais, quando tivessem por resultado enriquecimento ilícito do indiciado. Nesse cenário, a perda de bens consistia em efeito da condenação criminal em conformidade com o Artigo 6º, 2º do referido Decreto-lei. (BRASIL, 1941).

6. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – ABORDAGEM.

Um pequeno enfoque sobre princípios constitucionais que regem a gestão pública. Em relação a eles, vale enfatizar a relevante citação de José Afonso da Silva, na qual ele leciona que:

A administração pública é informada por diversos princípios gerais, destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a boa administração, que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo, com o que também se assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas. (SILVA, 2011 p.667)

Os princípios administrativos são diversos implícitos e explícitos, entre eles merecem ser destacados os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, motivação, contraditório, autotutela, presunção de legitimidade entre outros. (SILVA, 2011, P. 666)

O princípio da legalidade é com certeza, o princípio que merece um destaque maior em frente ao comportamento dos agentes públicos. O princípio afirma que toda atividade administrativa deve ser tutelada, autorizada por lei, se assim não for esta atividade torna-se ilícita. Tal afirmação, reafirma que o Estado é obrigado a respeitar as leis que ele mesmo cria e edita. (CARVALHO FILHO, 2016).

Nessa premissa, convém ressaltar as palavras de Hely Lopes Meirelles:

As leis administrativas são normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. (MEIRELLES, 2016, p.93)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível entender no presente estudo que a Lei de Improbidade administrativa está contida na Carta Magna de 1988, em seu artigo 37 § 4 e que determina a reparação dos prejuízos e danos causados aos cofres públicos pelos agentes que transgridem cometendo atos ímprobos, efetivando também princípios que devem ser seguidos à risca por todas as categorias de agentes públicos, assim sendo se alcança uma gestão moralizada, justa e proba, focando sempre na legalidade. É evidente que a Lei de improbidade Administrativa pode ser apontada como uma das melhores ações concernentes ao combate acirrado à corrupção em solo brasileiro, colaborando para moralizar a Administração Pública.

É notável que os agentes políticos compõem conceituação de agente público, conceito este mencionado no artigo no artigo 2º da Lei de Improbidade, assim subordinados a responsabilizar-se pelos atos que resultam em improbidade administrativa. As sanções da Lei nº 8.429/92, possuem caráter político- administrativo, logo são de direito civil em sentido abrangente, não possuindo cerne penal, não obstante a gravidade de duas dessas sanções – perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

REFERÊNCIAS

ALVES, R.P. GARCIA, E; **Improbidade administrativa**, 7ª Ed. São Paulo, Saraiva2013.

BRASIL, 1824, **Constituição do Império** de 25 de Março de 1824.

BRASIL, 1992 ; **Lei 8.429 de 02 de Junho de 1992** – Improbidade Administrativa

BRASIL, 1941 **Constituição Federal do Brasil**

BRASIL,, 1946 – **Constituição do Brasil** de 18 de Setembro de 1946 BRASIL,

1967; **Constituição Federal do Brasil** de 24 de Janeiro de 1967.

CARVALHO FILHO,JS; **Manual de direito administrativo**. 32ª Ed. São Paulo,Atlas, 2018

DI PIETRO, M.S.Z; **Direito administrativo**, 3ª Ed. Rio de Janeiro; Forense,2016

FAZZIO JR; Valdo; **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4ª Ed. São Paulo, Atlas, 2016

FIGUEIREDO, M; **Probidade Administrativa**. 5ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

GARCIA, E. ALVES, R. P. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro, Lumenjúrís, 2010.

MARTINS JÚNIOR, **Improbidade administrativa**, 2002, p 109

MEIRELLES, HL. **Direito Administrativo**. 41ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2015

PRADO, FOA. **Improbidade administrativa**. São Paulo, Malheiros, 2001.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2005

NEVES, D. A. A. OLIVEIRA, R. C. R. **Manual de Improbidade administrativa**. 2ªEd. São Paulo, Método, 2014

OS FUNDAMENTOS E OS PRINCÍPIOS QUE PERMEIAM A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS

JOÃO RAFAEL MONTEIRO RODRIGUES: pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp; servidor público exercendo o cargo de analista judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

RESUMO: O surgimento da sociedade moderna acarretou a necessidade de serem reconhecidos novos direitos. Surgem, assim, os direitos transindividuais ou direitos difusos, cuja defesa exige a utilização de novos instrumentos processuais, com o abandono do individualismo aplicável ao processo civil clássico. Há dois fundamentos para a tutela de direitos coletivos: o fundamento político e o fundamento sociológico. O desenvolvimento destas novas ferramentas tem como escopo principal a garantia do direito de acesso à justiça.

ABSTRACT: The rise of modern society caused the need to be recognized new rights. Then, emerge transindividual rights or diffuse rights, whose defense requires the of new processual instrumentcs, abandoning the individualismo of classic civil procedure. The protection of collective rights has two fundamentals: political and sociological. The development of these new tools aims to guarantee the right to acess justice.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo realizar uma reanálise bibliográfica acerca do surgimento da tutela coletiva de direitos, bem como da relevância do tema para a efetivação do acesso à justiça e do contraditório, direitos fundamentais com escopo no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Serão analisados os fundamentos político e sociológico da tutela coletiva de direitos, além de se promover exame perfunctório dos temas relacionados ao acesso à justiça e ao contraditório, com destaque à análise da tutela de direitos transindividuais.

1. DOS FUNDAMENTOS DA TUTELA COLETIVA

Em breves linhas, o surgimento da tutela coletiva decorre do reconhecimento de que as regras processuais aplicáveis para proteção de direitos individuais eram insuficientes para a salvaguarda de determinados interesses surgidos a partir da evolução da sociedade, que passou a conviver com fenômenos capazes de reordenar a vida das pessoas e, dessa maneira, a exigir novas formas de solução de litígios judiciais.

Nesse sentido, NEVES (2014, p. 08) aponta que os direitos transindividuais não podem ser efetivamente protegidos pela tutela individual – a qual, no Brasil, está basicamente prevista no Código de Processo Civil. Por isso, é compreensível o surgimento das ações de natureza coletiva, abarcando adaptações de determinados institutos processuais a fim de conferir efetiva tutela dos novos direitos surgidos.

A doutrina aponta dois principais fundamentos para o desenvolvimento de regras específicas para as demandas de cunho coletivo: sociológico e político. A seguir, serão realizados breves apontamentos acerca do tema, como forma de introduzir a necessidade de balizar o controle da legitimação adequada no processo coletivo.

1.1 FUNDAMENTO POLÍTICO

De início, o surgimento das demandas coletivas tem relação direta com a economia processual. A expansão dos limites da vida em sociedade e o surgimento de novos direitos exigiram que o ordenamento jurídico buscasse soluções para o contínuo aumento no número de processos para tutela de determinados interesses, sem deixar de observar a inafastabilidade do controle judicial.

A partir disso, foram criados métodos como os recursos repetitivos, o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 e ss. do CPC-2015) e outros, com o objetivo de reduzir recursos materiais e econômicos na prestação jurisdicional. É nesse contexto que começa a se desenvolver o processo coletivo, com o objetivo de atomizar conflitos que envolvem direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Além da diminuição no número de processos, outros benefícios advêm da economia processual, conforme destacam DIDIER JR. e ZANETI JR (2014, p.33): uniformização dos julgamentos com a conseqüente harmonização social, impedimento de decisões contraditórias e aumento de credibilidade dos órgãos jurisdicionais, além de reforço a segurança jurídica e a previsibilidade.

1.2 FUNDAMENTO SOCIOLÓGICO

Ainda de acordo com DIDIER JR. e ZANETI JR. (2014, p. 33), o processo coletivo surge também para proporcionar o direito ao acesso à justiça. Apontam os autores que as demandas de massa e litigiosidade de massa decorrentes do processo de globalização, da crescente industrialização e urbanização – características principais da atual sociedade – exigiram a mudança do paradigma individualista no processo civil.

A urgência na criação de uma nova forma de tutela decorreu da necessidade de atender o princípio da inafastabilidade da jurisdição, elevado à categoria de direito fundamental pelo art. 5º, XXXV, da CF/8820. Nesse sentido, destaca-se trecho da obra de NEVES (2014, p. 10):

O acesso ao processo dos direitos transindividuais seria impossível com a aplicação do sistema criado para a tutela individual. E, nesse sentido, o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrada constitucionalmente seria flagrantemente desrespeitado. A única forma de fazer valer concretamente o princípio constitucional nesse caso, portanto, seria – como foi – com a criação da tutela coletiva.

Sem desprezar a relevância do fundamento político estudado anteriormente, parece-nos que o acesso à justiça figura como principal razão para o surgimento do processo coletivo. Isso porque as regras de processo individual não são suficientes, como pontuado, para resolver litígios que envolvam direitos de coletividade indeterminada (ex: lesão ao meio ambiente) e porque há outras demandas que, embora de natureza individual, não conseguiriam ser tratadas de forma individual (ex: direitos do consumidor).

O direito ao acesso à justiça será trabalhado em seguida em conjunto com o princípio do contraditório por entendermos que nada adianta proporcionar o ingresso ao Poder Judiciário sem que também seja garantida a possibilidade de participar efetivamente do processo e de influenciar na sentença proferida ao final.

2. DO ACESSO À JUSTIÇA E DO CONTRADITÓRIO

2.1 DO ACESSO À JUSTIÇA

De início, importante esclarecer que o direito ao acesso à justiça traz consigo diversas discussões. No entanto, no presente trabalho coligir-se-ão apenas as principais premissas básicas de tão importante direito, com a finalidade de alinhá-lo ao principal objetivo deste estudo que se refere à representação adequada nas tutelas coletivas.

RAMOS (2014, p. 586) apresenta o seguinte conceito ao direito em análise:

20 Embora não seja tema do presente estudo, vale ressaltar que a doutrina reconhece que ao lado da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais (correspondente à noção de que os direitos fundamentais são direitos, ou seja, condições jurídicas protegidas porque titularizadas pelas pessoas, atribuindo posições jurídicas de vantagem a seus titulares), há, ainda, uma dimensão objetiva. Por esta, os direitos fundamentais traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem ser observados por todo ordenamento jurídico, inclusive pelo processo, o qual deve ser construído e estruturado em consonância com os direitos fundamentais.

O direito de acesso à justiça (ou direito de acesso ao Poder Judiciário ou direito à jurisdição) consiste na faculdade de requerer a manifestação do Poder Judiciário sobre pretensa ameaça de lesão ou lesão a direito. Concretiza-se, assim, o princípio da universalidade da jurisdição ou inafastabilidade do controle judicial, pelo qual o Poder Judiciário brasileiro não pode sofrer nenhuma restrição para conhecer as lesões ou ameaças de lesões a direitos.

Ainda de acordo com as lições de RAMOS, o direito de acesso à justiça possui duas facetas: (i) formal, consistente no reconhecimento do direito de acionar o Poder Judiciário e outra (ii) material ou substancial, consistente na efetivação desse direito. Nesse segundo aspecto, enquadra-se a aceitação da tutela coletiva de direitos e da tutela de direitos coletivos, que possibilita o acesso à justiça de várias demandas reprimidas.

MENDES e BRANCO (2012, p. 443), escorados em premissas delineadas no direito alemão, definem que o art. 5º, XXXV, da CF/88, (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*) prevê o direito à proteção judicial efetiva, que se relaciona com outras garantias constitucionais, como a duração razoável do processo, o duplo grau de jurisdição, publicidade e contraditório e ampla defesa.

De fato, há que se reconhecer a relação de interdependência entre os direitos de acesso à justiça e do contraditório. Conforme indicado anteriormente, o acesso ao Estado-juiz não pode ser garantido exclusivamente sob o ponto de vista formal, sendo necessário assegurar que a tutela judicial seja efetiva, proporcionando às partes ampla participação e poder de influência sobre a sentença. Nota-se que essa faceta recebe maior destaque no processo coletivo brasileiro, no qual o legislador definiu o rol taxativo de legitimados que irão representar em juízo direitos de outros grupos.

2.2 DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A Constituição Federal de 1988 elevou à categoria de fundamental o devido processo legal, ao prever no artigo 5º, inciso LIV, que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*. Cuida-se, nas palavras de DIDIER JR. (2014, p. 47), de um direito fundamental de conteúdo complexo, que se traduz na ideia de um processo justo e equitativo.

Nessa senda, a própria Lei Maior previu alguns corolários da aplicação do devido processo legal, por meio dos quais este se concretiza. Assim, a norma constitucional veda a utilização de provas ilícitas, determina a razoável duração do processo, proíbe a constituição de juízos de exceção, garante o acesso à justiça etc.

Dentre os corolários do *due process of law*, destaca-se o princípio do contraditório. O destaque é merecido, pois em conformidade com lição de DIDIER JR. (2014, p. 55), trata-se de reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. De fato, a democracia exige participação, que só é efetivada, no processo, quando há observância do contraditório.

De acordo com NEVES (2013, p. 64), a doutrina clássica apontava a concretização do princípio em questão por meio de dois elementos: informação e possibilidade de reação. A evolução histórica do postulado em análise, no entanto, ampliou seu sentido, passando a prever outras duas importantes garantias: o poder de influenciar a decisão e a vedação à surpresa (arts. 9º e 11 do CPC-15).

Relevante ressaltar que o contraditório, em regra, será exercido de forma preliminar. Sem embargo o CPC-15 estabelece diversas exceções ao contraditório prévio. A possibilidade de exercício postergado de tão importante direito decorre da necessidade de se assegurar a efetividade do processo, que, em determinadas situações poderá ser sufragada pelo decurso de tempo²¹.

A partir disso, conclui-se que o respeito ao princípio do contraditório não decorre somente de regras processuais. Sua observância está atrelada diretamente a normas constitucionais de elevadíssimo grau de importância – circunstância que maximiza a necessidade de buscar meios aptos a garantir, cada vez mais, seu pleno exercício no processo.

Sobre o tema, vale coligir *in litteris* a redação do artigo 7º do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual *“é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”*.

O respeito ao contraditório pressupõe a igualdade das partes. Conforme lição de NEVES (2016, p. 262), a completa realização do princípio do contraditório, em especial quando analisado como forma de garantir a “paridade de armas” no processo, exige uma

²¹Nessa senda, o art. 9º CPC-15 estabelece que o contraditório será exercido posteriormente na tutela provisória de urgência; nas hipóteses de tutela da evidência quando (i) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante ou (ii) quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa e, ainda; na decisão prevista no art. 701. Humberto Teodoro Junior lembra de outras hipóteses distribuídas pelo corpo do NCPC (p. 137), tais como as medidas liminares *inaudita altera parte*, não só nas tutelas provisórias de urgência ou de evidência (arts. 294 a 311), mas, ainda, nas ações de procedimento especial, à exemplo das possessórias (art. 562) e nos embargos de terceiro (art. 678).

igualdade real entre as partes para que as reações possam efetivamente igualar suas situações no processo.

A submissão ao contraditório não se limita aos processos intersubjetivos. Com efeito, em processos coletivos este princípio tem sua importância ainda mais acentuada.

CONCLUSÃO

Nessa toada, nota-se que a defesa de direitos coletivos no ordenamento jurídico decorre da necessidade de ampliar os meios de acesso à justiça, em conformidade com o entendimento dos autores Bryant Garth e Mauro Cappelletti que desenvolveram em conjunto o “Projeto de Florença”, indicando a tutela coletiva como segunda onda renovatória do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*.**

Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 20 nov. 2009. Disponível em:

<<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/75-o-controle-judicial-da-atuacao-adequada-no-processo-coletivo-e-a-desneces>

[saria-extensao-da-coisa-julgada-secundum-eventum-litis](http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/75-o-controle-judicial-da-atuacao-adequada-no-processo-coletivo-e-a-desneces)>. Acesso em 05/04/2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 1.** 14^a. ed. Salvador: JusPodivim. 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 4. Processo Coletivo.** 5^a ed. Salvador: JusPodivim. 2014.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo.** São Paulo: Atlas. 2010.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta.** Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016416>. Acesso em 02/04/2016.

GUERRA. Márcia Vitor de Magalhães. **Ação coletiva passiva: uma análise quanto à formação do grupo demandado.** *In:* ZANETTI JR. Hermes. **Processo Coletivo.** Salvador: Editora JusPodivm. 2016. cap. 12, p. 305-318.

JUZINKAS. Leonardo Gonçalves. **Poderes do juiz no processo coletivo: diálogos entre o CPC e o Projeto "Gidi".** *In:* ZANETTI JR. Hermes. **Processo Coletivo.** Salvador: Editora JusPodivm. 2016. cap. 15, p. 363-398.

MAZZILLI. Hugo Nigro. **O processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015.** *In:* ZANETTI JR. Hermes. **Processo Coletivo.** Salvador: Editora JusPodivm. 2016. cap. 6, p. 185-214.

_____. **A defesa interesses difusos em juízo.** 22ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil. Volume único.** 5ª Ed. São Paulo: Método. 2013.

RAMOS. André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva. 2014.

ROQUE. André Vasconcelos. **As ações coletivas após o Novo Código de Processo Civil: para onde vamos?** *In:* ZANETTI JR. Hermes. **Processo Coletivo.** Salvador: Editora JusPodivm. 2016. cap. 5, p. 157-184.

SCARPARO, Eduardo. **Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil.** *Revista de Processo*, v. 208, p. 125-146, 2012.

VIOLIN. Jordão. **O contraditório no processo coletivo: amicus curiae e princípio da cooperação.** *In:* ZANETTI JR. Hermes. **Processo Coletivo.** Salvador: Editora JusPodivm. 2016. cap. 10, p. 263-284.

ZANETTI JR., Hermes; GARCIA. Leonardo de Medeiros. **Direitos difusos e coletivos.** 3a. Ed. Salvador: JusPodivm. 2012.

ZAVASCKI. Teori Albino. **Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

O RECONHECIMENTO DO CUIDADO MATERNO COMO TEMPO DE SERVIÇO COMPUTÁVEL PARA APOSENTADORIA NO BRASIL

LUIS FELIPE FERREIRA LOPES DA SILVA:
graduando em Direito pela Faculdade
Serra do Carmo - Fasec

EDY CÉSAR DOS PASSOS JUNIOR

(coautor)

RESUMO: O objetivo do presente artigo é compreender o projeto de lei que reconhece o trabalho materno como tempo de serviço computável para aposentadoria. Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa. Metodologicamente, a revisão de leitura contemplou a análise de livros, teses, dissertações, artigos, leis, projetos de lei, entre outras produções publicadas sobre o tema em questão. Com os principais resultados, constatou-se que os autores sociais pesquisados reconhecem a importância do trabalho materno como tempo computável para aposentadoria. Dessa forma, conclui-se que não há como falar em garantias e igualdade de direito às mulheres sem considerar que a maternidade as marginaliza do mundo público. Isso porque são elas que criam seus filhos e o tempo que isso demanda as impede de ter acesso à aposentadoria. A maioria delas sequer conseguem ter uma vida digna na velhice, uma vez que não cumpriram o tempo do que o capitalismo considera como trabalho.

Palavras-chave: Previdência Social; Igualdade; Maternidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to understand the bill that recognizes maternal work as time of service computable for retirement. Therefore, a bibliographic research with a qualitative approach was carried out. Methodologically, the reading review included the analysis of books, theses, dissertations, articles, laws, bills, among other published productions on the topic in question. With the main results, it was found that the social authors surveyed recognize the importance of maternal work as a computable time for retirement. In this way, it is concluded that there is no way to talk about guarantees and equal rights for women without considering that motherhood marginalizes them from the public world. This is because they are the ones who raise their children and the time it takes prevents them from having access to retirement. Most of them are not even able to have a decent life in old age, since they have not fulfilled the time of what capitalism considers work.

Keywords: Social Security; Equality; Maternity.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Sistema de Previdência Social: considerações históricas. 2.1 Breve Histórico da Seguridade Social no Brasil. 2.2 Princípios de Seguridade Social. 3 Aposentadoria por Tempo de Contribuição e por Idade. 4 Fator de reconhecimento do cuidado materno como tempo de serviço computável para aposentadoria no Brasil. 4.1 Projeto de Lei, de 2021 (Das Sras. Jandira Feghali, Alice Portugal e Professora Marcivânia e do Sr. Renildo Calheiros). 5 Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema *O reconhecimento do cuidado materno como tempo de serviço computável para aposentadoria no Brasil*. A proposta busca discutir o Projeto de Lei que propõe acrescentar os parágrafos 5º e 6º no Artigo 48 da Lei n. 8.213/1991 e frisa o cuidado materno como tempo de serviço computável.

Em linhas gerais, a previdência social é um seguro prestado pelo Estado cujo objetivo é ofertar proteção àqueles que estão incapazes de trabalhar. No entanto, o objeto da previdência é restrito e possui finalidades específicas que englobam as contingências de incapacidade para o trabalho que resultem na alteração da renda e que tenham ocorrido por acidentes de trabalho ou de qualquer outra natureza – desemprego, doenças, maternidade, invalidez, idade avançada e morte.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), atualmente, é regulamentado pelas leis: Lei 8.212/1991 – Plano de Custeio, Lei nº 8.213/1991 – Plano de Benefícios e Decreto nº 3.048/1999 – Regulamento da Previdência Social. A Constituição Federal de 1988 e o Plano de Benefícios da Previdência Social, Lei nº 8.213/1991, estabelecem as prestações do Regime Geral de Previdência Social brasileira. Em determinados benefícios, a legislação prevê requisitos como idade e tempo de contribuição mínimo para sua concessão.

Desta forma, cabe questionar: como o Projeto de Lei em questão pode contribuir para o reconhecimento do cuidado materno como tempo de serviço computável para aposentadoria no Brasil? Quais os critérios positivos e negativos dessa proposta? Esses questionamentos são de grande relevância uma vez que essas questões envolvem a segurança e a liberdade da sociedade brasileira.

Assim, a presente pesquisa tem como objetivo geral compreender o projeto de lei que reconhece o cuidado materno como tempo de serviço computável para aposentadoria no Brasil. Como objetivos específicos, tem-se: I) identificar as vantagens e as desvantagens da proposta apresentada como projeto de lei; II) apresentar os tipos de aposentadoria no direito previdenciário, com ênfase ao direito à aposentadoria por idade e por tempo de contribuição; III) e verificar quais são as faixas etárias que serão beneficiadas pela proposta previdenciária.

O Projeto de Lei 2.691/2021, escrito pelas Sras. Jandira Feghali, Alice Portugal e Professora Marcivânia e pelo Sr. Renildo Calheiros, propõe o reconhecimento do cuidado materno como tempo de serviço computável para aposentadoria no Brasil. Assim, a importância desse trabalho é justificada pela sua relevância em termos de abrangência e por tornar conhecidos os novos parágrafos que foram acrescentados. Ademais, a proposta em questão atinge praticamente todas as mães trabalhadoras do Brasil que visam conseguir sua aposentadoria por tempo de serviço. Isso afeta não somente a classe trabalhadora, mas também, de forma indireta, todas as mães como um todo.

Com relação aos procedimentos metodológicos, realizou-se uma investigação de abordagem qualitativa que tem o ambiente de pesquisa como sua fonte direta de dados e o pesquisador como seu principal instrumento. Segundo Ludke e André (1986), essa abordagem destina-se a trabalhos mais específicos, bem delimitados e de contornos claramente definidos.

Como técnica, realizou-se uma análise descritiva mais aprofundada sobre o reconhecimento do cuidado materno como tempo de serviço computável para aposentadoria no Brasil. O percurso metodológico foi constituído de uma revisão de literatura acerca do tema estudado, em livros, teses, dissertações, artigos, leis, projeto de lei, artigos, entre outros.

A pesquisa está estruturada em três tópicos, além da introdução e das considerações finais, proporcionando uma reflexão sobre a constitucionalidade mediante decreto e os mecanismos de continuidade.

2. SISTEMA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Todos têm direito à segurança social. Por meio da prestação de assistência social, os Estados devem garantir proteção a todos, particularmente aos membros mais vulneráveis da sociedade em caso de desemprego, maternidade, acidente, doença, invalidez, velhice ou outras circunstâncias. Os Estados devem realizar progressivamente o direito à seguridade social por intermédio de medidas de proteção, em dinheiro ou em espécie, que permitam aos indivíduos e as famílias adquirir, ao menos, cuidados essenciais de saúde, abrigo e moradia básicos, água e saneamento, alimentação e as formas mais básicas de Educação (CASTRO; LAZZARI, 2021).

Devido ao seu efeito redistributivo, o direito à segurança social é um importante fator de inclusão e coesão social e redução da pobreza. A seguridade social deve ser fornecida de forma não discriminatória, embora os meios de financiamento e segurança

da sociedade variem de Estado para Estado (CASTRO; LAZZARI, 2021). O direito à segurança social é crucial para garantir uma vida digna e é reconhecido em numerosos instrumentos de direitos humanos, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Direito humano fundamental, a seguridade social é uma potente ferramenta de combate à discriminação e um instrumento essencial para reduzir a pobreza e promover a inclusão social. Destina-se ainda a fornecer segurança de renda e apoio em todas as fases da vida para todos e com atenção especial aos mais marginalizados (CASTRO; LAZZARI, 2021).

Com relação aos aspectos essenciais do direito à segurança social Castro e Lazzari (2021) destacam as seguintes:

- **Disponibilidade.** Os Estados devem garantir que o sistema de seguridade social, seja qual for a composição, esteja disponível para fornecer benefícios a fim de lidar com impactos relevantes sobre os meios de subsistência. Tal sistema deve ser sustentável, para dar continuidade ao longo das gerações, e administrado ou regulado pelo Estado.
- **Riscos e contingências sociais.** Os sistemas de seguridade social dos Estados devem prever a cobertura de nove ramos principais: assistência à saúde; doença; velhice; desemprego; lesão laboral; apoio familiar e infantil; maternidade; incapacidade; e sobreviventes e órfãos.
- **Adequação.** Os benefícios concedidos sob um regime de seguridade social devem ser adequados em quantidade e duração para garantir que os beneficiários possam realizar seus direitos à proteção e assistência familiar, um padrão de vida adequado e acesso adequado aos cuidados de saúde. Para facilitar isso, os Estados devem monitorar regularmente os critérios usados para determinar a adequação. Quando uma pessoa faz contribuições para um regime de seguridade social que oferece benefícios para cobrir a falta de renda, deve haver uma relação razoável entre os rendimentos, as contribuições pagas e o valor do benefício relevante.
- **Acessibilidade.** O acesso à seguridade social envolve cinco elementos-chave: cobertura, elegibilidade, acessibilidade, participação e informação e acesso físico. Todos devem ser abrangidos pelo sistema de segurança social do Estado, em particular os grupos mais desfavorecidos e marginalizados, sem discriminação por qualquer motivo proibido. Regimes não contributivos serão necessários para garantir a cobertura universal. As condições de qualificação devem ser razoáveis, proporcionadas e transparentes. Qualquer rescisão, suspensão ou redução de benefícios deve ser prescrita por lei com base em

motivos razoáveis e sujeita ao devido processo. Quaisquer contribuições exigidas ao abrigo de um regime de segurança social devem ser declaradas com antecedência, acessíveis a todos e não devem comprometer outros direitos humanos. Todos devem ter acesso às informações sobre direitos previdenciários e poder participar nos sistemas de segurança social disponíveis. Os Estados devem garantir que todos possam acessar fisicamente os serviços de previdência social para obter benefícios e informações e fazer as contribuições necessárias, com atenção especial às pessoas com deficiência, migrantes e pessoas que vivem em áreas remotas, propensas a desastres ou conflitos.

2.1 Breve histórico da Seguridade Social no Brasil

Inicialmente as formas de proteção social no Brasil surgiram com caráter beneficente e assistencial ainda no século XVI momento em que houve a criação das Santas Casas de misericórdia. Na esfera previdenciária, a Constituição brasileira de 1981 trouxe aposentadoria por invalidez aos servidores públicos.

Conforme explana Castro e Lazzari (2021) a Previdência Social teve seu marco inicial com a publicação do Decreto Legislativo n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, considerado como a Lei Eloy Chaves, onde foram criadas as Caixas de Aposentadoria e Pensões nas empresas de estradas de ferro que existiam, por meio de contribuições dos trabalhadores, das empresas do ramo e do Estado, possibilitando aposentadoria aos trabalhadores e pensão a seus dependentes em caso de morte do segurado, além disso, possibilitar assistência médica e a diminuição do custo de medicamentos.

No Brasil, o princípio do seguro estruturou e estabeleceu os critérios de acesso à Previdência de 1923 até a Constituição de 1988. A Seguridade Social no Brasil alicerça-se no tripé Saúde, Previdência e Assistência Social. No caso da Saúde e da Assistência Social, o acesso se faz por direito de cidadania cujo financiamento se opera de forma indireta, isto é, mediante receitas realizadas pelas contribuições sociais arrecadadas sobre o faturamento e o lucro das empresas constituídas (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social). Portanto, nessas premissas, qualquer cidadão do povo tem direito e acesso à Assistência Social e à Saúde, bastando que esteja enquadrado nas situações e condições estabelecidas em lei (CASTRO; LAZZARI, 2021).

Segundo a Constituição Federal de 1988, são direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Ressalta-se que no texto original da Constituição Federal não se fazia menção à alimentação, à moradia e ao

transporte. A inserção deles na Carta Magna foi obra do Poder Constituinte Derivado (através de emenda à constituição). Para Supremo Tribunal Federal, esse rol de direitos sociais é exemplificativo, pois há outros direitos sociais espalhados pelo texto constitucional. (CASTRO; LAZZARI, 2021). Os direitos sociais são normas de eficácia limitada, ou seja, dependem de uma outra norma infraconstitucional para dar efetividade ao descrito na constituição.

No que se refere à Previdência Social, o acesso a ela se dá pelo exercício do trabalho remunerado que determina a filiação obrigatória e prevê o recolhimento de contribuições de forma direta, o que possibilita a identificação pessoal do trabalhador. A Previdência Social assumiu esse formato a partir de 1988, resultado de muita luta, após o período da ditadura militar (CASTRO; LAZZARI, 2021).

A primeira fase efetiva da previdência social no Brasil se deu com a Lei Eloy Chaves. Já a segunda fase se deu com o IAP's (Instituto de Aposentadoria e Pensões), autarquias federais que promoveram a união de CAP's organizadas por categorias. Em 1960, a Lei 3.807 unificou toda a legislação securitária (7 IAP's existentes) e ficou conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS). Os IAP's continuaram existindo, mas a legislação foi unificada. Mais tarde, a Lei 4.214/1963 instituiu o Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (FUNRURAL). Em 1965, um dispositivo foi incluído na Constituição Federal (CF) de 1946 proibindo a prestação de benefício sem a correspondente fonte de custeio. Um ano mais tarde, foi publicado o Decreto-Lei nº 72 que fundia os IAP's, criando o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), órgão público de natureza autárquica (CASTRO; LAZZARI, 2021).

A terceira fase surge com a instituição do INPS em 1967. No mesmo ano, com o advento da Lei 5.316, o governo integrou o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) à Previdência Social e, finalmente, esse benefício deixou de ser uma prestação privada para se tornar um benefício público (CASTRO; LAZZARI, 2021).

Em 1971, a Lei Complementar 11/71 instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL), órgão de natureza assistencial que previa a aposentadoria por idade (aos 65 anos) no valor de 50% do maior salário-mínimo vigente no Brasil. Isso porque, à época, o salário-mínimo não era nacional.

Em 1988, a Constituição Cidadã trouxe o conceito de Seguridade Social pela primeira vez no Brasil. O INSS surgiu em 1990 da união do IAP's com o INPS e herdou, respectivamente, as funções de fiscalizar as contribuições e conceder benefícios. Hoje, a fiscalização é feita pela Receita Federal em conjunto com o Ministério da Fazenda, e não com o Ministério do Trabalho e Previdência Social (CASTRO; LAZZARI, 2021).

O Regime Geral da Previdência Social para servidores públicos é mantido pelo Governo Federal, Estados, Distritos Federais e alguns municípios. As disposições legais que regem esses regimes são baseadas no artigo 40 da Constituição Federal. A previdência privada e os planos de aposentadoria são regulamentados principalmente pelo artigo 202 da Constituição Federal e pelas Leis Complementares nº 108/2001 e 109/2001 (CASTRO; LAZZARI, 2021).

O Instituto Nacional de Previdência Social, autarquia federal independente, tem competência para implementar ações governamentais no regime do Regime Geral de Previdência Social e o dever de conceder e manter esses benefícios, bem como previdenciários e de saúde (CASTRO; LAZZARI, 2021).

A Receita Federal do Brasil é o órgão da administração direta, subordinado ao Tesouro, responsável pela arrecadação e fiscalização das contribuições previdenciárias que financiam as pensões, incidentes sobre as remunerações pagas aos empregados segurados e aos contribuintes individuais (CASTRO; LAZZARI, 2021). A Previdência Social, com a intermediação do Conselho Gestor da Previdência Complementar e da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), regulamenta as entidades de previdência privada e fechada (organizações sem fins lucrativos). As entidades abertas de previdência são reguladas pelo Tesouro, com a intermediação do Conselho Nacional de Seguros Privados e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Dessa forma, faz-se necessário compreender a Seguridade Social, seus conceitos, desenvolvimentos, dentre outras características que permeiam suas nuances. Conforme destaca Teixeira (2009) o direito da Seguridade Social é um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias.

Além disso, a Seguridade Social é tudo que extrapola a responsabilidade da Previdência Social. Podemos dizer que a Seguridade Social acolhe a pessoa desprotegida e carente, excluída, independente de prévia contribuição, espontânea ou compulsória. Castro e Lazzari (2021) afirmam que a Seguridade Social é um dos direitos sociais do ser humano classificado como gênero, enquanto a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde são conhecidas como espécies.

2.2 Princípios de Seguridade Social

O artigo 194 da Constituição Federal elenca os princípios que comandam a Seguridade Social que são de extrema importância por se tratar de um pilar que está presente cotidianamente na vida da sociedade (BRASIL, 1988). De acordo com a Constituição Federal de 1988, a Seguridade Social é conduzida pelos princípios que a regem, os quais disciplinam incontestavelmente em sua modalidade de atuação. Assim, pretende-se abordar nesse tópico os objetivos gerais da Seguridade Social, bem como os pertinentes à Previdência Social.

Segundo Teixeira (2009) o primeiro princípio a ser evidenciado é a universalidade da cobertura e do atendimento. Esse princípio visa à proteção de um maior número de situações cobertas, assim como o maior número de pessoas que serão atendidas em caso de necessidade.

Nesse mesmo entendimento, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2021) definem a universalidade como eventos cuja reparação seja premente e com o intuito de manter a subsistência de quem dela necessita. Dessa forma, observa-se que a universalidade representa a entrega das ações, prestações e serviços de Seguridade Social a todos os que necessitam, tanto em termos de previdência social como na saúde e da assistência social.

O artigo 7º da Constituição Federal apresenta o tratamento uniforme e igualitário tanto a trabalhadores urbanos quanto aos rurais, uma vez que, idênticos benefícios e serviços, prevê-se os mesmos eventos cobertos pelo sistema, isto é, equivalência. Antes da Constituição de 1988, a população rural possuía regime próprio de prestações com benefícios inferiores aos pagos à população urbana. Esse princípio proíbe qualquer diferenciação.

A seletividade e distributividade é outro princípio de grande relevância na prestação dos benefícios e serviços. Este princípio é dirigido ao legislador que selecionará do mundo real as situações que, protegidas, atingirão aos objetivos da Ordem Social. A distributividade, segundo Wagner Balera (2002), faculta a escolha, pelo legislador, de prestações que, sendo direito comum a todas as pessoas, contemplam de modo mais abrangente os que se encontrem em maior estado de necessidade.

Neste sentido, destaca-se que o benefício ou o serviço não se resumem em um único serviço, mas sim em vários que são concedidos e mantidos de maneira seletiva e de acordo com a necessidade de cada sujeito. Castro e Lazzari (2021) destacam que a universalidade trata da cobertura dos riscos sociais, dos aspectos subjetivo e trata do atendimento das pessoas. O princípio da uniformidade e equivalência trata-se da reflexão da isonomia nas prestações.

A Constituição prevê a equidade na forma de participação no custeio uma vez que a participação equitativa de trabalhadores, empregadores e Poder Público no custeio da Seguridade Social são o objetivo e não a regra em si.

A diversidade é outro princípio da base de financiamento e diz respeito ao custeio do sistema. Ou seja, significa a eleição de fontes diferenciadas para o custeio. A própria Constituição prevê algumas das fontes, tais como: a folha de salários, faturamento, lucro, receita do concurso de prognósticos, salários e do importador de bens ou serviços do exterior. Castro e Lazzari (2021) salientam que a Seguridade Social brasileira é um sistema contributivo e não contributivo no qual o constituinte busca estabelecer a possibilidade de que a receita da Seguridade Social possa ser arrecadada de várias fontes pagadoras, não ficando somente adstrita a trabalhadores, empregadores e Poder Público.

A irredutibilidade do valor dos benefícios da previdência, segundo a constituição, é o valor real. Esse também é o entendimento das bancas examinadoras e do STF quanto aos benefícios da previdência (de forma específica) - (STF, RE 263252/PR, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., DJ 23/06/2000). Contudo, para os benefícios da seguridade de forma genérica (saúde e assistência), o STF entende que é o valor nominal, logo, não impede a mudança na forma de cálculo desde que não cause redução nominal dos valores.

Há ainda algumas outras decisões que explicitam a garantia da irredutibilidade tão somente do valor nominal, independente do contexto (seja previdência ou seguridade) - (STF, AI-AgR 618777/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 03/08/2007). A CF/88 ainda prevê, expressamente, que a inflação deverá ser considerada no cálculo. O que se pode observar é que não há consenso (BRASIL, 1988).

A equidade na forma de participação do custeio indica que quem pode mais, paga mais, quem pode menos, paga menos; traduzindo, assim, o princípio da capacidade contributiva que diz que cada um deverá contribuir na proporção em que é capaz. Nesse caso, aplica-se apenas à Previdência Social porque essa é a única área, dentro da seguridade social, que depende da contribuição. A diversidade da base de financiamento explicita que a Seguridade Social tenha múltiplas fontes de financiamento cabendo à sociedade como um todo, e não por segmentos específicos, conferir maior estabilidade ao sistema de proteção social. Há previsão constitucional para a ampliação da base de financiamento da Seguridade Social.

Além dos princípios descritos anteriormente, existe ainda o princípio Solidariedade Social que se desenvolveu de forma implícita. Ele prevê que a sociedade como um todo

deve contribuir para o sistema de financiamento da seguridade social, ainda que não se beneficie desta, mas considera-se que outros possam a vir necessitar.

Quanto a administração quadripartite – com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados –, trata-se do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) que deve ser composto exatamente como descreve o texto constitucional. Por meio do quarteto, trabalhadores, empregadores, aposentados e governo participam de um órgão colegiado no qual os princípios da democracia e da descentralização da administração vêm à tona.

Castro e Lazzari (2021) enfatizam que a gestão de recursos, programas, programas etc. nas três áreas da Previdência Social e em todas as esferas do poder devem se dar por meio de discussões com a sociedade. Para tanto, foram criados órgãos decisórios como o Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS), o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e o Conselho Nacional de Saneamento (CNS).

Assim, importa referir que estes princípios são diversos e que perpassam o direito da segurança social, incluindo, além dos princípios gerais, alguns particularmente específicos, como é o caso da Segurança Social. Pelo exposto, espera-se que tenham ficados claros tais princípios e quais os seus significados jurídicos, adequando-os a realidade dos operadores do direito; além da própria uma ampliação do conhecimento frente a essa área que é tão importante, em especial, para a sociedade.

3. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO E POR IDADE

O presente tópico contextualiza a aposentadoria enquanto gênero. Sergio Pardal Freudenthal (2000) destaca que aposentar-se significa, ao pé da letra, retirar-se para os seus aposentos, sair da atividade, findar a vida laboral. No Brasil, existem quatro espécies de aposentadorias: por invalidez, por idade, por tempo de contribuição e especial.

A aposentadoria por invalidez está regulamentada nos artigos 42 a 47 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. O benefício é favorável ao segurado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade laboral que lhe garanta a subsistência. Esta modalidade de aposentadoria não é definitiva, o benefício é concedido enquanto permanecer nesta condição. O art. 46 expõe que o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada a partir da data do retorno. As regras do art. 47 ressaltam que, verificada a recuperação da capacidade de trabalho do aposentado por invalidez, o benefício será cancelado. O cancelamento poderá ser automático, se houver o retorno à atividade, ou gradual.

Com relação à aposentadoria por idade, regida pelos artigos 48 a 51 da Lei de Benefícios, o direito é garantido aos segurados que completarem a idade fixada pela lei e

comprovarem o número mínimo de contribuições exigidas para a concessão do benefício. O citado benefício é o objeto do presente estudo.

O sistema previdenciário brasileiro prevê a aposentadoria por tempo de contribuição, antiga aposentadoria por tempo de serviço. As regras atuais estão previstas na Emenda Constitucional n. 20/98 que determina a comprovação de 30 anos de contribuição por parte da segurada e 35 anos de contribuição por parte do segurado.

A aposentadoria especial está prevista nos artigos 57 e 58 da Lei de Benefícios. Ela será concedida em razão da exposição do trabalhador a agentes nocivos que prejudiquem sua saúde ou integridade física. Assim, o tempo exigido para aposentar-se é reduzido. Após comprovar a efetiva exposição, dependendo do agente físico, químico ou biológico, o tempo exigido será de 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos.

Castro e Lazzari (2021) discutem as dimensões da aposentadoria por tempo de contribuição e por idade. Ambas foram criadas pela Lei Orgânica da Previdência Social (Lei n. 3.807/1960), a primeira Constituição que elencou os direitos trabalhistas, no artigo 121, parágrafo 1º, alínea h. O dispositivo estava inserido no Título IV que disciplinava a ordem econômica e social.

A aposentadoria por tempo de contribuição requer a idade mínima aos segurados, 65 anos (sessenta e cinco), se homem, e 62 anos (sessenta e dois), se mulher, além da observação ao tempo mínimo de contribuição (BRASIL, 1988). No RGPS, a aposentadoria compulsória é de 70 anos para homens e 65 para a mulher, observadas as carências. Quem deve requerer é a empresa, tendo assegurada indenização e, inclusive, uma multa de 40% sobre o saldo do seu FGTS.

Conforme enfatiza Castro e Lazzari (2021), o Segurado Especial é o produtor, o parceiro, o meeiro, o arrendatário rural, o comodatário, o usufrutuário, os assentados, os acampados, os posseiros, os extrativistas, os foreiros, os ribeirinhos, os remanescentes de quilombos, o índio, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, diretamente, seja individual ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 16 anos. Trata-se, portanto, de pequenos trabalhadores rurais ou agropecuaristas que moram em imóvel rural, em aglomerado urbano ou proximidades e que exerçam – em áreas de até a 4 módulos fiscais, exceto para extrativista vegetal e seringueiro, que não tem limite de área.

Neste grupo, são considerados ainda, o pescador artesanal, sem barco ou com barco, de arqueação bruta de até 20 toneladas (pequeno porte) ou assemelhado a

pescador: artesãos de rede de pescar, tarrafas ou qualquer apetrecho de pesca, quem faça reparos em embarcações de pequeno porte, trate do peixe ou participe do processo de produção da pesca artesanal. Em todos esses casos, quando da aposentadoria, a idade é reduzida para 60 anos, se homem, e 55 anos se mulher, nos moldes do artigo 201, §7º, II, da CF/88. A idade é reduzida em 5 anos para professores que exercerem unicamente atividade no ensino infantil, fundamental e médio (educação básica), orientador pedagógico ou cargo de direção de escola (BRASIL, 1988).

Aposentadoria por idade, a RMI, é de 70% do Salário de benefício, acrescidos de 1% a cada grupo de 12 contribuições do deficiente com 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, desde o tempo mínimo de contribuição de 15 anos (180 contribuições) e comprovada a existência de deficiência (leve, moderada ou grave) durante igual período, vedada a prova exclusivamente testemunhal. Se o segurado, após a filiação ao RGPS, tornar-se pessoa com deficiência ou tiver seu grau de deficiência alterado, os parâmetros de tempo de contribuição e/ou idade serão proporcionalmente ajustados. Assim, serão considerados o número de anos em que o segurado exerceu atividade laboral sem a deficiência e com a deficiência, podendo converter tempo comum em tempo de deficiente, contudo, é vedado o inverso.

O presidente Jair Bolsonaro propôs ao Congresso brasileiro um projeto de lei para reformar o Sistema de Previdência Social, o INSS. Em resumo, o projeto de lei aumenta a idade para aposentadoria, combinando-a com um tempo mínimo de contribuição, e elimina a aposentadoria baseada apenas no tempo de contribuição. Propõe ainda alterações ao cálculo das pensões e às contribuições mínimas e máximas de custeio dos trabalhadores.

4. FATOR DE RECONHECIMENTO DO CUIDADO MATERNO COMO TEMPO DE SERVIÇO COMPUTÁVEL PARA APOSENTADORIA NO BRASIL

A Administração Nacional da Previdência Social (Anses) divulgou um comunicado sobre o reconhecimento das contribuições para "tarefas de cuidado". De acordo com o Decreto 475/2021, o Programa Integral de Reconhecimento de Períodos de Contribuição para Cuidados prevê de um a três anos adicionais de serviços para cada criança computáveis para a aposentadoria de mulheres e grávidas. A agência também publicou detalhes adicionais para o esquema que será aplicável a partir de 1º de agosto de 2021. Os detalhes da medida incluem:

- A cobertura de mulheres com filhos, que tenham idade de aposentadoria (60 anos ou mais) e que não tenham os anos de contribuições necessárias (ou seja, 30 anos). Além disso, eles não devem ter uma pensão já concedida ou em processo.

- O reconhecimento de contribuições para tarefas de cuidado computará como um ano de contribuições por criança e dois anos de contribuições por filha ou filho adotado (como menor).
- O esquema reconhecerá adicionalmente um ano por criança para aqueles que são deficientes e dois anos no caso de uma criança que seja beneficiária do Subsídio Universal a pelo menos 12 meses.
- Os períodos de licença maternidade serão reconhecidos para as mulheres que fizeram uso desses períodos no momento do nascimento de seus filhos.
- As mulheres elegíveis para o esquema podem solicitar um turno online.

Ressalta-se que no Brasil, somente em 1943, com a vigência da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), é que se assegurou à mulher um período de descanso, sem prejuízo do salário e do emprego, nas seis semanas anteriores e posteriores ao parto, conforme redação original do seu art. 392: “É proibido o trabalho da mulher grávida no período de seis (6) semanas antes e seis semanas depois do parto”.

A Lei nº. 8.213/1991 trata acerca do salário-maternidade em seus artigos 71 a 73 e respectivos incisos e parágrafos. O benefício ainda possui regulamentação nos artigos 93 a 103 do Decreto nº. 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social). O salário-maternidade será pago em razão do parto ou da adoção, pelo prazo de 120 dias, podendo ter início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do nascimento da criança e a data de ocorrência deste. No caso de aborto não criminoso, desde que comprovado por atestado médico, a segurada terá direito à percepção do salário-maternidade pelo período de duas semanas. Ressalta-se que o benefício em comento será devido às seguradas de todas as espécies e aos segurados do sexo masculino, nos casos de adoção ou guarda para fins de adoção (LAZZARI; KRAVCHYCHYN; KRAVCHYCHYN; CASTRO; 2018, p. 570).

4.1 Projeto de Lei, 2.691 de 2021 (Das Sras. Jandira Feghali, Alice Portugal e Professora Marcivânia e do Sr. Renildo Calheiros)

O Projeto de Lei 2.691 de 2021 elaborado pelos deputados Jandira Feghali, Alice Portugal, Professora Marcivânia e Renildo Calheiros, apresenta o cuidado materno como tempo de serviço computável para a aposentadoria no Brasil. Desse modo, verifica-se que a proposta dos deputados acrescenta os §§ 5º e 6º ao art. 48 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. O Art. 48 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passará a vigorar acrescido dos seguintes §§ 5º e 6º:

§5º À segurada que comprove ter filhos ou equiparados será garantida aposentadoria por idade no valor de 1 (um) salário-mínimo, sendo-lhe permitido o parcelamento em até 60 (sessenta) meses, sem juros ou multas, da contribuição que falta para atingir a carência.

§ 6º A contribuição de que trata o § 5º será calculada nos mesmos termos do inciso V do §. 3º do art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, sendo as parcelas descontadas do benefício até a sua quitação.” (NR)

Em outros países da América Latina observa-se movimentos semelhantes. No dia 17 de julho de 2021, por exemplo, as mulheres argentinas celebraram a edição de um decreto que reconheceu o cuidado materno como tempo de serviço computável para a aposentadoria. Agora, as argentinas poderão acrescentar de um a três anos de tempo de serviço por filho que tenha nascido com vida como forma de assegurar que atinjam o tempo mínimo exigido por lei para alcançar o direito à Previdência.

Em 2008, o Uruguai aprovou uma lei que garantiu às mulheres o direito de computar um ano de tempo de serviço adicional para cada filho, com teto de cinco anos. Já no Chile, a aposentadoria das mulheres acima de 65 anos é complementada de acordo com a quantidade de filhos que elas possuam. Todas essas são conquistas com efeitos na prática e na simbologia que carregam.

O trabalho doméstico e o cuidado materno tornam a jornada das mulheres maior que a dos homens. Soma-se a isto o fato de as mulheres ganharem menos que os homens no exercício da mesma função. Essas são disparidades que persistem no Brasil e merecem a atenção do poder legislativo. No caso brasileiro, um complicador é a dificuldade que as mulheres encontram para o acesso ao mercado formal de trabalho.

Embora esse seja um quadro constantemente denunciado, ainda impera a visão de que os homens são mais produtivos, que não faltam tanto ao trabalho para cuidar dos filhos e uma infinidade de outros argumentos machistas e infundados. Após a reforma trabalhista, conseguir uma vaga formal de trabalho ficou ainda mais difícil, para homens e mulheres. Ainda assim, são as mulheres que mais sofrem com esta dura realidade.

No Brasil, uma legislação nos mesmos moldes da legislação argentina, embora meritória e necessária, encontraria óbices de ordem constitucional. De todo modo, alguma medida deve responder a esta demanda justa; ainda mais após a reforma trabalhista que jogou milhões de mulheres na informalidade e, portanto, à margem dos direitos previdenciários.

Como já mencionado, no Brasil, o arcabouço legal garante a aposentadoria por idade aos segurados que comprovem 15 anos de contribuição. Assim, as mulheres com 62

anos fazem jus ao benefício, desde que o tempo de contribuição se enquadre na carência de 15 anos exigida. Conseguir comprovar esse tempo de contribuição é uma missão impossível para muitas trabalhadoras, portanto é de grande relevância destacar as várias facetas que indicam a urgência de promover uma lei que proteja as mulheres.

Lena Lavinias, professora de economia da UFRJ, afirma, em matéria publicada no jornal Folha de São Paulo no dia 23 de julho, que: “Isso é a compreensão de que o Estado falhou em prover um serviço de creche e de pré-escola para que as mulheres pudessem deixar as suas crianças para ir trabalhar”. Lavinias defende a adoção no Brasil de uma política nos moldes da Argentina como forma de reconhecer que o trabalho doméstico penaliza as mulheres não apenas por sua inserção no mercado de trabalho, mas faz com que percam anos de contribuição.

Segundo Lavinias (2021), sem essas possibilidades, essas mães não poderiam contribuir para a Previdência Social nos anos em que estiveram fora do mercado de trabalho. A legislação brasileira não prevê compensações como as adotadas pelos vizinhos, mas estabelece uma idade mínima de aposentadoria menor para as mulheres do que para os homens. Essa mudança, porém, não resolveria todas as questões brasileiras.

Reorganizar o sistema previdenciário considerando o aumento da informalidade durante a crise do Coronavírus é uma prioridade. A pandemia traz um quadro absolutamente dramático para as mulheres isso porque a crise sanitária afetou áreas como o setor de serviços e o trabalho doméstico, dois grandes empregadores da força de trabalho feminina. Soma-se a isso o fechamento de escolas e outras instituições de atendimento, o que obrigou muitas mulheres a assumirem os cuidados em casa de forma informal e sem remuneração.

É neste contexto que os deputados apresentam a proposição em questão que julgam ser urgente. Fugindo dos óbices constitucionais, eles propõem que as mulheres com 62 anos ou mais, que comprovem ter filhos ou equiparados, possam ter o benefício da aposentadoria mediante o parcelamento das contribuições que faltam para atingir a carência de 15 anos. As contribuições seriam calculadas nos moldes do regime dos microempreendedores individuais, não incidindo juros ou multas sobre elas.

Para os deputados Sras. Jandira Feghali, Alice Portugal, Professora Marcivânia e Sr. Renildo Calheiros, o parcelamento se daria em até 60 meses, com a possibilidade de desconto no próprio benefício. O Brasil já adota esta prática de parcelamento para grandes devedores da previdência e é correto que a coloque em prática para garantir o direito previdenciário dessas mulheres que não conseguem atingir os 15 anos de contribuição.

Por todas as razões expostas, os deputados apresentam a proposta conclamando o apoio dos pares para sua aprovação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do Projeto de Lei nº 2.691 de 2021, elaborado pelos deputados Jandira Feghali, Alice Portugal, Professora Marcivânia e Renildo Calheiros, o cuidado materno foi pautado como tempo de serviço computável para a aposentadoria no Brasil. Desse modo, verifica-se que o Projeto de Lei nº 2.691 de 2021 acrescenta os §§ 5º e 6º ao art. 48 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

Dessa forma, concluímos que não há como se falar em garantias e igualdade de direito às mulheres sem considerar que a maternidade as marginaliza do mundo público, uma vez que são elas quem criam seus filhos e por isso muitas sequer conseguem ter uma vida digna na velhice já que não cumpriram o tempo do que o capitalismo considera como trabalho.

Contar o cuidado materno como serviço é o primeiro passo para se reparar as relações desiguais de trabalho entre homens e mulheres. Embora ainda não seja remunerado, o cuidado como trabalho não deve ser visto como algo meramente natural, intrínseco a mulher, um simples ato de amor ou de instinto materno. Assim, a sua contabilização para a aposentadoria é o primeiro passo para realmente começar a se atingir uma igualdade e os princípios norteadores do nosso sistema normativo. A aposentadoria pode contribuir para a melhoria do acesso a bens e serviços e melhor qualidade de vida na velhice dessas mulheres.

Por fim, destacamos que a implementação do cuidado materno como tempo compulsório para aposentadoria já é uma realidade em vários países vizinhos, tendo a melhor resposta possível para que ajustes fossem realizados dentro do instituto da Previdência Social. Contudo, seus efeitos, notadamente, só poderão ser sentidos na vivência prática da nova realidade previdenciária.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 2.ed. São Paulo: Editora LTr, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicada no Diário Oficial da União de 05 de out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 mai. 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/D3048.htm > Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 31 maio. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Planos de Benefícios da Previdência Social. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: Acesso em: 31 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Planos de Benefícios da Previdência Social.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: Acesso em: 31 mai. 2022.

BRASIL. **Lei complementar nº11, de 25 de março de 1971**. Publicada no Diário Oficial da União de 26 de mai de 1971. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp11.htm. Acesso em: 31 mai. 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

LAVINAS, Lena; ARAÚJO, Eliane. **Argentina reconhece cuidado materno como trabalho para aposentadoria**. Folha de São Paulo, 23 de julho de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/07/argentina>, Acesso em: 10 mar. 2022.

LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luís; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial**. 10. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LUDKE, Menga; ANDRÉ, Marli. **Pesquisa em Educação: abordagens qualitativas**. GPV. São Paulo, 1986.

Projeto de Lei, 2.691 de 2021. (Das Sras. Jandira Feghali, Alice Portugal e Professora Marcivânia e doSr. Renildo Calheiros). Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao>. Acesso em: 31 mai. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias do STF. AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI-AgR 618777 RJ**. Publicada no Diário Oficial da União de **19 de junho de 2007**. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/o-principio-da-irredutibilidade-do-valor-dos-beneficios-previdenciarios-garante-a-preservacao-do-valor-real-analise-da-doutrina-e-jurisprudencia/>. Acesso em: 31 mai. 2022.

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **Manual de Direito da Seguridade Social**. Leme: Imperium, 2009.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO TRF-5-EDREO-EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX. OFFICIO: EDREO 2005830801233201. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, DF, junho de 2005. Disponível em: <https://trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23552050/edreo-embargos-de-declaracao-na-remessa-ex-officio-edreo-20058308001233201-trf5>. Acesso em: 31 mai. 2022.

A PANDEMIA DA COVID-19 E OS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL

JADY CAROLINE INÁCIO DA SILVA:
Graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis/SP.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO

(orientador)

RESUMO: Com a declaração oficial da pandemia da Covid-19 no mundo, pela Organização Mundial da Saúde, o ano de 2020 começou com uma grande crise que afetou a economia, o mercado de trabalho e a forma de viver do mundo todo. No Brasil, em consequência da necessidade de isolamento e não propagação do vírus, empresas de vários ramos tiveram suas atividades paralisadas, o que ocasionou em taxas recordes de desemprego, segundo o IBGE, no terceiro trimestre de 2020 a taxa de desemprego no país chegou a 14,6%, o que corresponde a 14,1 milhões de pessoas. Diante do exposto, o presente artigo tem como objetivo analisar os impactos ocasionados pela pandemia, evidenciando as mudanças que aconteceram durante e após esse cenário e as iniciativas governamentais tomadas para auxiliar as classes mais afetadas. Para isso, foram analisadas as principais medidas provisórias que regulamentaram o trabalho no momento de crise, trazendo várias hipóteses e benefícios para as empresas conseguirem manter suas atividades em funcionamento e evitar o desemprego.

Palavras-chave: Covid-19. Desemprego. Medida Provisória. Mercado de Trabalho.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As Relações de Trabalho Durante a Pandemia; 3. Principais medidas promovidas pelo governo; 3.1 Medida Provisória N° 927 de 22 de Março de 2020; 3.2. Medida Provisória N° 936 de 01 de Abril de 2020; 4. O avanço do teletrabalho; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas.

1.INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019 a Organização Mundial da Saúde (OMS) recebeu um alerta sobre vários casos de uma nova síndrome gripal na cidade de Wuhan, na China, que ficou conhecida mundialmente pelo seu alto nível de contágio, esta doença é causada pelo vírus SARS-COV-2 e foi denominada de COVID-19 ou Coronavírus. Como nunca havia sido detectada em humanos anteriormente a OMS trabalhou juntamente com as autoridades

chinesas para estudar o vírus e entender qual seu nível de periculosidade para a população mundial, logo, descobriram que o vírus se espalhava rapidamente entre o contato de pessoas, através de partículas infecciosas liberadas pela boca ou nariz. Um mês após o primeiro diagnóstico da COVID-19 a China registrou também o primeiro caso de morte causada pelo vírus, além de diversos casos em estado grave. (OPAS, 2020)

Devido ao avanço geográfico significativo da COVID-19, em março de 2020 a Organização Mundial da saúde caracterizou-a como uma pandemia, (OPAS, 2020), assim, a doença "misteriosa" que surgiu semelhante a uma gripe despertou temores em todo o mundo. Vários países, começaram a ter propagação do vírus também, o que os levou a tomarem medidas para diminuição do contágio, como o fechamento de fronteiras aéreas para os países com maior índice de infectados. A partir deste momento cientistas do mundo se uniram para tentar descobrir urgentemente a cura da doença, procurando desenvolver vacinas e medicamentos para imunizar a população.

No Brasil, o Ministério da Saúde decretou quarentena no mesmo mês em que foi declarada a pandemia pela OMS (BRASIL, 2020), a população foi obrigada a se isolar para evitar a propagação do vírus, várias empresas tiveram suas atividades suspensas, mantendo apenas as atividades àquelas consideradas essenciais. Como consequência, o país entrou em um grande impasse entre saúde e a economia, que foi diretamente afetada pela paralisação das empresas, trabalhadores começaram a perder seus empregos, empresas a encerrar suas atividades definitivamente, assim foi necessário que o governo tomasse medidas para garantir o equilíbrio nessa situação até que tudo se normalizasse.

O objetivo geral deste artigo consiste em analisar as principais medidas tomadas pelo governo brasileiro em combate ao desemprego e garantia das relações de trabalho, em equilíbrio com as medidas sanitárias impostas no país, apresentando os impactos nas rotinas de trabalho.

No processo de desenvolvimento do trabalho foram destacadas as principais normas de urgência regulamentadas pelo governo nesse período, trazidas para minimizar os efeitos econômicos e garantir a segurança nas organizações, além de evidenciar as mudanças decorrentes destas medidas na forma de trabalho que podem ser consideradas permanentes.

2.AS RELAÇÕES DE TRABALHO DURANTE A PANDEMIA

Com o avanço desenfreado da pandemia no Brasil foi inevitável que o mercado de trabalho fosse afetado, as medidas para contenção da propagação do vírus incluem o isolamento social e distanciamento o que resultou em milhões de pessoas desempregadas, contudo a necessidade de sobrevivência fez com que empresas e empregados se adaptassem da forma que fosse possível, esse cenário ampliou a

precarização do trabalho, comprometendo os relacionamentos entre pessoas e organizações. Um exemplo de adaptação que pode ser citado é regime de teletrabalho ou *home office*, que foi implantado de um dia para o outro, forçando a adequação imediata de empregados e empregadores

Contudo, o teletrabalho não foi suficiente para resolver os problemas desencadeados pela quarentena, empresas de diversos tipos de atividades não tiveram a possibilidade de adotar o trabalho a distância, o que desencadeou em uma grande queda em suas receitas, sendo preciso alterar imediatamente suas folhas de pagamento, causando pânico em primeiro momento elevando o número de demissões no país. (IBGE, 2020).

Devido a fragilização dos vínculos e incertezas nas organizações o governo começou a agir com alternativas para manutenção do empregado e da renda, lançando várias medidas que poderiam ser aderidas nas organizações, entretanto também foi necessário fazer adaptações para preservação da saúde dos indivíduos, o que gerou grande divergência sobre os assuntos economia e saúde.

No dia 13 de maio de 2021 o presidente sancionou a Lei nº 14.151, que proibiu o trabalho presencial de gestantes durante a emergência de saúde pública, (BRASIL, 2021) segundo esta Lei, o afastamento da funcionária não acarretaria em prejuízo à sua remuneração. O fato gerou grande discussão no meio empresarial, devido às empregadas com funções incompatíveis com o trabalho a distância, o governo sancionou a Lei, porém não especificou como ficaria a situação das empresas com atividade incompatíveis ao teletrabalho, não foi lançado nenhum benefício específico para esta categoria, deixando um limbo na legislação.

Muitas dúvidas também surgiram em relação ao funcionário infectado no ambiente de trabalho, segundo a Lei nº 13.939 (BRASIL, 2020) as pessoas com diagnóstico positivo da doença deveriam permanecer em isolamento domiciliar, que conforme o Ministério da Saúde seria de no mínimo 14 dias, o que causou divergência sobre este assunto é que o funcionário teria o direito de afastar-se de suas atividades sem que precisasse apresentar atestado médico, a situação garantiu o vínculo empregatício, porém abriu margem para a má-fé, já que o empregado não precisaria comprovar se realmente estava infectado ou se esteve em contato com o vírus.

A flexibilização do trabalho teve grande destaque nesse período, as empresas ficaram livres para realizar acordos com seus empregados, desde que não ultrapassassem

as regras da CLT, o que foi muito benéfico para a adaptação do mercado de trabalho, que contou com mais alternativas para garantia das atividades.

Outra medida relevante foi a regulamentação, por meio da Lei Complementar nº 174, que trata do parcelamento excepcional de débitos fiscais para as micro e pequenas empresas do Simples Nacional e da prorrogação do enquadramento nesse regime de tributação. Levando-se em conta todos os impactos financeiros sofridos pelo contribuinte devido a pandemia, as empresas puderam aderir ao parcelamento com percentuais de juros inferiores, proporcionando melhor organização financeira evitando o seu encerramento (AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS, 2022).

3. PRINCIPAIS MEDIDAS PROMOVIDAS PELO GOVERNO

A pandemia da COVID-19 trouxe muitos desafios para o mercado de trabalho. Nesse cenário foram criadas diversas medidas para garantir a preservação do empregado e manter as empresas em bom funcionamento, diminuindo os impactos causados. Benefícios como redução de jornada de trabalho, suspensão de contrato de trabalho, antecipação de férias, adoção do teletrabalho, proibição do trabalho por determinados grupos, são alguns exemplos de mudanças que ocorreram nesse período, o que gerou grande mudança na rotina das organizações.

3.1 Medida Provisória N° 927 de 22 de março de 2020.

No dia 22 de março de 2020, foram regulamentadas as primeiras providências para enfrentamento da pandemia através da MP 927 (BRASIL, 2020). Esta Medida Provisória flexibilizou o acordo individual entre empresa e empregado, garantindo o vínculo empregatício nesse período, agindo diretamente contra o desemprego ocasionado pela paralisação de diversas atividades econômicas.

Para diminuição dos efeitos econômicos e garantia do emprego tornou-se possível a adoção pelos empregadores de medidas como:

- Suspensão do pagamento de FGTS; durante as competências de março, abril e maio de 2020 o pagamento do FGTS pelas empresas ficou suspenso, tendo seu pagamento prorrogado para julho do mesmo ano e podendo ser dividido em até seis parcelas. O período de suspensão não impediu a emissão de certidão de regularidade para as empresas optantes.
- Antecipação de férias; as férias dos empregados, que antes só podiam ser concedidas após o exercício das funções por um ano, passou a ser permitida mesmo sem a conclusão desse período, o funcionário não mais precisou de aviso com antecedência de 30 dias, mas sim de 48 horas, o terço das férias também

teve alteração, a MP possibilitou que o adicional fosse pago após o período concessivo, junto com a gratificação natalina. Outra alteração foi para os funcionários de profissões consideradas essenciais, que puderam ter suas férias e licenças não remuneradas suspensas durante o período de calamidade pública.

- Concessão de férias coletivas; as férias coletivas puderam ser concedidas aos empregados sem necessidade de comunicação ao sindicato da categoria, apenas necessitando de comunicação aos funcionários com antecedência de 48 horas.
- Suspensão de exigências relacionadas à saúde e segurança do trabalho; com exceção dos exames demissionais, as exigências relacionadas à saúde e segurança do empregado foram suspensas.
- Banco de horas; em favor do empregador e do empregado foi possível estabelecer acordos individuais que tratam sobre a interrupção do trabalho e a possibilidade de compensação de jornada, por meio do banco de horas, que poderia ser aproveitada em até dezoito meses.
- Possibilidade de antecipação de feriados; os feriados, com exceção dos religiosos, puderam ser antecipados, o que garantiu o isolamento durante os picos de pandemia.
- Teletrabalho; o empregador poderia alterar o regime de trabalho presencial para o trabalho a distância, desde que o empregado fosse comunicado com no mínimo 48 horas de antecedência, independente de acordos coletivos ou alteração do contrato de trabalho individual.

Todas as flexibilizações trazidas por esta Medida Provisória puderam ser feitas desde que não excedesse as regras da CLT e da Constituição Federal.

A Medida Provisória 927 teve sua vigência encerrada em 19 de julho de 2020, por decisão do Congresso Nacional, assim, após o dia 20 de julho de 2020 novos acordos voltaram a ser regidos pelas regras da CLT (BRASIL, 2020).

Após o encerramento de sua vigência notou-se que ainda a necessidade de flexibilização em acordos entre empresa e empregado, sendo assim, o governo relançou um pacote de medidas semelhantes às da MP 927, a Medida Provisória 1.046 em 27 de abril e 2021, válida até 25 de agosto de 2021 (BRASIL, 2021).

3.2 Medida Provisória N° 936 de 01 de abril de 2020.

Para complementar a Medida Provisória 927, foi instituído o programa de Manutenção do Emprego e da Renda por meio da Medida Provisória 936. Esta MP garantiu no período de calamidade pública a preservação do emprego e da renda, a continuidade do emprego e atividades empresariais, reduzindo o impacto decorrente da necessidade de isolamento (BRASIL, 2020). As medidas criadas pelo governo foram:

- Redução temporária da jornada de trabalho; no período de calamidade pública o empregador teve a opção de diminuir a jornada de trabalho de seus empregados, conseqüentemente o seus salários também foram reduzidos proporcionalmente. Conforme a MP as jornadas/salários poderiam ser reduzidos em vinte e cinco por cento, cinquenta por cento, ou setenta por cento, por meio de acordo individual assinado com dez dias de antecedência.
- Suspensão temporária do contrato de trabalho; o contrato de trabalho dos empregados pôde ser suspenso integralmente durante o período de calamidade pública, ficando afastado do trabalho, reduzindo o gasto de seu salário para a empresa.
- Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; com a redução de jornada e suspensão de contrato a empresa diminuiu sua folha de pagamento, porém o funcionário não poderia ser prejudicado em relação a sua renda, devido a isso, o governo custeou o Benefício Emergencial com recursos da União. Este benefício foi usado para complementar a renda do empregado proporcionalmente a diminuição de seu salário, tendo como base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego.

Para garantir o vínculo dos empregados, o governo estabeleceu uma garantia provisória no emprego por período equivalente ao acordo de suspensão ou redução de jornada, ou seja, os funcionários ficaram com estabilidade, não podendo ser dispensados da empresa após receberem o Benefício Emergencial. Mesmo com a flexibilização do governo para acordos individuais no período de pandemia, a validade dos acordos da MP 936 ficaram condicionados a prévio aviso ao sindicato da categoria (BRASIL, 2020).

Em primeiro momento o benefício deveria ser concedido por no máximo 120 dias, mas foi prorrogado pelo decreto n° 10.470, de 24 de agosto de 2020, por mais 60 dias, tendo um custo de cerca de R\$ 33 bilhões para os cofres públicos, gerando grande impacto na economia do país (AGÊNCIA SENADO, 2020).

Após o encerramento do benefício em 2020, foi necessária a implementação de outra Medida Provisória semelhante, a MP 1.045, de 27 de abril de 2021, que concedeu o Benefício Emergencial por mais 120 dias (BRASIL, 2021).

4.O AVANÇO DO TELETRABALHO

Em meio a tantas medidas tomadas em decorrência da necessidade de isolamento na pandemia, o teletrabalho (ou home office) foi uma alternativa tomada por algumas empresas para manter suas atividades com eficácia e sem riscos de contaminação.

O termo teletrabalho surgiu na década de 70 em resposta à escassez de combustível ocorrida nos Estados Unidos, que foi chamada de crise do petróleo, a partir daí o trabalho a distância teve grande enfoque pelas suas vantagens relacionadas à economia e menor dependência energética (JORIC, 2020).

Com o aumento progressivo nas áreas tecnológicas, trabalhar de casa está cada dia mais comum e conta com muitas facilidades, já que atualmente existem diversas ferramentas que possibilitam a realização do trabalho de qualquer lugar. Um exemplo de tecnologia que veio para revolucionar esse tipo de trabalho são os sistemas em nuvem, que garantem o acesso de seus dados em tempo integral, por meio de notebooks, smartphones ou qualquer outro aparelho, bastando apenas uma conexão com a web. Esse cenário possibilita uma grande performance e otimização do trabalho gerando resultados positivos (JORIC, 2020).

No Brasil, embora essa modalidade de trabalho já vem sendo utilizada desde a década de 90, momento em que o acesso a computadores e a internet começou a se disseminar no país, a mesma só foi regulamentada após a Reforma trabalhista, trazida pela lei 13.467/2017, e atualizada pela Medida Provisória N° 1.108, de março de 2022, estabelecendo um conceito legal para o teletrabalho e os requisitos para a sua execução, garantindo maior segurança jurídica vista sua grande ascendência, como pode ser visto no artigo 75-B da CLT:

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 (BRASIL, 2017, Art 75-B).

Após a Organização Mundial da Saúde (OPAS, 2020) decretar estado de pandemia em relação ao coronavírus, em 11 de março de 2020 e serem diagnosticados os primeiros

casos de COVID-19 no Brasil, foi necessário o fechamento temporário de empresas em vários ramos de trabalho. Tais circunstâncias trouxeram diversas alterações nos contratos de trabalho de alguns empregados, que tiveram que mudar do trabalho presencial para o trabalho a distância, com isso, o home-office tornou-se uma solução para enfrentar a urgência sanitária garantindo a continuidade do trabalho nas organizações.

Conforme pesquisa do IBGE, constatou-se o crescimento de mais de 100% do trabalho remoto no país, comparando os anos de 2018, quando não havia pandemia. Segundo a pesquisa, em 2018 a quantidade de brasileiros trabalhando a domicílio era de 3,8 milhões, já em junho de 2020 o número passou para 7,9 milhões, o que significa que aproximadamente 12% da população estava trabalhando de suas casas, este cenário esteve diretamente relacionado com a necessidade de isolamento das pessoas durante o período de calamidade pública (IBGE, 2020).

5.CONCLUSÃO

No início de 2021, o Brasil recebeu as primeiras doses de vacinas desenvolvidas para minimizar os sintomas da COVID-19, o que trouxe muita esperança à população. Com resultados positivos sobre a vacinação, no decorrer dos meses o governo conseguiu flexibilizar as medidas sanitárias impostas desde o início da pandemia, e a partir deste momento a economia no Brasil começou a se recuperar gradativamente (BRASIL, 2020). Contudo, após quase dois anos de calamidade pública, muita coisa mudou nas relações de trabalho, algumas de forma definitiva e outras que levarão algum tempo para se estabilizar.

No que se refere ao teletrabalho, a mobilidade vem sendo bem positiva mesmo após o fim do estado de calamidade, as empresas vêm buscando cada vez mais o aumento em sua produtividade e garantir a realização do seus colaboradores, após a experiência da quarentena as organizações notaram que o trabalho a distância trouxe muitos benefícios, principalmente os econômicos. Agora é possível diminuir suas estruturas físicas, o que gera economia com manutenção, aluguéis, limpeza, entre outros. Para o funcionário, a flexibilização do teletrabalho também trouxe vários pontos positivos, como a economia de tempo, maior segurança, diminuição de gasto no trânsito e maior possibilidade de contratar com mais de uma organização.

É possível ressaltar também que as medidas provisórias implementadas dentro das leis trabalhistas foi algo com muita relevância, mesmo que desenvolvidas com urgência e sem muito planejamento elas contribuíram estrategicamente para o enfrentamento da crise vivida, oferecendo suporte tanto para as organizações, como para os funcionários.

Mesmo com os benefícios trazidos pelas medidas provisórias, foi inevitável evitar o aumento das taxas de desemprego, que segundo o IBGE foi de 14,6% durante o pico da pandemia em 2020. Atualmente o país está se recuperando, mas as taxas continuam altas,

11,1% da população no Brasil continua desempregada, o que significa que o país ainda precisa de um longo processo de recuperação, cabendo ao governo agir estrategicamente para reestruturação do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JORIC, Carlos. **O Teletrabalho nasceu de outra crise.** Revista IHU on-line. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/599210-o-teletrabalho-nasceu-de-outra-crise>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Especial Teletrabalho: o trabalho onde você estiver.** Brasília, DF, 2019. Disponível em < <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/especial-teletrabalho-o-trabalho-onde-voc%C3%AA-estiver?inheritRedirect=true>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE - OPAS. **Histórico da pandemia de COVID-19.** Brasília, DF. 2020. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>>. Acesso em: 06 mai. 2022.

BRASIL. Planalto. **Entra em vigor o estado de calamidade pública no Brasil.** Brasília, DF. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2020/03/entra-em-vigor-estado-de-calamidade-publica-no-brasil>>. Acesso em 06 mai. 2022.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Trabalho Remoto, IBGE, 2020.** Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>. Acesso em: 06 mai. 2022.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Desemprego chega a 14,6% no terceiro trimestre, com alta em 10 estados** BRASÍLIA, DF. 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29520-desemprego-chega-a-14-6-no-terceiro-trimestre-com-alta-em-10-estados>>. Acesso em: 11 mai. 2022.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **O que é desemprego.** BRASÍLIA, DF. 2020. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>>. Acesso em: 11 mai. 2022.

AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS. Câmara dos Deputados. **Combate ao Coronavírus**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/procorona/index.html>. Acesso em: 06 mai. 2022.

AGÊNCIA SENADO. Senado Notícias. **Governo federal já gastou R\$ 509 bilhões no enfrentamento à pandemia**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/22/governo-federal-ja-gastou-r-509-bilhoes-no-enfrentamento-a-pandemia>>. Acesso em: 06 mai. 2022

.BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é covid-19**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em: 23 mai. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/vacinas/plano-nacional-de-operacionalizacao-da-vacina-contr-a-covid-19>. Acesso: em 23 mai 2022.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 De Julho de 2017. **Altera a Consolidação Das Leis Do Trabalho (CLT), a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho**. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em 27 abr. 2022.

BRASIL, Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020. **Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm> Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL, Medida Provisória Nº 936, de 1º de abril de 2020. **Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm> Acesso em: 27 abr. 2022.

O ABANDONO AFETIVO DE IDOSOS NO BRASIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DA FAMÍLIA

GLAUBER MARQUES AGUIAR:

Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFISA. ²²

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA²³

(orientadora)

RESUMO: Este artigo destina-se a fazer uma análise sobre o abandono afetivo de idosos no Brasil e as consequências jurídicas para a família pela violação do dever de cuidado no âmbito familiar, que em muitos casos tem gerado graves danos físicos e psicológicos nas pessoas idosas vítimas desse tipo de violência. Apesar do afeto ser indispensável na convivência familiar sadia e harmoniosa, constata-se por inúmeros casos de idosos que são vítimas de abandono afetivo pelos próprios filhos. É essencial a conscientização dos filhos e da família para a relevância do dever de cuidado do idoso, visando garantir mais qualidade de vida e dignidade, visto que em alguns casos recorre-se por meios judiciais a reparação pecuniária por responsabilidade civil ao idoso vítima de condutas que resultam em sofrimento por abandono afetivo inverso. Aborda-se também a problemática do abandono afetivo inverso, sob o ponto de vista do entendimento de que a fixação da indenização nesses casos necessita de um caráter punitivo e pedagógico na perspectiva da responsabilidade civil, fundamentado na Constituição brasileira de 1988, no Código Civil de 2002, no Estatuto do Idoso, Doutrina pátria e jurisprudências dos Tribunais Superiores..

Palavras-chave: (abandono afetivo, idosos, afeto, dignidade)

ABSTRACT: This article aims to analyze the affective abandonment of the elderly in Brazil and the legal consequences for the family for the violation of the duty of care within the

²² Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFISA.

E-mail: gmaservicos@gmail.com.

²³ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFISA.

E-mail: evaristojuliana40@gmail.com

family, which in many cases has generated serious physical and psychological damages in the elderly victims of this kind of violence. Although affection is indispensable in a healthy and harmonious family life, it can be seen in countless cases of elderly people who are victims of emotional abandonment by their own children. It is essential to raise the awareness of children and the family for the relevance of the duty of care of the elderly, aiming to guarantee more quality of life and dignity, since in some cases, pecuniary compensation for civil liability to the elderly victim of conduct is resorted to by judicial means. that result in suffering from inverse affective abandonment. The problem of inverse affective abandonment is also addressed, from the point of view of the understanding that the fixing of compensation in these cases needs a punitive and pedagogical character in the perspective of civil liability, based on the Brazilian Constitution of 1988, on the Civil Code of 2002, in the Elderly Statute, Homeland Doctrine and jurisprudence of the Superior Courts.

Palavras-chave: (abandono afetivo, idosos, afeto, dignidade)

1 INTRODUÇÃO

O crescimento da população idosa nas recentemente no mundo e especificamente no Brasil, em virtude do seu envelhecimento, fato resultante dos avanços nos tratamentos medicinais e do incremento na situação da vida da população que desencadeou o aumento de demandas sociais, políticas e econômicas de pessoas idosas. Isso tem causado preocupação em diversos setores da sociedade para a imprescindibilidade da criação de melhores condições, para garantir os direitos da população idosa que diariamente busca soluções para problemas relativos à terceira idade.

Ser idoso, atualmente é um desafio enfrentado por pessoas que inevitavelmente chegam a esse status físico. Os problemas enfrentados pelas pessoas idosas passa pelo descaso e o tratamento impróprio dispensado a elas, o descumprimento de leis protetivas do idoso e, até inúmeros casos de maus tratos e de abandono afetivo inverso por parte dos filhos.

De acordo com o relatório 2019 PNAD - Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, em linhas gerais, o abandono afetivo ocorre frequentemente no ambiente familiar, pela prole, para com os pais, em especial os idosos, apontando que 65% dos suspeitos ou autores da conduta danosa são os próprios filhos da vítima, enquanto aproximadamente 18% são os parentes próximos como sobrinhos, netos e até os genros ou noras da vítima idosa. E segundo o

mesmo relatório, das violações sofridas por pessoas idosas, 65% ocorre por negligência e violência psicológica, sendo caracterizada a negligência pela constatação de falta de cuidado a necessidades básicas, tal como moradia, alimentação, medicação, etc. Enquanto a violência psicológica pode ser caracterizada pela ação ou omissão, através de constrangimentos, humilhação, isolamento ou qualquer ato que resulte em dano psicológico ou à saúde da vítima.

Essa realidade de fato, em muitos casos, tem se demonstrado nas ações judiciais pleiteadas por vítimas desse tipo de conduta, as quais apresentam graves danos físicos e psicológicos, possibilitando requerer pedidos de indenização em razão de danos morais, entre outras ações fundamentadas em leis relacionadas à garantia dos direitos e da dignidade do idoso.

Ultimamente, tem se constatado que dissoluções familiares alimentadas por desentendimentos afetivos e interesses financeiros tem levado cada vez mais pessoas da terceira idade a serem vítimas das circunstâncias de dissolução dos vínculos afetivos familiares, uma vez que, nesses casos, o afeto e o respeito são deixados de lado, de forma a provocar o descaso da família para condição de vulnerabilidade dos idosos que carecem de cuidados. No entanto, os membros da família têm por dever cuidar dos pais na velhice.

Decerto, o envelhecimento por direito personalismo, tendo o seu amparo lastreado nos direitos sociais, na forma da Lei e da Legislação vigente, sendo a proteção, o amparo e cuidado ao idoso da família essa obrigação. A Constituição Federal do Brasil (1988), no seu Art. 229, aduz que acolher os pais na velhice, na doença ou carência é obrigatoriamente dos filhos maiores. Esse dever, além de ser uma obrigação legal, também é um princípio moral.

Por outro lado, a Constituição Federal (1988) no art. 230, diz que o amparo, a proteção e a defesa da dignidade do idoso é um dever da família, responsabilidade do Estado e da sociedade, no sentido de assegurar a sua participação na comunidade e garantindo, assim, o direito à vida.

Dessa forma, põe-se em foco a discussão acerca da responsabilização civil do não cumprimento da obrigação de dedicar-se ao amparo dos familiares de idade avançada e ao resguardo dos mesmos, ainda que seja impossível a imposição do sentimento de afeto.

Diante dessa conjuntura surgem questionamentos como: Qual a responsabilidade civil da família no tocante ao abandono afetivo de pessoas idosas?

Em vista dessa realidade, este artigo busca analisar o abandono afetivo inverso, a responsabilidade civil por danos morais decorrentes da violação do dever de cuidado pela prole e como os tribunais superiores vêm discutindo e decidindo sobre o tema.

Têm-se por objetivo dessa pesquisa provocar a notabilização da importância do idoso para a sociedade, não apenas como sujeito de direitos e garantias fundamentais que devem ser respeitados por todos mas também como fonte de saber para o avanço e construção das futuras gerações.

Abordando o tema de forma indutiva, coloca-se em evidência a problemática do abandono afetivo de pessoas idosas pela família, as causas e as consequências jurídicas no seio familiar, com a pesquisa e análise de diversos dispositivos legais que garantem proteção e amparo ao idoso em situação de vulnerabilidade como a Constituição brasileira de 1988, o Código Civil de 2002, a Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso, além de jurisprudências referentes a casos de abandono material e afetivo de idosos.

A pesquisa sobre abandono afetivo de idosos também é importante para o curso de Direito desta IES, pois apresenta informações relevantes sobre questões relacionadas ao tema, suas causas e consequências jurídicas.

2 CONCEITO DE PESSOA IDOSA

Envelhecer é um processo natural que se inicia com o nascimento de um ser vivo e termina com a sua morte, nos homens esse transcurso de tempo ocorre de maneira singular na vida de cada pessoa através de diversas mudanças principalmente físicas, psicológicas e na sua relação com o seu meio social, caracterizando-se pela alteração dos aspectos dos indivíduos com idade avançada e definindo-os como idosos.

A duração da nossa vida é de 70 anos, e se alguns, pela sua robustez chegam a 80 anos, o melhor deles é cansado e enfado, pois passa rapidamente, e nós voamos. (A BIBLIA, Salmos, 90:10)

Todavia, definir uma pessoa como idosa apenas pela sua idade cronológica, muitas vezes leva o indivíduo a ser estigmatizado pela sociedade que o rotula com adjetivos pejorativos que fazem alusão à condição de incapacidade, inutilidade e dependência, independentemente da sua capacidade, vitalidade e produtividade e experiência pessoal.

E levando-se em consideração que ao longo da história da humanidade ficou constatado entre diversas culturas de sociedades que pertenceram a diferentes civilizações humanas, que o conceito de idoso é mais uma construção social disseminada por uma determinada sociedade do que uma definição categórica da idade cronológica de um indivíduo inserido nela, a pessoa se torna idosa quando a cultura de uma sociedade assim a define.

Nossa aparência externa reflete o número de anos que vivemos. Mas o que é considerado jovem ou velho depende em parte de contexto, da finalidade e da cultura. Aos 18 você pode ser considerado velho demais para aprender ginástica de solo, mas jovem demais para disputar um alto cargo político. Entre as culturas, há também variações entre a definição de pessoa idosa, de meia-idade e jovem. Há um século, na Europa ocidental e na América do Norte, a velhice começava muito antes do que atualmente. (OMS, 2022)

No Brasil, existem conceitos distintos relativos ao que se trata como idosos e velhos, pois culturalmente é tratado como idoso aquele indivíduo considerado digno de mais respeito e que contribui ou já contribuiu com a sociedade, em contraste com o velho, considerado inválido.

Somente com a Constituição brasileira de 1988 foi assegurado ao idoso o direito à vida e à cidadania, descrito no art. 230 da carta magna:

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida. (BRASIL, 1988)

Atualmente, o Estatuto do Idoso, instituído pela Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003, em seu artigo 1º, considera que o idoso é “a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos”, essa definição não faz nenhuma consideração ou alusão a qualquer característica individual do indivíduo, como sexo, cor, classe ou outro padrão, utilizando apenas a idade como referencial.

Nesse sentido, a Organização Mundial de Saúde - OMS (2021), define a pessoa idosa de acordo com a idade cronologia levando em consideração a localização geográfica e o nível de desenvolvimento econômico e social do país em que o indivíduo está inserido.

E considera que nos países em desenvolvimento e com baixo IDH - índice de desenvolvimento humano, como é o caso do Brasil, pessoas idosas são aquelas com idade a partir de 60 anos. Já nos países classificados como desenvolvidos e com melhor IDH, a pessoa com idade a partir de 65 anos é considerada idosa.

Considerando que o envelhecimento natural da população mundial provocou um aumento significativo de idosos, a atenção aos cuidados e ao respeito à essa parcela crescente da população passou a representar um tema de grande importância para o Estado e para toda a sociedade.

Em sentido mais amplo, entende-se que hoje o idoso já pode e deve ser visto e tratado como um sujeito ativo e presente no cenário das discussões e soluções relacionadas aos direitos e a qualidade de vida da população idosa.

Atualmente, os idosos têm o grande desafio de atuar nas mudanças dos estereótipos, conceitos e ab-rogar preconceitos para criar novas perspectivas e expectativas de transformar o ócio em momentos de prazer e crescimento pessoal, que possibilitem ter seus direitos fundamentais respeitados, garantindo assim, a todos os indivíduos uma velhice digna.

Anelando que ser idoso não é apenas um status imposto pela sociedade, em virtude do lapso temporal alcançado pelo decorrer do tempo, sem qualquer alteração ou transformação fática da condição de sujeito de direitos fundamentais, princípios e garantias fundamentais a serem respeitados pelo Estado e por toda a sociedade.

É nesse sentido de conscientizar-se e exercer essa consciência como sujeito personíssimo de direitos inalienáveis, que já dizia Cora Coralina (2018), em seus versos:

Convoco os velhos como eu, ou mais velhos que eu, para exercerem seus direitos. Sei que alguém vai ter que me enterrar, mas eu não vou fazer isso comigo.

Tenho consciência de ser autêntica e procuro superar todos os dias minha própria personalidade, despedaçando dentro de mim tudo que é velho e morto, pois lutar é a palavra vibrante que levanta os fracos e determina os fortes. (CORA CORALINA, 2018)

Segundo o relatório 2019 PNAD - Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, os idosos da

atualidade estão cada vez mais inseridos na sociedade e também no mundo digital através das redes sociais.

Pela pesquisa realizada entre 2018 e 2021 pela CNDL - Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas e pelo SPC - Serviço de Proteção ao Crédito, junto com a Offer Wise Pesquisas, o acesso à internet por pessoas com mais de 60 anos de idade e considerados idosos teve um crescimento exponencial.

A motivação desses idosos estarem conectando-se à rede mundial de computadores é para sem manterem informados sobre política, economia e outros assuntos, manter contato com outras pessoas e adquirir novos conhecimentos, consumir produtos e serviços, brincar e inter-relacionar-se com o mundo.

Segundo a mesma pesquisa, o principal meio de acesso à internet pelos idosos é o smartphone, apontado por 84% dos idosos que acessam a internet.

Entre os idosos conectados, a principal motivação é se informar sobre economia, política, esportes e outros assuntos (64%). Também utilizam a web para manter o contato com outras pessoas (61%) e buscar informações sobre produtos e serviços (54%). O principal meio de acesso é o smartphone, citado por 84% dos idosos que usam a internet, um crescimento de 8 pontos percentuais em relação à 2018, enquanto 37% usam notebook e 36% computador desktop. (CNDL, 2022)

Do ponto de vista econômico, a população idosa tem um papel de destaque em relação ao seu poder de consumo que corresponde a aproximadamente R\$ 1,5 trilhão anuais, mesmo sendo uma parcela destinada a despesas com tratamento e prevenção na saúde, ainda assim direcionam uma parcela do consumo com roupas, cosméticos, automóveis, entre outros que realizam sua necessidade e satisfação pessoal.

Nessa perspectiva, apesar de ainda se associar os idosos à condição de inatividade e improdutividade, embora essas pessoas idosas necessitem de cuidados, assistência e políticas específicas afirmativas que garantam a sua dignidade. É notório que atualmente existe uma transição natural da força produtiva na sociedade, visto que com o advento da crescente socialização dos idosos que estão se reinserindo no mercado de trabalho, produzindo riquezas, consumindo produtos e serviços, gerando riquezas e participando ativamente da vida social e cultural.

2.1 O crescimento da população idosa no Brasil e no Mundo

O crescimento atual da população idosa no Brasil na maioria dos países do mundo é considerado um fenômeno sem precedentes na história, isto é resultado dos expressivos avanços no desenvolvimento científico, econômico e social, na melhoria da qualidade de vida das pessoas e pela mudança de hábitos da sociedade que desenvolve políticas mais afirmativas de amparo a população idosa, impactando diretamente na elevação da expectativa de vida das pessoas.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde-OMS (2021), para que ocorra integração dos idosos em todos os níveis sociais é necessário combater o idealismo, que segundo o relatório se define da seguinte maneira:

O idadismo surge quando a idade é usada para categorizar e dividir as pessoas por atributos que causam danos, desvantagens ou injustiças, e minam a solidariedade intergeracional. O idadismo prejudica a nossa saúde e o bem-estar e constitui um grande obstáculo à formulação de políticas e ações eficazes em envelhecimento saudável.

(OMS, 2022)

Para a Organização Mundial de Saúde - OMS (2021), nas últimas décadas está ocorrendo uma aceleração no decurso natural de envelhecimento da população mundial, com a maioria dos países já vivenciando essa realidade, com a mudança de perfil na população pelo aumento significativo da quantidade de idosos, enquanto ocorre uma redução da população jovem e da natalidade nesses mesmos países.

No Brasil e no mundo, o crescimento da população idosa está provocando um processo de profunda transformação no perfil demográfico que resultará em significativas mudanças com impactos econômicos, sociais e culturais na sociedade em um curto espaço de tempo.

Conforme o relatório da ONU (2021) - Organização das Nações Unidas, até o ano de 2030 haverá no mundo um crescimento 56% da população de pessoas com mais de 60 anos, chegando a quase 1,5 bilhões, com projeção para que em 2050 a população mundial de idosos seja de aproximadamente 2.1 bilhões de pessoas com mais de 60 anos.

A Resolução da ONU, que se segue ao recente endosso da Década pela Assembleia Mundial da Saúde, expressa a preocupação de que, apesar da

previsibilidade do envelhecimento da população e do seu ritmo acelerado, o mundo não está suficientemente preparado para responder aos direitos e necessidades das pessoas idosas. Reconhece que o envelhecimento da população afeta os sistemas de saúde, mas também muitos outros aspectos da sociedade, incluindo os mercados de trabalho e financeiros e a demanda por bens e serviços, como educação, habitação, cuidados de longa duração, proteção social e informação. Portanto, requer uma abordagem de toda a sociedade. (ONU, 2020)

No Brasil, ainda que exista uma elevada taxa de natalidade entre os brasileiros, também ocorre o mesmo fenômeno já evidenciado em outros países que enfrentam um acelerado processo de envelhecimento de sua população, estimando-se que em se manterem os índices atuais de natalidade e mortalidade, em meados de 2050 haverá aproximadamente 60 milhões de brasileiros com mais de 60 anos, colocando o Brasil entre os países com maior quantidade de idosos no mundo.

De acordo com os dados de projeções divulgados pelo IBGE (2017) Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o Brasil tinha em 2017 aproximadamente 28 milhões de idosos, o que corresponde a 13,5% da população brasileira. E alcançará 38,5 milhões 17,4% do total de habitantes em 2027 e de acordo com a mesma pesquisa do IBGE, em 2031 o Brasil terá de 43,2 milhões de idosos, superando o número de crianças e adolescente de até 14 anos que será de 42,3 milhões de habitantes.

A população brasileira manteve a tendência de envelhecimento dos últimos anos e ganhou 4,8 milhões de idosos desde 2012, superando a marca dos 30,2 milhões em 2017, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Características dos Moradores e Domicílios, divulgada hoje pelo IBGE. (IBGE, 2018)

O IBGE (2017) aponta ainda que, em 2042 o Brasil atinja 232,5 milhões de habitantes, com 24,5% da população constituída por pessoas idosas. Até 2050, a população idosa já terá a maior fração do contingente populacional do Brasil. As conquistas alcançadas pelos avanços científicos das últimas décadas resultou no aumento da expectativa de vida e o seu prolongamento, aumentando a quantidade de pessoas classificadas como idosos.

O crescimento da população idosa demanda do Estado novas políticas econômicas e sociais voltadas para essa nova realidade e para ocorra a implementação dessas políticas será necessário grandes mudanças na estruturação de todos os níveis sociais, atingindo todos os setores da economia, da sociedade e da estrutura Estatal, bem como uma revisão de conceitos do próprio idoso e das famílias em relação ao seu papel e na sociedade atual.

Esse processo expõe os impactos na relação de busca pelo equilíbrio da equiparação e isonomia de direitos reclamados pelas pessoas que envelhecem e adquirem algumas limitações de características físicas e até mesmo psicológicas, que necessitam de atenção e cuidados indisponíveis pela família, seja por incapacidade econômica ou imaterial.

3 PRINCÍPIOS E LEIS QUE PROTEGEM A PESSOA IDOSA NO BRASIL

No direito, os princípios, são os pilares dos fundamentos de uma norma jurídica, em um estado democrático de direito, que não estão explicitamente descritas nos códigos ou leis, mas dão sustentação à sua criação e aplicação na sociedade humana.

No Brasil, os princípios constitucionais foram os condutores e balizadores para a concepção do Estatuto do Idoso, e neles estão incluídos o princípio da igualdade e o da dignidade da pessoa humana, protegendo a pessoa idosa no Brasil, esses dois princípios estão diretamente vinculados à valorização do ser humano como principal sujeito de direitos.

Nessa conjunção, esses princípios também estão implícitos no art. 229 da Constituição Federal (1988), ao dizer que os filhos maiores tem o dever jurídico para com os pais, essa obrigação material, também é um princípio moral fundamental para a dignidade humana. fundado na necessidade do idoso exercer a sua dignidade, como regra fundamental e essencial à vida.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e o da afetividade estão manifestos nos direitos fundamentais dos idosos, amparando os diplomas legais vigentes no Brasil e que estabelecem direitos e deveres para as pessoas classificadas como idosas, em sentido cogente, para toda a sociedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, pode ser interpretado como a garantia a prover a essencialidade imprescindível à vida de cada indivíduo. É um dos princípios fundamentais basilares do Estado Democrático de Direito e da República. No entanto, ainda que na literatura jurídica

exista inúmeros conceitos, de esse princípio, ordenamento jurídico pátrio não tem uma definição específica.

Ana Paula de Barcellos (2019), em sua obra Curso de Direito Constitucional, conceitua a dignidade humana como um princípio antecedente e externo à ordem jurídica e incorporado por ela. E geralmente relaciona-se ao reconhecimento de um status diferenciado dado aos seres humanos na natureza, com importância própria a despeito de qualquer ordem jurídica, possuindo titularidade de direitos.

Segundo Flávia Piovesan (2018), a dignidade da pessoa humana é o princípio essencial para a inexorabilidade da ordem constitucional, descrito a seguir:

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular. (PIOVESAN, 2018, p.166)

Neste sentido, o Estatuto do Idoso (2003) utiliza-se desses princípios intrínsecos no art. 2º para assegurar que os idosos gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, como segue descrito:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (BRASIL, 2003)

O princípio da solidariedade está fundado essencialmente nas relações familiares, quando a obrigação de cuidado ocorre entre descendentes e ascendentes, por um princípio moral que leva a sociedade repelir moralmente a conduta daqueles que abandonam seus familiares, quer seja na infância ou na velhice.

Para Maria Berenice Dias(2021), o dever de alimentos é basicamente fundamentado no princípio da solidariedade.

O fundamento do dever de alimentos se encontra no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, socioafetivas (eudemonistas), entre outras. (DIAS, 2021, p. 779)

Contudo, aqueles que têm o dever moral e material de cuidar dessas pessoas, na infância e principalmente na velhice, são efetivamente as que as abandonam.

O legislador, procurando “consertar” a uma falha moral própria da natureza humana, tipificou o abandono como crime, atribuindo uma pena ao autor dessa conduta e criando uma obrigação jurídica. Contudo, conforme o Estatuto do Idoso diz, o Estado deve ser o primeiro a cumprir a obrigação de prestar alimentos aos seus cidadãos e a todos os entes integrantes do mesmo vínculo familiar.

O Princípio da afetividade, na sua essência, conceitua o afeto e o respeito como valores sentimentais adquiridos pelos laços familiares que não necessitam de leis, estatutos e constituições, pois partem do próprio dever instintivo existente no homem. Porém, há indivíduos que não respeitam essa característica exclusivamente humana.

O novo conceito de família que se baseia nos princípios da afetividade e na dignidade da pessoa humana, exige dos pais, como atribuição do poder familiar, o dever de educar e criar os seus filhos, provendo lhes de afetos para a formação plena de sua personalidade.

A doutrinadora Maria Berenice Dias (2021), traduz o valor do emocional, social nas relações familiares:

A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão da vida, com primazia em face das considerações de caráter patrimonial ou biológico. Ganhou *status* de valor jurídico a partir do momento em que as ciências psicossociais coloriram o direito. (DIAS, 2021, p. 52)

Maria Berenice Dias (2021), aduz que O termo *affectio societatis*, muito utilizado no Direito Empresarial, também pode ser aplicado no Direito de Famílias, do seguinte modo:

O termo *affectio societatis*, muito utilizado no âmbito do Direito Empresarial, foi contrabandeado para as relações familiares. Pões em evidencia que a afeição entre as pessoas é o elemento estruturante de 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 a humanidade em cada família. (DIAS, 2021, p. 52)

Nesse contexto, a importância da família, apesar de uma intensa campanha ativista de algumas minorias progressistas propagarem a sua decadência. Houve uma reformulação com novas personalização das relações familiares que atendem os interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade e dignidade humana, tendo a família como pilar.

3.1 O idoso e a Constituição de 1988

A importância da atenção ao idoso só passou a ser tratada como política pública pelos Estados, com mudanças nas legislações e com a criação de leis protetivas e ações afirmativas, iniciadas na década de 1980, com a Constituição da República de 1988, com a Lei 10.741 do Estatuto do Idoso e a Lei n.º 8.842 que criou a Política Nacional do Idoso.

No âmbito internacional, a Primeira Assembleia Mundial sobre Envelhecimento, promovido pela Organização das Nações Unidas (ONU), em Viena, em 1982. Esse evento foi o princípio da implantação de uma agenda de políticas públicas direcionadas às pessoas idosas, e teve como cerne o emprego de um Plano Internacional de Ação, o qual foi organizado em uma estrutura de 66 orientações aos estados-membros.

Inicialmente, alguns países latino-americanos não fizeram parte do conjunto de estados-membros no período da formulação do Plano Internacional de Ação, entre eles o Brasil, que mais tarde passou a ser signatário e junto com outras nações retardatárias do mesmo plano, contribuiu com recursos que visam beneficiar a população idosa em suas legislações, ainda que em níveis diferentes. Com isso, a situação singular de ser idoso - pessoa que faz parte da faixa etária chamada de "terceira idade" - obteve devido reconhecimento pela Constituição Federal (1988), no art. 230.

A proteção ao idoso tem como elemento fundante constitucional, logo no art. 1º, incisos I, II e III ao assegurar que a cidadania e a dignidade humana são princípios

fundamentais da República Federal do Brasil. O idoso é cidadão em condições de prioridade que deve ser amparado por todos os instrumentos e meios legais possíveis a assegurar sua dignidade humana, sem qualquer distinção.

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

I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

O texto constitucional é bem claro ao estabelecer meios legais para que o idoso não seja discriminado e receba o devido tratamento digno. Assim, o art. 3º, inciso IV da Constituição Federal diz que “o bem de todos deve ser promovido sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação.” (BRASIL, 1988), como preceitos fundamentais da República é o de possibilitar e impulsionar o bem comum de todos os Brasileiros, livre de preconceitos ou qualquer tipo de discriminação em face da idade do cidadão, assim como outras formas de segregação ou distinção por causa de origem, raça, sexo, cor ou credo da pessoa.

No texto constitucional, o constituinte originário expressou atenção especial ao tratamento distinto relativo aos idosos também no âmbito da justiça penal, dispondo no art. 5º, inciso XLVIII, que o idoso deve cumprir pena em estabelecimento penal diferenciado.

“a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 1988).

A Constituição, nos seus arts. 203, V, e 204, assegura a prestação de assistência social à velhice, por meio dos recursos orçamentários da previdência social. Além disso, determina que o Estado garanta ao idoso um salário mínimo mensal, quando comprovada que este não possui meios de próprios de sua manutenção ou de sustentar sua família.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:. (BRASIL, 1988)

A Constituição Federal (1988) expõe no caput do art. 226, que: “A família, como base da sociedade, tem proteção especial do Estado” (BRASIL, 1988). Assim, a família sendo definida como a base e a gênese, tem um papel especial de destaque na proteção e amparo ao idoso, recebendo a merecida atenção do Estado. Cabendo também ao Estado assegurar assistência de todos os seus integrantes, criando meios eficientes inibidores e coativos de violência no âmbito das relações familiares.

No tocante às relações afetivas e solidárias de âmbito familiar relativo ao idosos, o art. 229 da Constituição Federal determina que: “o dever de cuidar dos pais na velhice ou doença é dos filhos maiores”(BRASIL, 1988).

Por outro lado, o art. 230 da Constituição Federal impõe que o Estado e a sociedade devem assegurar o amparo das pessoas idosas, sua efetiva participação na comunidade, sua dignidade e bem-estar. Bem como exemplifica os meios relevantes de proteção e amparo ao idoso.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (BRASIL, 1988)

Os avanços no tratamento ao idoso com o advento da Constituição Federal de 1988 são visíveis e serviram para uma mudança de paradigma na sociedade. no entanto,

ainda é necessário avançar em muitos aspectos relativos ao papel do idoso na sociedade atual.

Partindo das evidências da evolução da sociedade e da aceleração da população idosa, que demanda por novos direitos, contemplando as garantias constitucionais já citadas, aplicáveis a todos os cidadãos.

3.2 O Estatuto do Idoso

Em 1º de outubro de 2003, ocorreu um grande progresso de âmbito legislativo quando foi publicada a Lei 10.741, também conhecida como Estatuto do Idoso, que representou uma mudança de paradigma, pois fortaleceu o sistema legal de proteção às pessoas idosas, por meio de ações afirmativas para uma igualdade material efetiva.

O Estatuto do Idoso (2003), teve o objetivo de compor uma política nacional que prevê os direitos e deveres relativos ao idoso na população. Para a Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia ele foi criado para tratar questões relativas aos direitos fundamentais, como dignidade, liberdade, respeito e a vida, bem como por especificar as funções das entidades de atendimento às pessoas idosas.

Também serviu para definir ações e estabelecer condutas que implicam e envolvem a pessoa idosa no convívio social, no âmbito dos direitos à saúde, ao transporte, à educação, ao lazer, da habitação, da garantia à alimentação, da qualificação do trabalho, da previdência e assistência social, das condutas ilícitas contra os idosos, das ações omissivas e comissivas Estatais da sociedade.

O Estatuto do Idoso (2003), em seu art. 3º, deixa bem claro como os direitos da pessoa idosa, os vínculos afetivos com a família e a comunidade devem ser conduzidos e indica de que maneira o poder público, a sociedade e as famílias devem cumprir suas obrigações para assegurar e proporcionar efetivamente ao idoso o exercício dos seus direitos.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.(BRASIL, 2003)

Assim como acontece com a criança e o adolescente, que são mais vulneráveis e precisam ter a defesa de seus direitos mais fortalecidos de forte sustentação legal, referindo-se à dignidade, firmamento da Constituição Federal e do Estatuto do Idoso, destinando-se a todas as ações que concorrem a sua qualidade de vida.

Dessa forma, pode-se dizer que a qualidade de vida e o direito à vida digna do idoso estão intrínsecos no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Reconhecendo as necessidades latentes dos idosos, configurando-se em um microsistema que constitui um conjunto de normas definidoras de direitos e garantias constitucionais de aplicação imediata.

O Estatuto do Idoso (2003), em seu art. 4º, assevera que o idoso não será alvo de qualquer tipo de violência praticada por meio da negligência, discriminação, crueldade e opressão.

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei. § 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso. § 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados. (BRASIL, 2003)

Gerando responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas pela inobservância na proteção do idoso, conforme expressa o art. 5º do Estatuto do Idoso: “a desobediência das normas de prevenção implicará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos como determina a lei.” (BRASIL, 2003)

O Estatuto do Idoso (2003), com sua regulamentação, trouxe inovações em vários aspectos, ocorreram mudanças no Sistema Único de Saúde - SUS) para o atendimento preferencial no fornecimento de medicamentos e aparelhos para tratamento e reabilitação aos idosos pelo Estado e na normatização de reajustes de mensalidades de planos de saúde relativos à etária de pessoas idosas.

Houve avanços no reconhecimento de direitos aos idosos, pela adoção da prioridade de atendimento público e pela criação de reserva cativa, bem como o direito à gratuidade em transportes coletivos aos idosos a partir de 65 anos, assegurando ao idoso

a sua participação na sociedade, assegurando a sua proteção contra a violência e o abandono.

3.3 Os Idosos e o Código Civil de 2002

Os direitos personalíssimos do idoso são inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis para, com plena capacidade, decidir os rumos de sua própria vida. E o exercício desses direitos não pode sofrer qualquer limitação ou privação, exceto os previstos em lei. Nos termos do art. 11 do Código Civil (2002) e nos casos de ameaça ou lesão a esses direitos, a vítima poderá reclamar perdas e danos além de outras sanções aplicáveis conforme dispõe o caput do art. 12 do Código Civil (2002), in verbis:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. (BRASIL, 2002)

O apoio ao idoso, assim como seu cuidado e proteção, compete à família, que tem a responsabilidade de resguardá-lo no âmbito material e imaterial, mas sem privá-lo de sua autonomia e liberdade para decidir sobre a própria vida, mesmo que seja no intuito de proteger os interesses do próprio idoso. Afinal, o exercício da capacidade de uma pessoa não está relacionada diretamente com a sua idade cronológica, admoestando que pelo fato de alguém ser idoso não é causa de impedimento de administrar a sua própria vida. Caso contrário ocorre em alguns casos após a comprovação da sua incapacidade judicialmente.

O direito da dignidade da pessoa humana e da liberdade se apresentam de forma muito restrita no Código Civil (2002) em relação à autonomia da vontade do idoso, quando reduz ou impede que o idoso exercite plenamente seus direitos de autodeterminação. Partido do pressuposto de que idosos maiores de 70 anos são em tese relativamente incapazes para autogestão.

Observa-se essa ofensa ao princípio da liberdade, pela imposição aos idosos maiores de 70 anos para que o casamento seja em regime de separação obrigatória de bens, devido a idade, constringendo-os a uma tutela obrigatória que reduz a sua autonomia e liberdade. Segundo art. 1641, Código Civil (2002) que diz ser "obrigatório o

regime da separação de bens no casamento para pessoa maior de 70 (setenta) anos de idade”(BRASIL, 2002).

O jurista Carlos Roberto Gonçalves (2022), observa que apesar de haver um sopro de boa fé na configuração do art. 1641 do Código Civil (2002), há explícita incompatibilidade com o texto constitucional. Tese também compartilhada pela doutrina majoritária, nestas palavras:

Sustenta respeitável corrente, porém, que a referida restrição é incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (CF, arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV). (GONÇALVES, 2022, p.985)

Essa limitação da autonomia da vontade pela pelo critério da idade fere os princípios constitucionais e conseqüentemente é inconstitucional, pois viola o direito à liberdade e à igualdade, conforme expressa o doutrinador a seguir:

A doutrina, de forma quase unânime, tem-se posicionado nesse sentido. Francisco José Cahali, atualizando a obra de Silvio Rodrigues³⁴², pondera que a restrição apontada se mostra atentatória da liberdade individual e que a tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, afirma, “talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver. (GONÇALVES, 2022, p.985)

Visto que esses direitos se opõem a qualquer tipo de discriminação por causa da idade, do sexo ou origem, como fator de incapacidade civil.

3.4 A Política Nacional do Idoso

A Assembleia da Organização das Nações Unidas adotou, em 1991, 18 preceitos para beneficiar a população idosa e, em 1992 esse mesmo Conselho Proclamou que o ano de 1999 seria o Ano Internacional dos Idosos, além de estabelecer critérios para o princípio da construção de um conceito referencial sobre o envelhecimento.

Esses programas internacionais provocaram um avanço no desenvolvimento de políticas públicas voltadas para essa parcela da população e foram essenciais para o Brasil manifestar-se na discussão desse tema e aperfeiçoar o seu corolário jurídico acerca dos direitos da pessoa idosa no Brasil.

A partir desse plano, foi promulgada a Lei n° 8.842, em janeiro de 1994, que estabeleceu determinações acerca da política nacional do idoso, e criou o Conselho Nacional do Idoso, além de tratar de outras deliberações. Após 20 anos, em 2002, a ONU realizou a 2° Assembleia em Madrid, na qual foi elaborado o Plano de Ação Internacional para o Envelhecimento, do qual o Brasil é signatário.

Com a Política Nacional do Idoso (1994), por meio da entrada em vigor da Lei n.º 8.842, de 4 de janeiro de 1994. O surgimento dessa Lei se deu pela grande pressão da sociedade civil e pelas influências internacionais no âmbito interno, influenciada pela Associação Nacional de Gerontologia através de suas recomendações conhecida como Políticas para a Terceira Idade, que ocorreu nos anos da década de 1990.

O objetivo da Política Nacional do Idoso (1994) é garantir os direitos sociais do idoso, ao passo que promove sua autoestima por meio de oportunidades de efetiva integração e participação na sociedade, baseando-se nos seguintes princípios:

- I - a família, a sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida;
- II - o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos;
- III - o idoso não deve sofrer discriminação de qualquer natureza;
- IV - o idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através desta política;
- V - as diferenças econômicas, sociais, regionais e, particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil deverão ser observadas pelos poderes públicos e pela sociedade em geral, na aplicação desta lei. (BRASIL, 1994)

A Política Nacional do Idoso (1994), que foi criada pela Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994, e regulamentada pelo Decreto n.º 1.948, de 3 de julho de 1996, prevê a adoção de políticas, gestão e organização de ações governamentais no intuito de consolidar a proteção do idoso e sua integração na sociedade.

Implementou políticas públicas e diretrizes aos entes municipais de todo o Brasil, no tocante a condutas e procedimentos direcionados a defesa da população idosa, com a criação de normas que garantam ao idoso o exercício dos seus direitos, a sua autonomia e efetiva participação na comunidade e na sociedade, como estabelece o seu art. 4º. (1994)

4º Constituem diretrizes da política nacional do idoso:

I - viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações;

II - participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos;

III - priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência;

IV - descentralização político-administrativa;

V - capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços;

VI - implementação de sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos, programas e projetos em cada nível de governo;

VII - estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento;

VIII - priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família;

IX - apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas ao envelhecimento.

Parágrafo único. É vedada a permanência de portadores de doenças que necessitem de assistência médica ou de enfermagem permanente em instituições asilares de caráter social. (BRASIL, 1994).

Dentre outras atribuições, a Política Nacional do Idoso (1994), regulamentada pelo Decreto n.º 1.948, de 3 de julho de 1996, que também prevê a adoção de políticas, gestão e organização de ações governamentais no intuito de consolidar a proteção do idoso e sua integração na sociedade.

Após a regulamentação da Política Nacional do Idoso (1994), ocorreu no ano de 1997 a edição do Plano de Ação Governamental para Integração da Política Nacional do Idoso. Faz parte desse Plano nove órgãos governamentais distintos composto pelos Ministérios da Educação, da Justiça, Previdência e Assistência Social, Transporte, Cultura, Esporte e Turismo, do Trabalho e Emprego, da Saúde, do Planejamento Orçamento e Gestão.

Apesar da lei inclusiva e normativa, não é aplicada com sua devida eficácia e eficiência, pois a sua aplicação esbarra no desinteresse da sociedade e no despreparado do Estado, para a conversão de vários objetivos comuns em um mesmo fim específico, através dos órgãos envolvidos relativos a saúde, educação e assistência social.

Os direitos dos idosos expressos na forma da Lei, são assegurados e devem ser reconhecidos como inalienável garantia de sua cidadania plena. A aplicação e obediência dessa Lei em seus direitos e deveres precisam viabilizados para a sociedade e Estado. Visto que, não é por que a pessoa fica idosa que perde sua capacidade e cidadania.

4 DEVER DOS FILHOS DE CUIDAR E AMPARAR OS PAIS IDOSOS

O dever dos filhos de cuidar dos pais idosos, como princípio moral, está fundamentado no afeto e na solidariedade, essenciais para a existência e o fortalecimento dos laços e vínculos familiares. Nessa acepção, conforme já destacado, no âmbito das relações familiares e de suas obrigações, destaca-se o dever para com as crianças, adolescentes e os pais que chegam à velhice ou enfermidade.

Esse dever está expresso no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, 1º de outubro de 2003), corroborado pelo art. 229 da Constituição Federal (1988): "os pais devem criar e

cuidar dos filhos menores e os filhos maiores o devem cuidar dos pais idosos". (BRASIL, 1988).

Essa obrigação de cuidado é reforçada pelo Estatuto do Idoso (2003) em seu artigo 3º, in verbis:

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2003).

O dever de cuidar dos idosos é, antes de tudo, dos filhos descendentes, é o que se pode aduzir do que expressa a Constituição Federal (1988). Assim, apesar de haver determinada indisponibilidade da renúncia desse dever pela prole, muitos filhos não se dispõem, por incapacidade ou despreparo, nos cuidados seus pais idosos.

O art. 1696 do Código Civil (2002), define que "deve haver reciprocidade na prestação de alimentos entre pais e filhos, de acordo com a idade, do mais velho ao mais jovem". (BRASIL, 2002).

Assim, a obrigação dos filhos de cuidar dos pais idosos é materializado no seu cumprimento legal, mas não somente orgânica e material, pois além do cuidado material, também há a necessidade de analisar o afeto envolvido na relação entre pais e filhos, tendo em vista que o fator afetivo é fundamental para a vida dos idosos.

4.1 O que é abandono afetivo inverso

Considera-se abandono material quando a pessoa é privada de acesso a itens básicos de sua subsistência, como alimentos, moradia e o que vestir, em descumprimento de uma obrigação legal para com a outra pessoa, como no caso do pai ou da mãe que são provedores de alimentos dos filhos, implicando em grave risco à sobrevivência da prole.

Nesse sentido, os já mencionados arts. 229 e 230 da Constituição de 1988 são bem claros no que tange ao dever da família, da sociedade e do Estado de não abandonar os filhos menores e as pessoas idosas, assegurando lhes seus direitos fundamentais, assim

como o art. 1.696 do Código Civil (2002), e o art. 244 do Código Penal (1941), reforçam e asseguram aos idosos os seus direitos, in verbis:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.(BRASIL, 2002).

Art. 244 - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Alterado pela L-010.741-2003) Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (BRASIL, 1941).

O Estatuto do Idoso (2003) dispõe sobre as sanções para quem expõe a perigo a integridade e a saúde do idoso, nestas palavras:

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado: Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa. § 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. § 2º Se resulta a morte: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. (BRASIL, 2003).

O abandono afetivo é definido pela doutrina e a jurisprudência dos Tribunais, respaldada nos princípios da dignidade humana e da afetividade que embasam o novo conceito de família, como a omissão dos pais exercer obrigações e estabelecer laços de afeto derivados do próprio poder familiar, implicando em danos emocionais dignos de reparação.

Embora esse conceito seja mais direcionado aos casos de abandono de filhos pelos pais, o mesmo também pode ser conceituado nas relações em que os pais idosos em situação de vulnerabilidade econômica e afetiva são negligenciados pelos filhos.

Segundo Maria Berenice Dias (2021), o abandono afetivo inverso é um processo que ocorre lentamente, que se inicia pelas necessidades do idoso, passa pela insensibilidade dos familiares e se concretiza pela negligência e abandono:

Como o avançar da idade gera a necessidade de mais cuidados e maior atenção, muitas vezes o idoso passa a ser considerado um estorvo. Os familiares têm suas próprias famílias, precisam trabalhar e, no mais das vezes, não têm mais nem tempo, nem paciência para cuidar de quem cuidou deles durante toda uma vida. A terceirização de tais encargos quer com a contratação de pessoas nem sempre qualificadas ou a remoção para as chamadas casas de repouso acaba relegando o idoso ao esquecimento. Filhos, netos e demais parentes deixam de visitá-lo, principalmente quando a comunicação entre eles é dificultada pelas limitações próprias a idade. E a falta de afeto e estímulo só debilita ainda mais quem se tornou frágil e carente com o avanço dos anos. (DIAS, 2021, p. 428).

Atualmente, o abandono material e afetivo de idosos é considerado como uma violência cometida contra as pessoas mais vulneráveis da população. Esse tipo de violência exercida por meio do desprezo, do abandono e desamor pode motivar as vítimas desses atos a reclamar o direito de serem indenizadas contra o agente, por descumprimento de obrigações dispostas no Estatuto do Idoso, (2003), na Constituição Federal (1988), no Código Civil (2002), bem como em outros dispositivos legais vigentes.

Na legislação penal brasileira há diversos dispositivos pertinentes ao abandono de idosos evidenciando o binômio obrigação violação, pela imposição legal da obrigação de garantir a manutenção da saúde, a integridade da vida, o bem-estar material de alguém e o seu estado de filiação, em oposição à sua violação que configura-se em conduta criminosa.

O abandono contra pessoas idosas ocorre com maior frequência no âmbito familiar, na fase da vida em que elas estão mais vulneráveis e precisam de maior proteção e cuidado. E Tem no autor da conduta o elemento subjetivo constituído pelo ato consciente de negligenciar os cuidados à pessoa que está sob sua responsabilidade, colocando em risco a saúde ou a vida do idoso.

Muitas pessoas idosas subsistem ao abandono afetivo e material, em total desamparo, sem suas necessidades básicas atendidas e afetivamente desprezadas, evidenciando claramente a omissão da família, que deixa de cumprir com seu dever de zelo e proteção ao idoso, caracterizando o abandono material e afetivo. Embora o dever de cuidado aos idosos pelas suas famílias esteja regulado no Estatuto do Idoso (2003).

Flagrada essa realidade, há que se reconhecer a ocorrência de abandono afetivo, de nefastas consequências já concebidas pela Justiça, quando a omissão diz com crianças e adolescentes. Quando se trata de pessoa idosa, chama-se de abandono afetivo inverso: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a Constituição da República (230). Afinal, os idosos também sofrem com a falta de convivência com os seus afetos. Esta é a posição de Álvaro Vilaça de Azevedo: o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se reserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade diante do descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença. (DIAS, 2021, p. 428).

Por outro lado, a pessoa idosa necessita de maior proteção amparo legal específico à sua condição de vulnerabilidade e capacidade, recorrendo, assim, a seus direitos garantidos pelo Estatuto do Idoso (2003), convergindo o dever da família de cuidar com o amparo legal ao idoso, tendo em vista que para que exista a convivência familiar é necessário o afeto entre pais e filhos, como prevê o art. 98 do Estatuto do Idoso (2003)

Art.98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa. (BRASIL, 2003)

As obrigações legais mencionadas no Estatuto do Idoso (2003), são impositivas de cunho moral, e seu descumprimento reflete em graves danos à saúde física e mental dos idosos que são vítimas desse tipo de conduta criminosa.

É notório que o sentimento de amar não se impõe, no entanto nas relações familiares, é dever daquele que tem a responsabilidade de cuidado, zelo e amparo, ainda que não exista o afeto, mas existe o cumprimento da obrigação.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL

Define-se responsabilidade Civil como sendo a sujeição do devedor em reparar algum dano moral ou material, causado eventualmente a outrem em decorrência de um ato ilícito, praticado por ação ou omissão do agente.

Carlos Roberto Gonçalves considera que a responsabilidade é a consequência jurídica pelo descumprimento de uma obrigação. nestas palavras:

A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, obrigação e responsabilidade. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. (GONÇALVES, 2022, p.24)

No caso do dever de cuidado ao idoso, a responsabilidade Civil ocorrerá quando um dever jurídico for violado e aquele que violou, é obrigado a reparar os danos materiais ou morais à vítima, com o propósito de compensação do dano causado e restabelecer a estabilidade da vítima, no caso, o idoso.

No Código Civil (2002) a responsabilidade subjetiva é acolhida como regra geral, isto é, havendo omissão de imposição de aplicação da teoria objetiva, ela será aplicada. A responsabilidade subjetiva e a responsabilidade com culpa estão expressas nos arts. 186 e 927 do Código Civil (2002), in verbis:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002)

Para que ocorra o dever subjetivo de reparar o dano causado pelo agente, são necessários os seguintes requisitos:

I - Ação ou omissão do agente com violação dos arts. 186 e 187 do Código Civil (2002), por abuso do direito conexo ao ato ilícito;

II - Culpa ou dolo do agente, demonstrada pela conduta do autor que, mesmo não pretendendo o resultado, agiu com imperícia, negligência ou imprudência.

III - Relação de causalidade entre a ação praticada autor e o resultado do dano sofrido pela vítima;

IV - Dano: Existência de lesão a um bem protegido por Lei, em decorrência do dano causado, lesando patrimonial ou extrapatrimonial, sem a expectativa da forma tentada;

Nas palavras de Gonçalves (2022):

Com efeito, o elemento objetivo da culpa é o dever violado. A responsabilidade é uma reação provocada pela infração de um dever preexistente. No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude de sua conduta. (GONÇALVES, 2022, p.102)

A conduta do agente deve ser o primeiro pressuposto de responsabilidade civil, independentemente da ação omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, pois de tal conduta nasce o direito e seus efeitos jurídicos obrigacionais.

O dano, é doutrinariamente configurado pelo prejuízo ou lesão moral ou material, constituída perda ou a lesão a um bem jurídico sofrido pela vítima em decorrência do ato conduta comissiva ou omissiva praticada pelo agente. Nesse sentido, entende-se que para que nasça a obrigação de indenizar, é necessário que exista o dano como pressuposto da responsabilidade, pois há indenização sem dano.

Moral ou patrimonial, o dano consiste na perda total ou parcial do patrimônio da vítima, podendo esse patrimônio ser determinado pela vítima, em valor pecuniário para a devida reparação.

No dano patrimonial, a seu turno, ocorre dois tipos de prejuízo sofrido pela vítima, no primeiro ela sofre com a redução do patrimônio e no segundo, ela sofre com a perda de lucros cessantes pelo que deixou de auferir com o dano. Conforme preceitua o art. 402 do Código Civil (2002), que diz:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL, 2002)

No dano moral, o cerne do direito e da sua violação está diretamente ligado aos direitos essenciais da pessoa e envolvem os direitos da personalidade. Assim, em casos de dano moral, ocorre uma violação a um bem personalíssimo da vítima não tem seu patrimônio diretamente atingido e sem a sua perda ou redução, mas podendo também afetar seu patrimônio de modo superveniente.

Referente às pessoas idosas, a violação dos direitos da personalidade consagrados no art. 5º, incisos V e X da constituição Federal (1988), em especial a violação do dever dos filhos de cuidado, essencial para a dignidade e a vida do idoso, gera responsabilidade civil com possível indenização pelo dano moral sofrido pela vítima idosa em decorrência da violação do seu direito.

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:

[...]

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Conforme está expresso na Constituição Federal (1988) e regulamentada pelo Código Civil (2002) em seus artigos 186 e 927, in verbis:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [...] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002).

Assim, a legislação brasileira assegura aos idosos que tiverem seus direitos violados, possam ser indenizados por meio do instituto da responsabilidade civil em face da violação à norma jurídica que determina o dever de cuidado pelos filhos.

5.1 Indenização por danos morais por abandono afetivo

O abandono afetivo inverso é a ausência de cuidado da prole em relação aos pais idosos e caracteriza-se pela omissão do dever de cuidado dos filhos. A sua fundamentação no mundo jurídico é para garantir o princípio da dignidade da pessoa humana como valor imaterial da segurança afetiva familiar e com base no princípio da solidariedade, evitar ou compensar os danos físicos, psicológicos e sociais sofridos pelos idosos.

O abandono afetivo inverso, apesar de não ser muito debatido e ser quase um tabu entre as famílias, esse assunto não é muito evidente na literatura jurídica, pois o que mais se discute nesse tema é abandono dos filhos pelos pais e não o inverso.

É inverso o abandono, no sentido pais e filhos, sendo invertida a obrigação na relação de dever ao cuidado e amparo, ou seja, assim como os pais cuidaram dos filhos na infância, os filhos devem cuidar dos pais na velhice. Sendo assim, entende-se que a omissão desse dever pelos filhos aos idosos pode ocasionar muitos e danos físicos e psicológicos, irreparáveis.

Não existe legislação própria para tratar sobre o as relações afetivas entre pais e filhos, por tratar-se de afeto e sentimento, inconcebíveis de imposição legal. No entanto, isso não desobriga os filhos da responsabilidade e do dever de cuidado para com os pais, derivado da paternidade responsável, conforme prescreve o art. 229 da Constituição Federal (1988),

Nesse diapasão, apesar de não haver leis específicas acerca do abandono afetivo inverso para dar mais relevância jurídica, entende-se esse fenômeno deve ser discutido no

mundo jurídico, com o objetivo de conscientizar aqueles tem o dever de cuidado que o instituto do abandono afetivo não é para impor o amor entre pais e filhos, mas uma obrigação legal dos filhos para com os pais idosos. E que o convívio familiar é necessário para a vida do idoso que se encontra em situação de abandono resultante de ação ou omissão dos filhos.

A ação de reparação por danos morais é cabível, baseada na omissão voluntária dos filhos no dever de cuidado aos pais idosos, como forma de tutelar a obrigação do direito violado. Segundo Gonçalves (2022), o dano moral é um tipo de lesão que acarreta vários tipos de sofrimento: nessas palavras:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2022, p.865)

Nos casos de idosos, pode-se afirmar que, além do próprio idoso, também poderão reclamar a reparação do dano moral, seu cônjuge e os membros de sua família, mesmo que não tenham sido atingidas diretamente pelo dano, assim afirma Gonçalves (2022) a seguir:

No tocante à intransmissibilidade do dano moral, observa Maria Helena Diniz: "Como a ação ressarcitória do dano moral funda-se na lesão a bens jurídicos pessoais do lesado, portanto inerentes à sua personalidade, em regra, só deveria ser intentada pela própria vítima, impossibilitando a transmissibilidade sucessória e o exercício dessa ação por via subrogatória. Todavia, há forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de se admitir que pessoas indiretamente atingidas pelo dano possam reclamar a sua reparação". (GONÇALVES, 2022, p.886)

A inexistência do interesse do filho por notícia dos pais idosos em sua saúde e bem-estar, por meio de demonstração do desprezo e desafeto, pode caracterizar também abandono afetivo inverso, gerando indenização por danos morais aos pais idosos.

Esse entendimento jurisprudencial é pacificado, conforme se observa em julgado de ação civil pública ajuizada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pelo Ministério Público, pedindo proteção de idoso por abandono afetivo e material, in verbis:

Ação Civil pública ajuizada pelo ministério público de Santa Catarina. Medida de proteção em favor de idoso. Abandonos afetivo e material comprovados. Necessidade de colocação do idoso em instituição acolhedora para pessoas com idade avançada. Responsabilidade solidária dos entes públicos e familiares. Dever constitucional de prestar assistência ao idoso referente à manutenção da sua dignidade e bem-estar. Manutenção da sentença. Recursos desprovidos. Incumbe à família e aos entes públicos a responsabilidade solidária de empreender esforços que efetivem o dever fundamental de proteção à dignidade e o bem-estar dos idosos que se encontram em situação de risco, por abandono material e afetivo, com fundamento na Constituição Federal e ao Estatuto do Idoso (Lei Federal nº 10.741/03)" (TJSC, Apelação / Remessa Necessária nº 0900012-05.2014.8.24.0050, de Pomerode, relator Jaime Ramos, 3ª Câmara de Direito Público, j. 10-12-2019).

Enfim, ainda que não seja possível haver amor entre duas pessoas, afinal, não se pode impor o afeto e nem obrigar uma pessoa a amar ou conviver com outra, contra sua vontade, porquê amar é uma faculdade e não uma obrigação. Porém, no âmbito do dever de cuidado, cuidar é uma obrigação jurídica que não pode ser violada sob pena de incorrer em sanção. Configurada em indenização por danos morais.

Isto posto, ainda que a reparação pecuniária seja a forma encontrada pelos tribunais para a indenização por danos morais, sabe-se que em casos de abandono afetivo inverso o fator preponderante é o afeto ou a sua falta reclamada pelos idosos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Envelhecer é inerente de todo ser vivo e assim como em todo o reino animal, não é diferente para o homem, que tem suas limitações regidas por uma força superior a todas as leis criadas por ele, o tempo. Entretanto, o envelhecimento muda para cada pessoa dependendo do meio e do contexto social em que ela está inserida. No Brasil, o processo de envelhecimento cresceu expressivamente e modificou a realidade social, econômica e cultural brasileira, passando a abrigar uma quantidade numerosa de idosos, que demandaram políticas públicas para adaptar a sociedade à nova realidade.

O aumento do número de idosos no Brasil e mundo é um fenômeno sem precedentes, no entanto, as famílias, a sociedade e o Estado não apresentam o devido preparo para oferecer uma plena qualidade de vida à essa população que demanda de adequada aplicação de recurso dos recursos humanos e materiais nas áreas da saúde, educação da cultura. Considerando a nova conjuntura, com vista à necessidade do cuidado dos filhos com os pais. Embora a Constituição Federal garanta aos idosos direitos invioláveis, observa-se que na atualidade têm crescido o número de casos de idosos abandonados pelas famílias, casos de idadismo caracterizados pela discriminação de pessoas em razão da idade, assim como a ineficiência do poder público para responder às demandas dos idosos no mercado de trabalho e no sistema de saúde e previdência social.

O envelhecimento da população mundial é diretamente proporcional ao crescimento acelerados da população idosa, entretanto o processo de longevidade ocorre de maneira diferente dependendo do local em que a pessoa envelhece. Nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento a qualidade de vida dos idosos é considerada baixa. No caso do Brasil, foi necessário a imposição de garantias constitucionais para que os direitos dos idosos de fato sejam respeitados e as Leis efetivamente cumpridas.

O dever de prover e cuidar dos pais idosos, em face do princípio da afetividade e da solidariedade, deveria ser um ato espontâneo dos filhos com base no princípio da boa-fé, e não uma imposição da Lei. Pois essa obrigação dos pais é transferida para os filhos quando os pais envelhecem. Contudo, esse dever de cuidado dos pais idosos pelos filhos não é facultativa. Isto é, o seu descumprimento faz surgir o crime de abandono afetivo inverso, isto é, o abandono dos pais idosos pelos filhos, que por negligência, através de ação ou omissão, deixam de dar cuidado e amparo ao idoso.

A falta de afeto e de amor é o fator desencadeador da conduta delitiva por parte dos filhos na violação do dever de cuidado. Diante da ausência de legislação específica que trata de abandono afetivo inverso, foi pesquisado a aplicabilidade do Código Civil Brasileiro de 2002, do Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/2003, da Lei Orgânica da Assistência Social nº 8.742/1993, relativo aos direitos do idoso, a incidência da Política Nacional do Idoso - Lei nº 8.842/1994, da qual surgiram normas com o objetivo de garantir a efetiva participação e integração do idoso em sociedade, com autonomia, dignidade saúde e liberdade.

Diante do exposto, ficou demonstrado que o atual ordenamento jurídico brasileiro congrega os dispositivos legais necessários para proteger os idosos, garantindo e possibilitando que seus direitos seja exercidos efetivamente. Contudo, muitos desses dispositivos não são exercidos pelos idosos.

Não se pode impor o afeto e nem configurar uma norma em em dever de amar alguém, no entanto, para a pessoa idosa, a ausência de afeto o atinge diretamente, sendo um desestabilizador físico e psicológico. Nesse vies, ao deixar de cumprir o dever de cuidado, respaldado pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, basilador do Princípio da Igualdade, Princípio da Afetividade e Princípio da Proteção aos Idosos, fica comprovado.

Nessa perspectiva, com a de violação do dever de cuidado dos pais idosos pelos filhos surge à possibilidade de responsabilização civil, por meio do Abandono Afetivo Inverso, com o objetivo de reparar os danos sofridos pelo idoso, restabelecendo o equilíbrio antes violado, tendo validade o dano como um dos seus pressupostos, em especial, o dano moral.

Nesse contexto, a indenização por dano moral, em face do Abandono Afetivo Inverso como forma de compensação à lesão sofrida. Dessa forma, ao violar o dever de cuidado dos filhos aos pais, o idoso tem o direito de exigir a devida compensação, de acordo com a legislação referente a responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Lei n.º 8.842, de 4 de janeiro de 1994. **Política Nacional do Idoso**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF,

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. de 23 de fevereiro de 2021. **Pacto Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa**. Brasília, DF, Disponível em:

<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/pessoa-idosa/pacto-nacional>. Acesso em: 16 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Relatório Mundial sobre Idadismo**. Washington, D.C.: Organização Pan-Americana da Saúde, 2022. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/55872>. Acesso em: 29 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Assembleia Geral da ONU declara 2021-2030 como Década do Envelhecimento**. Washington, D.C.: Organização Pan-Americana da Saúde, 2022. Disponível em: Saudável <https://www.paho.org/pt/noticias/14-12-2020-assembleia-geral-da-onu-declara-2021-2030-como-decada-do-envelhecimento>. Acesso em: 29 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **OMS lança portal com dados mundiais sobre saúde e bem-estar de pessoas idosas**. Brasília, DF: ONU, 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/94095-oms-lanca-portal-com-dados-mundiais-sobre-saude-e-bem-estar-de-pessoas-idosas>. Acesso em: 29 abr. 2022.

A BÍBLIA. **A fraqueza do homem e a providência de Deus**. Tradução de João Ferreira Almeida. São Paulo: Geográfica, 2018. p 477. Velho Testamento e Novo Testamento.

VAREJO S.A. 97% dos idosos acessam a internet, aponta pesquisa da CNDL/SPC Brasil, 2021. Disponível em: <https://cndl.org.br/varejosa/numero-de-idosos-que-acessam-a-internet-cresce-de-68-para-97-aponta-pesquisa-cndl-spc-brasil/>. Acesso em: 21 abr. 2022.

PORTAL TERAPIA ESPIRITUALISTA. Uma Linda Mensagem de Cora Coralina. Maio. 2018. Disponível em: <https://portalterapiaespiritualista.net/uma-linda-mensagem-de-cora-coralina/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

AGUSTINI, Fernando Coruja. **Introdução ao Direito do Idoso**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pressuposto-elementos-e-limites-do-dever-de-indenizar-por-abandono-afetivo>. Acesso em: 23 ago. 2019.

DIAS, Maria. Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Abandono Afetivo Inverso Pode Gerar Indenização**. Disponível em: <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/100619644/abandono-afetivo-inverso-pode-gerar-indenizacao>. Acesso em: mai. 2019.

IBGE. **Censo Demográfico**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/22827-censo-2020-enso4.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 25 maio. 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: INSTITUTO ESPECIAL NA ABRANGÊNCIA JURÍDICA E SOCIAL BRASILEIRA.

DOLVA CURCINO DE CARVALHO:
Acadêmica do Curso de Direito da FASEC.
24

LÍVIA HELENA TONELLA ²⁵

(coautora)

RESUMO: O Foro por Prerrogativa de Função, conhecido no senso comum como “Foro Privilegiado”, é um dispositivo em vigor no atual contexto jurídico brasileiro, considerado um assunto muito polêmico e discorrido no Direito Constitucional por designar benefícios a agentes políticos e indivíduos que detêm cargo público, conforme a CRFB/8826. Visto também como mecanismo coparticipante para o crescimento da impunidade na nação brasileira por favorecer imunidade relativa à preservação de interesses públicos reservados às altas autoridades. De acordo com o princípio de igualdade instituído no Artigo 5º da Carta Magna, este instituto vem sendo qualificado como contraditório. Neste sentido, este trabalho tem o objetivo em analisar seu conceito, caráter jurídico, progresso histórico da prerrogativa constitucional, as inúmeras vantagens e desvantagens em sua aplicabilidade, a fim de esclarecer à sociedade sua finalidade, bem como buscar a constatação das suas justificativas e hipóteses segundo os fundamentos e valores albergados na Lei Maior. Para tanto, a metodologia adotada na concepção desta aludida obra se incidiu no estudo ancorado primeiramente como base principal, pela CRFB³, trabalhos doutrinários e jurisprudências, bem como em teses científicas e sites jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Foro Privilegiado; Impunidade; Constituição.

ABSTRACT: The Forum for Prerogative of Function, known in the common sense as "Privileged Forum", is a device in force in the current Brazilian legal context, considered a very controversial and discussed subject in Constitutional Law for assigning benefits to political agents and individuals who hold public office, according to CRFB/88. Also seen as

24Acadêmica do Curso de Direito da FASEC. Contato: doracurcino@hotmail.com, telefone: (63) 9-8404-9251.

2 Doutora em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais pelo PEA-Nupelia/UEM. Mestre em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais pelo PEA-Nupelia/UEM. Bacharel em Direito e Biologia pela Universidade de Estadual de Maringá. Advogada e professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail: prof.liviahelena@fasec.edu.br.

26 Constituição da Republica Federativa do Brasil.

a co-participating mechanism for the growth of impunity in the Brazilian nation for favoring immunity related to the preservation of public interests reserved for high authorities. According to the principle of equality established in Article 5 of the Magna Carta, this institute has been described as contradictory. In this sense, this work aims to analyze its concept, legal character, historical progress of the constitutional prerogative, the numerous advantages and disadvantages in its applicability, in order to clarify its purpose to society, as well as to seek the verification of its justifications and hypotheses. according to the fundamentals and values enshrined in the Major Law. Therefore, the methodology adopted in the conception of this aforementioned work focused on the study anchored primarily as a main basis, by the CRFB, doctrinal works and jurisprudence, as well as in scientific theses and legal websites.

KEYWORDS: Privileged Forum; Impunity; Constitution.

INTRODUÇÃO

O foro por prerrogativa de função como premissa constitucional enquanto instituto, visa a proteção de agentes no exercício público, detentores deste mecanismo. No decorrer da história legislativa brasileira, vários tratamentos foram dados a este tema, como também aferir a configuração judiciária e normativa com suas possibilidades, bem como possíveis falhas, a luz de doutrinas e legislações, no objetivo verificar os efeitos causados a sociedade, devido a estrutura forense.

Em juízo, é indispensável considerar o Foro por Prerrogativa de Função no âmbito jurídico e social do Brasil. Versado como um assunto de imane repercussão nos últimos anos que primordialmente vem inquirir elevada manumissão de ação para escusa no trabalho dos agentes políticos e detentores públicos. Inclusive, com ampla insurgência, no que diz a opinião pública, fator majorado pelas denúncias e escândalos de corrupção presenciada em todas as esferas políticas.

Este instituto tem como finalidade através da sua criação, afiançar o ditame de agentes públicos por magistrados superiores ao réu, ou aos os mesmos, maiores hierarquicamente, assim sendo, impedindo que estes cidadãos em questão, fiquem sujeitos a um julgamento parcial.

Ao falar sobre foro especial, o senso comum entende como favorecimento a uma determinada classe, contribuindo para impunidade no País. Com isso, está jerarquia sofre inúmeras denúncias ocasionadas por uma forte exposição à medida que há divulgação midiática do envolvimento de agentes políticos e detentores cargo público.

Pode-se dizer que o foro é instituído, não pelo motivo do agente público, e sim, na implicação de cargo e função desempenhada por ele, motivo que a princípio majoritário,

entende-se que existe infração aos preceitos constitucionais, pelo menos o da isonomia, no Artigo 5º, caput, o da moralidade no Artigo 37, caput, ou do impedimento de juízo e tribunal de exceção conforme o Artigo 5º, XXXVII, todos da CRFB/88.27

Através desta observação, há questionamento sobre o objeto de análise, se realmente infringe os princípios constituídos da isonomia, e com a finalidade de tutelar o nuto ou atividade funcional de autoridades, afim de alcançar medidas e discussões atuais sobre esta prerrogativa. Na primeira, trata-se do início do foro privilegiado, por conseguinte, a indagação em identificar os benefícios do foro aos que usufruem e as consequências sociais quanto a impunidade, corrupção e modificações ocasionadas, assunto este que está em análise no STF28.

O trabalho está respaldado em diversos pontos de vistas sobre o tema, nesta percepção, busca-se o entendimento no cenário histórico deste foro especial, bem como seus meios viabilizadores e constitutivos no presente aspecto legislativo.

Logo, para atingir um resultado significativo, este estudo dissertativo foi composto por três tópicos, no primeiro capítulo serão apresentadas as cartas constitucionais em relação à Lei Maior coeva, perpetrando um símile histórico entre elas para a busca do entendimento relativo da evolução legislativa até a atualidade. O segundo capítulo, será percorrido o contexto relacionado ao tratamento da matéria empregada pelos Tribunais Superiores, assim como a percepção jurisprudencial referente ao assunto, vantagens e desvantagens para quem detém esse benefício e suas características, além de expor a fragilidade na organização dos Tribunais Superiores, apontada por dados estatísticos concernentes aos julgamentos desta prerrogativa.

Por fim, no terceiro capítulo serão feitas as considerações finais com uma síntese aportada desde o percurso da história legislativa brasileira, passando pelos vários tratamentos dados a este tema, até aferir a configuração forense e regulamentária com suas possibilidades e possíveis falhas, à luz de doutrinas e legislações. Além de constatar as justificativas e hipóteses segundo os fundamentos e valores albergados na Constituição.

Portanto, o hodierno estudo se constitui de uma revisão de literatura, no qual foi realizada uma consulta ancorada primeiramente na CRFB29, trabalhos doutrinários e

27 Artigo 5º, I e Artigo 37, BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil /88 - DE 05 DE OUTUBRO DE 1988 – Site do Planalto (2022, p.2,24-27).

28 Superior Tribunal Federal.

29 Constituição da República Federativa do Brasil.

jurisprudências, bem como em artigos acadêmicos e sites jurídicos sobre o Foro por Prerrogativa de Função, conhecido no senso comum como “Foro Privilegiado”.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL

O capítulo segue a ordem cronológica dos acontecimentos em decurso dos aspectos relativos a este instituto na esfera jurídica e social brasileira. Para tanto, será retratado o progresso histórico perceptível nesta prerrogativa desde dos tempos remotos, passando pelo o período imperial brasileiro até a atualidade, vivenciado entre as cartas constitucionais brasileiras, com o objetivo de evidenciar o desdobramento ocasionado pelas justaposições e alterações entre elas.

Em 1824, após a independência do Brasil, ainda no período escravocrata, o exercício de foro especial permanecia impedido, mantido pela Constituição daquele ano, prescrevia exceção de meios próprios para juízes privados e não gozariam de foro privilegiado as bancadas especiais, nos crimes cíveis do Artigo 179, inciso XVII. 30

Sobre esta primeira Constituição brasileira, foi traçado o histórico do instituto no País através da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Conforme o documento, discorria sobre o contexto em duas alíneas: no 47, determinava a atribuição do Senado no que concerne a atos delitivos praticados pelos Senadores, Conselheiros e Ministros de Estado, Família Real, além de Deputados na respectiva Legislatura, como também responsabilizar os Secretários e Conselheiros de Estado. No de número 99, estabelecia a proteção do monarca tangível a imunidade com tratamento nobre não estando sujeito a nenhuma responsabilidade. Além de atribuir ao STJ “instruir dos delitos, e falhas de Ofício, cometidos pelos os Presidentes das Providências, seus Ministros, os das Relações e os Servidores na Corporação Diplomática”.31

Logo em 1891, com início da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em que houve manutenção ao texto imperial, com ressalva prevista no Artigo 72, § 23, em que apenas os juízos especiais continuam com prerrogativa.32

Proclamada a República em 1889, aumentou-se a abrangência dos beneficiados pelo foro privilegiado no Brasil, logo na sequência em 1891, instruído no art. 57, § 2º desta Constituição, em que a competência de jurisdição deste tipo de foro era do Senado,

30 Artigo 179, BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil /24 - DE 25 DE MARÇO DE 1824 – Site do Planalto (2022, p.13).

31 FILHO, Newton Tavares. Foro Privilegiado: Pontos Positivos e Negativos, 2016, p.5-6.

32 Artigo 72, BRASIL, Constituição da República Estados Unidos do Brasil /91 - DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891 – Site do Planalto (2022, p.16-18)

podendo julgar os componentes do STF³³ nos atos delitivos de mandato, e para a Suprema Corte, o de julgar os juízes federais inferiores e conseqüentemente o Presidente e os agentes ministeriais nos delitos ordinários e de múnus do Artigo 59, II, a partir daí foi sustentado este instituto pelas constituições.³⁴

Em 1934, houve incremento ao foro privilegiado atinente à admissão de juízes especiais, conforme natureza do Artigo 113 § 25 desta Constituição, ampliando o direito distinto de julgamento, para ministros, embaixadores, presidente da república e juízes de tribunais.³⁵

A Constituição de 1937, nada citou sobre o foro privilegiado, apenas foi sancionado o benefício da prerrogativa, inclusive aos Ministros do STF¹⁰ e a juízes estaduais.³⁶

Já a de 1946, sendo mais conservacionista ao texto vigente anterior: "não irá haver foro privilegiado", Artigo 141, § 26, e assim, com pequeno redirecionamento foi incluso a possibilidade de foro especial aos juízes do STF¹⁰, dos TRT³⁷, dos chefes de missão diplomática e dos Tribunais de Justiça Estaduais de forma definitiva. Já na esfera estadual, ficou entendido que juízes de instâncias inferiores poderiam serem processados e julgados pelo TJ³⁸.³⁹

Em 1967, a Constituição Militar manteve igual orientação de modo redundante, art. 150, § 15, outorgada durante a ditadura militar, fundamentalmente, sustentou a quantidade de pessoas com benefício do foro, para os ministros do tribunal de contas, majorando na esfera estadual.¹⁶

Ao proclamar a Constituição considerada democrática e cidadã, a Assembleia Nacional Constituinte em 1988, sustentou os direitos e garantias primordiais, o

33 Supremo Tribunal Federal.

34 Artigos 57 e 59, BRASIL, Constituição da República Estados Unidos do Brasil /91 - DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891 – Site do Planalto (2022, p.12).

35 Artigo 113, BRASIL, Constituição da República Estados Unidos do Brasil /34 - DE 16 DE JULHO DE 1934 – Site do Planalto (2022, p.28).

36 FILHO, Newton Tavares. Foro Privilegiado: Pontos Positivos e Negativos, 2016, p.5-6.

37 Tribunal Regional do Trabalho.

38 Tribunal de Justiça.

39 FILHO, op. cit., p.7.

impedimento de juízo ou tribunal de exceção, ancorados no Artigo 5º, inciso XXXVII, entretanto deu início a possibilidade de foro especial.⁴⁰

Considerada uma das mais importantes, a CRFB/8841 prognosticou o foro privilegiado, expandindo bônus a outros membros dos três poderes e em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, contribuiu para que essa ampliação fosse concedida também a ex-políticos.⁴²

Também a Lei Maior inovou em vigorar sobre prerrogativa constitucional pelo Artigo 53, § 1º, para Deputados Federais e Senadores ao serem diplomados, são contemplados com julgamento exclusivamente pelo STF⁴³. E no Artigo 102, § 1º "c", também fica a cargo desta Suprema Corte processar e julgar originalmente, sem recursos, o presidente da República e seu respectivo vice, constituintes do Congresso Nacional, seus representantes e o Procurador Geral da República referente as ordinárias violações penais.⁴⁴

Assim, o Senado julgará apenas delitos de responsabilidade dos Ministros, Conselheiros, Advogados da União e Presidente do País. Já o STF¹⁴ irá julgar crimes comuns, na qual os autores são Comandantes da Marinha, Exército, Aeronáutica e Ministros dos tribunais de Contas e superiores.⁴⁵

Segundo Prazeres (2022), para aprimorar o entendimento do Artigo 53, § 1º da CRFB¹³, é mister se mencionar que um dos casos mais atuais e relevante do STF¹⁴ de grande repercussão midiática, o episódio do Deputado Federal Daniel Lucio Silveira do partido PTB-RJ⁴⁶, acusado de tentar impedir o exercício do Poder Judiciário e de ameaçar autoridades, em uma complexa polêmica entre a manumissão de enunciação e a imagem do STF.⁴⁷

Ainda de acordo com Prazeres (2022):

40 Artigo 5º, I, BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil /88 - DE 05 DE OUTUBRO DE 1988 – Site do Planalto (2022, p.2).

41 Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.

42 FILHO, Newton Tavares. Foro Privilegiado: Pontos Positivos e Negativos, 2016, p.19.

43 Supremo Tribunal Federal.

44 FILHO, op.cit., p.8.

45 Ibid., loc. cit.

46 Partido Trabalhista Brasileiro/ Rio de Janeiro.

47 PRAZERES, Leandro. De liberdade de expressão a imagem do STF: o que está em jogo no julgamento de Daniel Silveira. Da BBC News Brasil em Brasília, 2022, p.2

O caso do Deputado Federal Daniel Lucio Silveira é visto como um dos mais importantes do STF nos últimos meses e fez com que o tribunal montasse um esquema especial de segurança. Mas além de envolver um deputado federal, o que faz o julgamento de Daniel Silveira tão especial?

Especialistas ouvidos pela BBC News Brasil afirmam que o caso do parlamentar poderá ter repercussões tanto no campo jurídico quanto no universo político.⁴⁸

Também evidencia Prazeres (2022), que para os especialistas este caso terá atenção dos ministros por enfrentar quatro pontos delicados no seu julgamento.

Segundo eles, esse caso chama tanto atenção porque os ministros e ministras terão que enfrentar quatro pontos delicados no julgamento: limites da liberdade de expressão; até onde vai a imunidade parlamentar; como lidar com um caso em que o tribunal é vítima e julgador ao mesmo tempo; e quais os limites da tensão entre o STF e a militância bolsonarista.⁴⁹

Além disso, Prazeres (2022), discorre sobre os limites da liberdade de expressão e imunidade parlamentar.

Um dos pontos mais sensíveis do caso é o fato de que, em um ambiente político extremamente polarizado, o STF terá que discutir quais os limites da liberdade de expressão.

O julgamento também vai delimitar até onde vai a imunidade parlamentar prevista na Constituição Federal. Segundo ela, deputados e senadores são "invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos". Em tese, isso quer dizer que os parlamentares não podem ser punidos por expressarem suas opiniões no exercício dos seus mandatos.⁵⁰

48 PRAZERES, Leandro. De liberdade de expressão a imagem do STF: o que está em jogo no julgamento de Daniel Silveira. Da BBC News Brasil em Brasília, 2022, p.2.

49 Ibid., p.2.

50 Ibid., p.5.

Assim sendo, faz-se mister afirmar que o Foro Privilegiado é instituído, não pelo motivo do agente público, e sim na implicação de cargo e função desempenhada por ele.

Contudo, nesta ordenança, busca-se o entendimento no cenário histórico deste instituto, bem como seus fatores viabilizadores e constitutivos na presente perspectiva constitucional.

2 FORO ESPECIAL: POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

O foro privilegiado no ambiente da ciência jurídica, existe no Brasil desde o império, como uma forma de garantir os privilégios a grupos de pessoas, em razão da sua fortuna, do seu berço. Estes agentes detetores do benefício contam com magistrados exclusivos que faz parte de um sistema banido do ambiente do direito. Em relação ao que o direito considera o foro prerrogativa, isto é, possibilidade de alguns agentes públicos e autoridades serem julgadas por tribunais superiores, para garantir o exercício de sua liberdade de expressão, com a necessária proteção ao exercício desses cargos.⁵¹

A importância do foro privilegiado ou mais tecnicamente, foro especial, jaz na ocorrência de um indivíduo ao exercer certa função social relevante, ser necessário aos tribunais que correspondam a esta função social para julgarem os casos que envolvam este indivíduo e somente estes superiores tribunais correspondentes possuem a competência e o acesso necessário para compreender as situações às quais estão submetidas.⁵²

Uma apreciação demonstrativa sobre o foro privilegiado que não corresponda ao seu objetivo intrínseco, quando se busca subsidio na justiça militar, diferente da justiça civil, não compreende o contexto na qual aquelas situações ocorram, sendo imprescindível que incida uma justiça específica para lidar com as especialidades circunstanciais.⁵³

Na esfera do foro especial, há uma judiciosa identidade dedicada a hierarquia e relevâncias das funções exercidas por certos cargos, correspondendo assim o foro necessário com instância correspondente ao nível hierárquico deste cargo. No caso do poder legislativo, para os 513 deputados federais e 81 Senadores que por ventura tenham cometidos atos delitivos, crimes comuns, serão julgados pelo STF⁵⁴, sabendo que o processo volta para sua fase inicial se os mesmos abstiverem ou perderem o ditame.

51 FILHO, Newton Tavares. Foro Privilegiado: Pontos Positivos e Negativos, 2016, p.4.

52 Ibid., p.5.

53 JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. Consultor Legislativo da Área I Direito Constitucional, Eleitoral, Municipal, Direito Administrativo, Processo Legislativo e Poder Judiciário. Biblioteca Digital Câmara dos Deputados, 2007, p.3-6.

54 Supremo Tribunal Federal.

Segundo pesquisa realizada pela AMB55 2007, informações envolvendo autoridades públicas e políticos revelam desmesurada morosidade em ajuizar e a deficiência de condenação de grande número dos réus ou acusados com esse tipo de privilégio no STF.⁵⁶ A então presidente do STF57 em 2006, Ministra Ellen Gracie, enfatiza que o foro especial não colabora com o aumento de impunidade no Brasil e que todos os processos são enviados ao Supremo sem passar por outras Instâncias e com possibilidade de haver celeridade no julgamento. Criticou ainda a pesquisa, dizendo que a dificuldade encontrada em julgar esses processos em um período compreendido entre 1988 a 2002, uma vez que o CN58 detinha a competência em autorizar a instaurar litígios versus aos dirigentes oficiais do SFT.⁵⁹

Também, alusivo a dita pesquisa, com temática no Diagnóstico da Impunidade, é possível constatar contra detentores de foro especial, várias ações penais. Na Corte, entre dezembro de 1988 e junho de 2007, tramitaram mais de cem processos criminais contra autoridades com o foro especial e, neste lapso temporal, sem condenação alguma. Dentre estes processos, um terço, ainda tramitam e o remanescente, cerca de dois terços, quando não prescritos, nem retornados à 1ª instância pela exaurimento do cargo, houve absolvição. Já entre o período de maio de 1989 a junho de 2007, aproximadamente foram impetrados 500 pleitos delitivos, onde quinze por cento ainda tramitam e apenas um por cento houve condenação. O restante, quando não prescritos, nem remetidos ao STF,²⁴ diversas aguardam autorização das Assembleias Legislativas para dar prosseguimento a lide.²⁷

Foro Privilegiado é um assunto bastante polêmico, já que pode ferir o princípio da igualdade e dentro de uma democracia todos devem ser considerados com esta isonomia tanto diante da Carta Magna, quanto a luz da CRFB60 que cita no seu Artigo 5º.

“Artigo 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

55 Associação dos Magistrados Brasileiros.

56 AMB, Juízes Contra a Corrupção - Diagnóstico do problema da impunidade e possíveis soluções propostas pela AMB, 06 DE JUNHO 2007.

57 SUPREMO Tribunal Federal.

58 Congresso Nacional.

59 GRACIE, Ellen. Entrevista: “foro privilegiado só dá uma chance de defesa” Revista Consultor Jurídico.

60 Constituição da República Federativa do Brasil.

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".⁶¹

Deputados Federais e Senadores, a partir do evento da diplomação até o término do mandato, serão submetidos a julgamento perante a Suprema Corte. A locução "infrações penais comuns" abrange todas as modalidades de infrações penais, incluindo os delitos eleitorais, os dolosos contra a vida e as contravenções penais.⁶²

A determinada competência para o ajuizamento em ensejo do foro privilegiado se rege pela tábula da atualidade de mandato. Logo, encerrado o exercício do mandato parlamentar, o STF63 deixará de figurar como Tribunal competente para o julgamento, devendo os autos serem remetidos à Justiça de 2º grau. Isso ocorre em virtude do cancelamento da Súmula 394 desta Corte.

Têm foro privilegiado no alusivo Tribunal de Justiça de Estado, de acordo com os delitos comuns criminais, inseridos na jurisdição da Justiça nível Estadual, incluindo-se aí os crimes contra a vida de forma dolosa, remetidos ao TRF64, se o dolo for em desfavor a empresa pública federal, entidade autárquica ou interesses da União, no que concerne a patrimônio e serviços. E no TRE65, quando este ato delitivo for pertinente desta esfera.

Quanto aos Vereadores, a Constituição não concedeu a eles prerrogativa de foro, entretanto, esta lacuna pode ser mitigada pelo Estado em suas Constituições, ao adjudicar reserva própria de competência processual e sentenciamento das infrações penais aos respectivos Tribunais de Justiça.

Diante do exposto, para avançar a compreensão dos agentes detentores do foro especial e dos órgãos julgadores, apresenta-se o quadro síntese de jurisdição deste instituto, conforme Tabela abaixo, ordenado pelo Digníssimo Renato Brasileiro apud NOBREGA, Rafaela.⁶⁶

Tabela - Quadro Síntese de Jurisdição⁶⁷:

61 Artigo 5º, I, BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil /88 - DE 05 DE OUTUBRO DE 1988 – Site do Planalto (2022, p.2).

62 NOBREGA, Rafaela. O foro de prerrogativa de função e a impunidade na realidade brasileira. Jus.com.br| Jus Navigandi, 2006, p. 7.

63 Supremo Tribunal Federal.

64 Tribunal Regional Federal.

65 Tribunal Regional Eleitoral.

66 NOBREGA, op. cit., p. 8.

67 Ibid, p. 8-10.

FUNÇÃO	ESPÉCIE DE INFRAÇÃO	ÓRGÃO JURISDICIONAL E BASE LEGAL
Presidente da República	Crime comum	STF, CRFB, Artigo 102, I, "b".
	Crime de responsabilidade	Senado Federal, CRFB, art. 52, I.
Vice Presidente	Crime comum	STF, CRFB, Artigo 102, I, "b".
	Crime de responsabilidade	Senado Federal, CRFB, Artigo 52, I.
FUNÇÃO	ESPÉCIE DE INFRAÇÃO	ÓRGÃO JURISDICIONAL E BASE LEGAL
Deputados Federais e Senadores	Crime comum	STF, CRFB, Artigo 102, I, "b".
	Crime de responsabilidade	Casa correspondente, CRFB, Artigo 55, § 2º.
Ministros do STF	Crime comum	STF, CRFB, Artigo 102, inc. I, "b".
	Crime de responsabilidade	Senado Federal, CRFB, Artigo. 52, II.
Procurado Geral da República	Crime comum	STF, CRFB, Artigo 102, I, "b".
	Crime de responsabilidade	Senado Federal, CRFB, Artigo 52, II.
Membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do MP	Crime comum	Dependente do cargo
	Crime de responsabilidade	Senado Federal, CRFB, Artigo 52, II.
Ministros do Estado e Comandantes da	Crime comum	STF, CRFB, Artigo 102, I, "c".
	Crime de responsabilidade	STF, CRFB, Artigo 102, I, "c".

Marinha, do Exército e da Aeronáutica.	Crime conexo com o Presidente da República	Senado Federal, CRFB, Artigo 52, I.
Advogado Geral da União	Crime comum	STF, CRFB, Artigo 102, I, "b".
	Crime de responsabilidade	Senado Federal, CRFB, Artigo 52, II.
Membros dos Tribunais Superiores (STJ/ TSE/ STM/ TST), do Tribunal de Contas da diplomática de caráter permanente	Crime comuns e Crime de responsabilidade.	STF, CRFB, Artigo 102, I, "c".
Governador de Estado	Crime comum	STJ, CRFB, Artigo 105, I, "a".
	Crime de responsabilidade	Tribunal Especial, Lei nº 1.079/1950, Artigo 78.
Vice – Governador de Estado	Crime comuns e Crime de responsabilidade.	Depende da Constituição Estadual, em regra, TJ.
Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do DF	Crime comuns e Crime de responsabilidade.	STJ, CRFB, Artigo 105, I, "a".
Desembargadores Federais (membros dos TRF's), membros dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho.	Crime comuns e Crime de responsabilidade.	STJ, CRFB, Artigo 105, I, "a".
Membros dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios	Crime comuns e Crime de responsabilidade.	STJ, CRFB, Artigo 105, I, "a".
Membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.	Crime comuns e Crime de responsabilidade.	STJ (CF, art. 105, inc. I, "a")
Deputados Estaduais	Crime comum	Dependente da Constituição Estadual (em regra, TJ)

	Crime de responsabilidade	Assembleia Legislativa do Estado
	Crime federal	Tribunal Regional Federal
	Crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral
Juizes Federais, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho	Crime comuns e Crime de responsabilidade.	STJ (CF, art. 108, inc. I, "a")
	Crime eleitoral	TRE
Membros do Ministério Público da União (MPM/ MPT/ MPDFT/ MPF) que atuam na 1ª instancia.	Crime comuns e Crime de responsabilidade.	STJ (CF, art. 105, inc. I, "a")
	Crime eleitoral	TRE
Juizes Estaduais e do Distrito Federal (inclusive Juizes de Direito do Juízo Militar e membros dos Tribunais de Justiça Militar)	Crime comuns e Crime de responsabilidade.	STJ (CF, art. 96, inc. III)
	Crime eleitoral	TRE
FUNÇÃO	ESPÉCIE DE INFRAÇÃO	ÓRGÃO JURISDICIONAL E BASE LEGAL
Procurador Geral de Justiça	Crime comuns	STJ (CF, art. 96, inc. III)
	Crimes de responsabilidade	Poder Legislativo Estadual ou Distrital (CF, art. 124, § 4º)
Membros do Ministério Público Estadual (Promotores e Procuradores de Justiça)	Crime comuns e Crime de responsabilidade	STJ (CF, art. 96, inc. III)
	Crime eleitoral	TRE
Prefeitos	Crime comum	STJ (CF, art.29, X)
	Crime de responsabilidade	Câmara dos Vereadores (CF, art. 31)

	Crime Federal	TRE
	Crime eleitoral	TRE

Fonte: BRASILEIRO, Renato apud NOBREGA, Rafaela 68, 2006, adaptado por Dolva Curcino.

2.1 Foro Privilegiado para Congressistas, Deputados Federais e Senadores.

Na perspectiva do Artigo 53, § 1.º, da CRFB, Senadores e Deputados Federais, desde da data da diplomação, cabe ao STF o seu julgamento, pela atuação em qualquer espécie de delito, seja contra a vida, eleitorais, de caráter comum stricto sensu penal e contravenções penais.⁶⁹

Quanto aos Deputados Federais e Senadores, a partir da expedição do diploma até o término do mandato, serão submetidos a julgamento perante o STF⁷⁰. Corte esta, que representa o juiz natural dos participantes do CN71 a partir da diplomação, tanto para as infrações penais comuns que ocorram após esta data, ocasião em que o processo se instaura perante esta, bem como para as ocorridas anteriormente à expedição do diploma, circunstância em que os autos se iniciaram nas instâncias ordinárias são deslocados para a Suprema Corte.⁷²

Para Gomes, 2017,

Se o fato delituoso foi cometido após a diplomação até mesmo o inquérito será conduzido pelo STF⁴⁷: desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento da denúncia, tudo tramitará sob os cuidados da Corte, sendo possível até mesmo a utilização da reclamação ou por usurpação de competência em havendo descumprimento dessa determinação.⁷³

Desta forma, quando o delito houver sido praticado em data anterior à diplomação e o processo tiver se iniciado perante as instâncias ordinárias, os atos já praticados

68 BRASILEIRO, Renato apud NOBREGA, Rafaela. O foro de prerrogativa de função e a impunidade na realidade brasileira. Jus.com.br| Jus Navigandi, 2006, p. 8-10.

69 Artigo 53, BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil /88 - DE 05 DE OUTUBRO DE 1988 – Site do Planalto (2022, p.39).

70 Supremo Tribunal Federal.

71 Congresso Nacional.

72 NOBREGA, op. cit, p. 7-8.

73 GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 13ª Edição Revista Atualizada e Ampliada. São Paulo Atlas, 2017.

reputam-se válidos, havendo, tão somente, o deslocamento da competência pra o STF⁷⁴. Por conseguinte, em havendo a regular eleição do investigado da ação penal ou réu no curso do inquérito policial, sua diplomação implicará na remessa dos autos, no estado em que se encontrarem à Corte Suprema, que dará continuidade ao *Writ*.⁷⁵

Quanto à extensão da elocução "infrações penais comuns", prevista no Artigo 102, I, "b", CRFB⁷⁶, pode-se concluir que abrange todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais, incluindo também atos delitivos contra a vida e as contravenções penais. Considerando que a determinação da competência para o julgamento em virtude do foro especial ser conduzido pelo regimento da atualidade do mandato.⁷⁷

Em se tratando de infração penal comum cometida pelo congressista no curso do mandato, esteja tal ato relacionado ou não com o exercício das funções parlamentares, enquanto durar o mandato, o órgão competente para efetivar o processamento será o STF³². Ao término do mandato parlamentar e conseqüentemente finalizada a prerrogativa de foro, deixará este Tribunal de figurar como competente para o julgamento, devendo os autos serem remetidos à Justiça de 1º grau, isso ocorre em virtude do cancelamento da citada Súmula 394.³⁴

Esta Súmula, aprovada em 08 de maio de 1964, previa que se o crime fosse praticado durante o curso do mandato parlamentar, prevaleceria a competência privilegiada, mesmo que em se tratando de ação penal fossem iniciadas após o término da prática parlamentar.⁷⁸

A mesma foi revogada aos 25 dias do mês de agosto de 1999, baseada no princípio da isonomia e do ideal básico republicano de que todos devem estar sujeitos a um mesmo juízo. Outra perspectiva orientada pela Corte foi o reconhecimento na superável súmula,

74 Supremo Tribunal Federal.

75 JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. Consultor Legislativo da Área I Direito Constitucional, Eleitoral, Municipal, Direito Administrativo, Processo Legislativo e Poder Judiciário. Biblioteca Digital Câmara dos Deputados, 2007, p.4.

76 Constituição da Republica Federativa do Brasil.

77 JUNIOR, op. cit., p.5-6.

78 Ibid., p.6-7.

em que o benefício do foro busca resguardar-se na conduta de atribuição parlamentar e não o indivíduo que o exerce, tampouco aquele que já deixou de cumpri-lo.⁷⁹

Com a extinção da Súmula, os ex-presidentes, os ex-Governadores, os ex-ministros de Estado, os ex-prefeitos, os ex-Deputados estaduais ou federais e os ex-Senadores, que cometeram delitos durante o mandato, serão processados e julgados pelas instâncias ordinárias da justiça comum e não mais pelo STF⁸⁰. Nesse sentido, deixou de ter aplicabilidade a "regra da contemporaneidade" do crime comum com a vigência do mandato, que preceituava a perpetuação da competência daquele foro especial para o julgamento dos atos delituosos contemporâneos ao mandato, independentemente de quando se instaurava ou finalizava a ação.⁸¹

Também é mister salientar a mudança ao Artigo 84 do CPP82, com a Lei 10.628/02, como já visto, que a competência será do STF alusivos a infração durante o mandato da função parlamentar, sem necessidade de requerer autorização à Casa respectiva para a iniciação da ação, satisfazendo a indispensável ciência ao Legislativo, que tem poder de encerramento desta.⁸³

A luz do Artigo 84, CPP⁴³, se o crime for cometido no período da trajetória do mandato, será instaurado o processo, entretanto encerrado aquele, prosseguirá o julgamento no âmbito do STF⁴¹. Com a anulação da Súmula 394, faz o entendimento de que a competência deixa de ser desta Corte, pois a prática da função não existe mais.⁸⁴

Tendo a acentuada relevância de que determinadas funções na carreira pública se encerram para a estrutura republicana exigida em nossa Constituição, desde da Assembleia Constituinte que disciplinou o regimento de foros especiais para o tramite processual daquelas respectivas autoridades.

Os privilégios congressistas são benefícios que transcursam da efetiva função parlamentar, são prerrogativas da ocupação e não de garantias ao indivíduo. De tal modo,

79 JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. Consultor Legislativo da Área I Direito Constitucional, Eleitoral, Municipal, Direito Administrativo, Processo Legislativo e Poder Judiciário. Biblioteca Digital Câmara dos Deputados, 2007, p.6.

80 Supremo Tribunal Federal.

81 JUNIOR, op.cit., p.7.

82 Código Processo Penal.

83 JUNIOR, op.cit., p.8.

84 Artigo 84, BRASIL, Código de Processo Penal. Decreto- Lei Nº 3.689- DE 03 DE OUTUBRO DE 1941 – Site do Planalto (2022, p.15).

os suplementes não agraciados com as imunidades, inclusive o foro privilegiado, exceto ao assumirem o seu efetivo exercício do cargo.

Por conseguinte, o Suplente de Senador com sua interinidade é beneficiado com o foro de Competência para o STF85 nos julgamentos de ações penais, como exceção à regra dos Artigos 53, § 1.º, e 102, I, 'b', CRFB86. 87

Não será automaticamente estendido ao suplente que possuir diplomação, o regime político-jurídico dos parlamentares, por estabelecer um ordinário procedimento anterior e eficaz, a facultar a investidura efêmera ou definitiva na função, em situação de vacância permanente ou licença do titular.88

A luz do Artigo 27, § 1.º, CRFB⁶³, aos Deputados de cada Estado terão regras idênticas sobre a incorporação às Forças Armadas, impedimentos, licença, perda de mandato, remuneração, imunidades, inviolabilidade e o sistema eleitoral.89

Estas aludidas regras têm correspondência, falar em prisão, somente quando ocorrer o flagrante delito de crime sem fiança, devendo os autos serem remetidos à AL90 dentro de 24 horas, resolver através de votação da maioria dos membros, sobre uma possível prisão. Ao discorrer da alçada por prerrogativa de função, por exemplo, entenda-se a do TJ91, conforme a Lei Maior de cada Estado.

Ao enfatizar sobre a prática de crime comum após a diplomação, este tribunal tem atribuição de inicializar o processo inerente a precedente a autorização da Assembleia Legislativa, com tudo dará ciência, sendo que o Poder Legislativo do Estado tem poder de paralisar a ação pelo voto majoritário dos constituintes.

Afinal, nota-se definitivamente assegurada a prerrogativa de Deputados Estaduais, sem possibilidade de violação civil por incidência de qualquer opinião, palavra ou voto. Em

85 Supremo Tribunal Federal.

86 Constituição da Republica Federativa do Brasil.

87 Artigo 53, BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil /88 - DE 05 DE OUTUBRO DE 1988 – Site do Planalto (2022, p.59).

88 STF, Inq 2453 AgR / MS, Ibid, p.1.

89 Artigo 27, BRASIL, op.ct., p.39.

90 Assembleia Legislativa.

91 Tribunal de Justiça.

analogia aos parlamentares federais, ancorada na EC nº 35/2001, inexistente privilégio formal para atos delitivos cometidos anterior a diplomação.⁹²

De acordo com o Artigo 29, VIII, CRFB93, como já visto:

Os Municípios reger-se-ão por lei orgânica, que deverá obedecer, dentre outras regras, à da inviolabilidade dos Vereadores também das suas opiniões e votos enquanto exercício do seu mandato e na circunscrição do Município. Ou seja, o Vereador Municipal somente terá imunidade material, excluindo-se a responsabilidade penal e a civil, desde que o ato tenha sido praticado em ofício e na circunscrição municipal, não lhe tendo sido atribuída a imunidade formal ou processual.⁹⁴

Referindo-se a Vereador, mesmo fora da Câmara do Município, desde que nos perímetros do território Municipal a que se encontra eleito, sua inviolabilidade constitucional no exercício da atividade legislativa se estende a votos, palavras e opiniões por ele prolatados.⁹⁵

Este privilégio político bem como, jurídico dos Vereadores por exemplo, em termos de responsabilidade penal, incide de maneira ampla, naqueles casos que as declarações injuriosas foram pronunciadas na esfera da Casa de leis será absoluta a inviolabilidade constitucional.⁹⁶

Ademais, com fulcro no Artigo 29, IX, disposto na CRFB97, também a lei orgânica deverá esta sintonizada as vedações e incompatibilidades, na prática da vereança, análogas no que for possível cabimento às disponibilizadas aos membros do CN98, bem como à Constituição Estadual, para os componentes da Assembleia Legislativa.⁹⁹

92 BRASIL, Emenda Constitucional nº 35/2001 - DE 20 DE DEZEMBRO DE 2001 – Site do Planalto (2022, p.1).

93 Constituição da República Federativa do Brasil.

94 Artigo 29, BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil /88 - DE 05 DE OUTUBRO DE 1988 – Site do Planalto (2022, p.20).

95 STF, RE 600063/ SP. AI 631.276/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.g., 2001.

96 STF. AI 818.693/ MT, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, 2011.

97 Constituição da República Federativa do Brasil.

98 Congresso Nacional.

99 Artigo 29, BRASIL, op. cit., loc. cit..

Quanto às imunidades parlamentares sigilosa na fonte, de acordo com o Artigo. 53, § 6.º, da EC n. 35/2001, *in verbis*: “Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações”.¹⁰⁰

Uma vez que, como incorporação, às Forças Armadas de Senadores e Deputados, alude o Artigo 53, § 7.º, da EC n.35/2001: “A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva”.⁵⁵

Como também a luz do Artigo 53, § 8.º, da EC n.35/2001:

Imunidades durante a vigência de estado de sítio e de defesa: como regra geral, durante a vigência desses estados de anormalidade, os parlamentares não perdem as imunidades, somente enquanto durar o estado de sítio as imunidades poderão ter suspensão, isso com o voto de 2/3 de membros da Casa referente, isso nos delitos cometidos fora de ambiente do CN, e estejam conflitantes com o cumprimento da medida.⁵⁵

Verbum gratia, um parlamentar, no exercício do mandato, com a devida diplomação, por ventura venha cometer um crime, recebida a denúncia pelo STF101, prossegue-se com a ciência ao Parlamento, há sustação do andamento da ação. O deputado acusado faz questão de ser processado para provar a sua inocência. Como as imunidades parlamentares dizem respeito ao cargo que ocupa e não à pessoa, a maneira que o parlamentar encontrará para provar a sua inocência será esperar o término do mandato, ou renunciar de imediato, já que a imunidade é irrenunciável.¹⁰²

Como as imunidades parlamentares são irrenunciáveis, não da figura do parlamentar, mas por decorrerem da função exercida. Conforme assinalou Celso de Mello, do STF, Inq. 510 DF:

100 BRASIL, Emenda Constitucional nº 35/2001 - DE 20 DE DEZEMBRO DE 2001 – Site do Planalto (2022, p.1).

101 Supremo Tribunal Federal.

102 FILHO, Newton Tavares. Foro Privilegiado: Pontos Positivos e Negativos, 2016, p. 15.

A imunidade parlamentar atua, no âmbito normativo delineado pela CRFB¹⁰³, dando condições e garantias de independência do Legislativo, possível destino, atenua e estende-se ao congressista, ainda que não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste.
104

O que se refere a imunidade própria ao Poder legislativo, por decoro institucional e que somente é concedido ao congressista *ratione muneris*, em incumbência do cargo e em concessão de poderes que exerce. E por esse ensejo não se perfilha ao congressista a faculdade de renunciar em contexto de privilégio parlamentar. Versar-se de segurança institucional deferida ao CN.¹⁰⁵

3 CONCLUSÃO

Ao se tratar do estudo sobre o Foro Privilegiado, depara-se com um assunto polêmico no meio jurídico, político e social, pela notória existência de pontos positivos e negativos, em um ambiente de opinião pública que questiona o instituto, pelas denúncias de corrupção por gestores públicos protegidos pelo o foro privilegiado, amplamente explorado pelos meios midiáticos.

Tema este bastante polêmico na sociedade, possibilitando uma compreensão de que sua criação teve a finalidade de resguardar alguns detentores de cargos públicos e evitar que sejam propensos na busca de interesses superiores a decisões condenatórias.

Na realidade, o que se almeja é contribuir para uma sociedade mais justa e menos corruptível. Contudo, se a leis devem ser iguais para todos, então o cumprimento da democracia poderia ser questionado diante da sua infração cometida pelos detentores públicos e seus agentes estadistas.

Nesse contexto, diversos especialistas analisam o referido foro como fator essencial para o aumento da corrupção no Brasil, colocando em situação especial aos demais cidadãos, infringindo o direito de igualdade entre as pessoas.

Estes acreditam que a situação política e eleitoral é importante para aqueles que utilizam o foro privilegiado em seu benefício próprio, servindo este como escudo para

103 Constituição da República Federativa do Brasil.

104STF. Inq 510/ DF, Relator: CELSO DE MELLO, data do julgamento:01/02/91, TRIBUNAL PLENO, data de publicação: DJ 19-04-91 PP-04581 ELEMENT VOL- 01616-01 PP 00086 RTJ VOL-00135-02 PP – 00509.

105 FILHO, op. cit., 23.

praticar atos de corrupção sem a devida investigação, quem sofre com toda a situação é a população que é penalizada com as mais variadas informações contrapostas entre si.

Ao concluir este estudo, pode parecer descabido buscar a igualdade Aristotélica com a vigência, Legislativo, do Foro por Prerrogativa de Função, conhecido no senso comum como “Foro Privilegiado”, imbuída de proteção a estas autoridades de mais alto escalão. Ocorre que, estas autoridades são, as mais das vezes, vítimas de denúncias, acusações, processos, prisões, em grande parte com cunho duvidoso, levando vulnerabilidade a estas pessoas públicas, merecendo, portanto, o devido amparo legal.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMB, **Juízes Contra a Corrupção** - Diagnóstico do problema da impunidade e possíveis soluções propostas pela AMB, 06 DE JUNHO 2007. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_stf.pdf. -Acessado em: 08/09/2021.

BRASIL, Código de Processo Penal. **Decreto- Lei Nº 3.689**- DE 03 DE OUTUBRO DE 1941 – Site do Planalto (2022, p.15). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm.- Acessado em: 23/03/2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil /24** - DE 25 DE MARÇO DE 1824 – Site do Planalto (2022, p.13). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. - Acessado em: 22/03/2022.

BRASIL, **Constituição da República Estados Unidos do Brasil /91** - DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891 – Site do Planalto (2022, p.12-18). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.- Acessado em: 22/03/2022.

BRASIL, **Constituição da República Estados Unidos do Brasil /34** - DE 16 DE JULHO DE 1934 – Site do Planalto (2022, p.28). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. - Acessado em: 22/03/2022.

BRASIL, **Constituição da República Estados Unidos do Brasil /37** - DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937 – Site do Planalto (2022, p.1-33). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. - Acessado em: 23/03/2022.

BRASIL, **Constituição da República Estados Unidos do Brasil /46** - DE 18 DE SETEMBRO DE 1946 – Site do Planalto (2022, p.33). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. - Acessado em: 23/03/2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil /67** - DE 24 DE JANEIRO DE 1967 – Site do Planalto (2022, p.39). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. - Acessado em: 23/03/2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil /88** - DE 05 DE OUTUBRO DE 1988 – Site do Planalto (2022, p.2-59). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm - Acessado em: 23/03/2022.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 35/2001** - DE 20 DE DEZEMBRO DE 2001 – Site do Planalto (2022, p.1). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm - Acessado em: 19/03/2022.

CAMPOS, Matheus Cerqueira; LOPES, José Alexandre; DANTAS, Vitor Bezerra. **Foro Privilegiado**, Direito UNIFACS – Debate Virtual, ed. nº 238 (2020). Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6736>. – Acessado em: 18/03/2022.

CONSTITUIÇÃO (1988)- **Constituição da República Federativa do Brasil**/ organizado por Cláudio Brandão de Oliveira – 10ª ed. – Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

FILHO, Newton Tavares. **Foro Privilegiado**: Pontos Positivos e Negativos, 2016.

Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/28740/foro_privilegiado_tavares.pdf?sequence=1. – Acesso em: 10/10/21.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. **13ª Edição Revista Atualizada e Ampliada**. São Paulo Atlas, 2017.

GRACIE, Ellen. Entrevista: **“foro privilegiado só dá uma chance de defesa”** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-mai-01/ellen_foro_privilegiado_chance_defesa >. - Acesso em: 20/05/2013.

JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. **Consultor Legislativo da Área I Direito Constitucional, Eleitoral, Municipal, Direito Administrativo, Processo Legislativo e Poder Judiciário**. Biblioteca Digital Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1284/foro_prerrogativa_amandi_no.pdf?sequence=4. – Acesso em: 20/05/2021.

LENZA, Pedro Lenza. **revista, atualizada e ampliada 16ª Edição. Saraiva**. São Paulo, 2012.

NOBREGA, Rafaela. **O foro de prerrogativa de função e a impunidade na realidade brasileira**. Jus.com.br| Jus Navigandi, 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/50058/o-foro-de-prerrogativa-de-funcao-e-a-impunidade-na-realidade-brasileira> - Acesso em 05/04/22.

PRAZERES, Leandro. **De liberdade de expressão a imagem do STF: o que está em jogo no julgamento de Daniel Silveira**. Da BBC News Brasil em Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-61158216> - Acesso em: 28/04/22.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: <https://direitosbrasil.com/foro-privilegiado-o-que-e-e-uma-vantagem/>. -Acesso em 20/05/2021 as 18:35.

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/10/10/foro-especial-comecou-na-constituicao-de-1988>

STF. Inq 2453 AgR / MS - **Mato Grosso do Sul Ag. Reg. no Inquérito**, 2007. <https://jurisprudencia.juristas.com.br/jurisprudencias/post/stf-inq-2453-agr-ms-mato-grosso-do-sul-ag-reg-no-inq3a9rito>. – Acesso em: 20/11/21.

STF. RE 600063/ SP. **AI 631.276/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.**, 2001. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8453163&pgI=46&pgF=50>. – Acesso em: 19/10/21.

STF. **AI 818.693/ MT, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática**, 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22925435/agravo-de-instrumento-ai-818693-mt-stf>. – Acesso em: 21/10/21.

STF. **Inq 510/ DF, Rel. Min. Celso de Mello**, data do julgamento:01/02/91, TRIBUNAL PLENO, data de publicação: DJ 19-04-91 PP-04581 ELEMENT VOL- 01616-01 PP 00086 RTJ VOL-00135-02 PP – 00509. Disponibilizado em:



www.conteudojuridico.com.br

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752262/inquerito-inq-510-df>. – Acesso em: 19/10/21.

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO ENCARCERADO

BRUNO FRANCISCO LESSA ARAÚJO:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Dom Pedro II campus Barreiras-BA.

LILIAN CASTRO DE OLIVEIRA

(orientadora)

RESUMO: A presente Monografia tem como objetivo realizar uma análise minuciosa acerca do processo de ressocialização dos encarcerados diante da atual realidade do sistema prisional brasileiro. Serão apresentados os principais problemas inseridos nos estabelecimentos prisionais, sobretudo com ênfase ao grande problema da superlotação. Apresentará desde os aspectos históricos da origem e evolução da pena privativa de liberdade até a abordagem dos direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, veremos algumas alternativas plausíveis para a concretização da efetiva ressocialização do apenado.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Ressocialização. 2. Sistema Prisional Brasileiro. 3. Superlotação. 4. Pena Privativa de Liberdade.

ABSTRACT: This Monograph aims to conduct a thorough analysis of the process of resocialization of prisoners in the face of the current reality of the Brazilian prison system. The main problems inserted in prisons will be presented, especially with emphasis on the great problem of overcrowding. It will present from the historical aspects of the origin and evolution of the custodial sentence to the approach to the rights and guarantees provided for in the national legal system. Finally, we will see some plausible alternatives for the realization of the effective resocialization of the convict.

KEYWORDS: 1. Resocialization. 2. Brazilian Prison System. 3. Overcrowding. 4. Private Penalty of Freedom.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEPÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO. 2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA. 2.1.1 Fases da pena. 2.1.2 Sistemas penitenciários clássicos. 3 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. 3.1 REALIDADE CARCERÁRIA. 3.2 O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO. 4 DIREITOS E GARANTIAS LEGAIS DO ENCARCERADO.

4.1 DIREITOS E GARANTIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 4.2 DIREITOS E GARANTIAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. 5 DO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO ENCARCERADO. 5. 1 ALTERNATIVAS PLAUSÍVEIS PARA O PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

A presente monografia fora elaborada através de pesquisas minuciosas acerca do tema Sistema prisional brasileiro: Uma análise do processo de ressocialização do encarcerado, contendo um sumário no qual apresentou tópicos pertinentes aos aspectos históricos da origem da pena privativa de liberdade, principais garantias legais previstas na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execuções Penais, além dos principais problemas eminentes do atual século que os presos enfrentam no Brasil bem como algumas alternativas plausíveis para o processo de ressocialização dos indivíduos encarcerados.

A escolha do tema obteve relevância para a elaboração do presente trabalho de conclusão de curso por se tratar de assunto pertinente ao interesse público, mormente no que tange a abordagem aos inúmeros problemas vivenciados dentro do cárcere oriundos da superlotação nos estabelecimentos prisionais em todo o território nacional. Com base nisso, vale ressaltar que a pesquisa apresentou dados do Ministério da Justiça, apresentados na Comissão Parlamentar de Inquérito, criada no ano de 2015, além de dados extraídos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, a fim de que possa ser mais bem esclarecido o quão grave e crítico encontra-se a atual realidade dos indivíduos, que tiveram a liberdade restrita em virtude dos efeitos da sentença condenatória, diante dos inúmeros problemas inseridos no cárcere.

Ademais, a pesquisa adotou a metodologia Dialética, baseada na exploração de artigos científicos, pesquisas por sites e biografias de grandes autores. Contou com o auxílio das literaturas de autoria do Ilustríssimo Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais e Doutrinador do direito penal Rogério Greco bem como da competente advogada criminalista e professora, Jilia Diane Martins, além da importante consulta as lições do Tratado de Direito Penal de Cezar Roberto Bitencourt.

Tem como objetivo geral analisar o processo de ressocialização dos presos no Brasil, a fim de obter uma noção do percentual que efetivamente saem ressocializados do sistema prisional, os principais problemas pelos quais impedem com que isso ocorra além do estudo de propostas viáveis para contribuir no processo de ressocialização, apresentando, assim, algumas alternativas em resposta ao problema

da pesquisa: Quais as soluções cabíveis a serem analisadas dentro do sistema prisional brasileiro para que o encarcerado possa voltar novamente ao convívio social?

Dessa forma, a presente monografia buscará, também, contribuir ao público acadêmico com a apresentação de fundamentos legais acerca da desumanização vivenciada cotidianamente nas penitenciárias em todo o território nacional brasileiro, buscando sempre a conscientização pela luta da efetivação dos Direitos Humanos e garantias legais constitucionais.

Assim, nunca será demais salientar: O indivíduo condenado a uma pena privativa de liberdade terá somente a este direito restrito, devendo ser preservado os seus demais direitos como pessoa humana dentro do Estado Democrático de Direito.

2. CONCEPÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO¹⁰⁶

Segundo Corsi (2016), embora não há como determinar precisamente o período inicial do sistema punitivo, acredita-se que a ideia da aplicação da pena começou a ser imposta na antiguidade, sobretudo nas sociedades primitivas, possuindo destaque ao seu caráter repressivo no que tange ao castigo físico daqueles indivíduos que infringiam as ordens estipuladas por determinado clã.

Assim, percebe-se que a ideia de punição por meio da aplicação da pena predomina desde os primórdios, o que leva a acreditar que se tornou um fator inerente a vida humana em sociedade.

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA

De acordo com os ensinamentos de Greco (2017, p. 16) “A palavra ‘pena’ provém do latim *poena* e do grego *poiné* e tem significado de infligência de dor física ou moral ao transgressor de uma lei”.

Desde o início da história da civilização humana, sempre se fez presente a ideia de punição contra aqueles indivíduos nos quais desobedeciam as regras locais de convivência bem como a algum mandamento estabelecido pelo grupo (GRECO, 2017).

¹⁰⁶ A pena de prisão ou privativa de liberdade divide-se em três modalidades: Reclusão, para os crimes mais graves; Detenção, para os crimes menos graves; e Prisão Simples, para as contravenções penais, regidas pelo Decreto-Lei de nº 3.688/1941.

Com isso, tal punição era bastante rígida por se tratar de um sentimento de justiça à época, vez que o mal feito a alguém pertencente à mesma ou a outra comunidade acarretava na aplicação de castigo corpóreo, podendo a retaliação ser proporcional ou não ao mal praticado, conforme pensamento exposto abaixo:

A pena, em sua origem, nada mais foi que vindita, pois é mais compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com a sua justiça. Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário. Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nempor isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado (GRECO, 2017, P. 16 *apud* NORONHA, 2004).

Com isso, infere-se que nas sociedades primitivas os povos não possuíam sequer alguma legislação vigente na qual regulamentasse a aplicação de uma pena justa, tampouco não adotavam a ideia de proporcionalidade quanto à vingança exercida contra aquele que praticava algum mal aos habitantes da mesma tribo ou de outras tribos. Assim, tão somente estabeleciam regras culturais de convívio que determinava a aplicação de punição contra a integridade física do infrator.

Esta ideia de vingança predominava na antiguidade e tinha o caráter meramente vingativo, de maneira a qual poderia ser exercida não somente pela pessoa que tivesse sofrido o dano como também pelos seus parentes consanguíneos ou até mesmo pelo próprio clã a que pertencia (GRECO, 2017).

Além disso, vale destacar que o homem primitivo sofria também influência da religião. A crença aos deuses era um fator determinante para o exercício de suas atrocidades contra outros povos. A justificativa era de que estavam cumprindo ordens divinas para demonstrar que a ira dos deuses recaía sobre alguém. Sendo assim, expõe Bitencourt (2018, p. 82) "Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficis eram recebidos como manifestações divinas ("totem") revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação".

Logo, com base no exposto percebe-se que o período primitivo se destacou na história da humanidade pelas formas cruéis de punição, não existindo sequer nenhuma garantia jurídica aos infratores a época.

2.1.1 Fases da pena

Conforme já mencionado, de acordo com os historiadores a punição já prevalecia desde a época da antiguidade, como forma de retaliação ao mal praticado por outrem, não possuindo sequer a ideia de proporcionalidade.

De acordo com Bitencourt (2018, p. 82):

As diversas fases da evolução da vingança penal deixam claro que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas caracterizadores de cada um de seus estágios. A doutrina mais aceita tem adotado uma tríplice divisão, que é representada pela vingança privada, vingança divina e vingança pública, todas elas sempre profundamente marcadas por forte sentimento religioso/espiritual.

A primeira modalidade de pena resultou do período denominado vingança privada. Nesta fase o mal praticado por alguém estranho ao clã era retribuído pela vítima ou algum parente, ou até mesmo por outro integrante da mesma tribo, de forma mais letal e sem preocupação com o excesso da aplicação da violência. Com isso, os habitantes das tribos utilizavam, constantemente, desta modalidade de vingança o que ocasionava fortes batalhas, resultava em muitos derramamentos de sangue bem como na eliminação total de determinados grupos (BITENCOURT, 2018).

Outrossim, vale ressaltar também que de acordo com Bitencourt (2018), quando a violação a determinada regra fosse praticada por membro do próprio grupo, esse recebia como punição o banimento. Ou seja, o infrator era expulso da tribo na qual pertencia e ficava a mercê de ataques de outros grupos rivais.

Com o decorrer do tempo, a fim de evitar a completa destruição dos povos, surgiu na Babilônia, no Código de Hamurabi bem como na Lei das XII tábuas, a conhecida Lei de Talião (BITENCOURT, 2018). A presente legislação buscava não por um fim nos conflitos, mas sim trazer à tona o surgimento da ideia de proporcionalidade ao mal praticado contra as ações injustas, conforme preleciona também Bitencourt (2018).

Assim, o dilema “Olho por olho, dente por dente”, adotado pela referida lei, evidenciava-se uma autorização explícita para a retribuição a injusta agressão, todavia dentro dos parâmetros legais, devendo ter um controle na retaliação a fim de reduzir a diminuição da existência dos povos bem como das futuras gerações, proporcionando, assim, a humanização da sanção penal (BITENCOURT, 2018).

Além disso, o período da antiguidade fora marcado também pela fase da vingança divina. Período este que, de acordo com Greco (2017, p. 18) “Era o direito aplicado pelos sacerdotes, ou seja, aqueles que, supostamente, tinham um relacionamento direto com um deus e atuavam de acordo com sua vontade”.

Ademais, esclarece Greco (2017, p. 17/18 *apud* NORONHA, 2004):

Já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido. É o direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. Um dos principais Códigos é o da Índia, de Manu (Mânava, Dharma, Sastra). Tinha por escopo a purificação da alma do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. Dividia a sociedade em castas: brâmanes, guerreiros, comerciantes e lavradores. Era a dos brâmanes a mais elevada; a última, a dos sudras, que nada valiam. Revestido de caráter religioso era também o de Hamurabi. Aliás, podemos dizer que esse era o espírito dominante nas leis dos povos do Oriente antigo. Além da Babilônia, Índia e Israel, o Egito, a Pérsia, a China etc.

Com base nos pensamentos expostos, a referida fase da pena fora marcada pela influência do miticismo religioso. A crença aos deuses da época fazia com que o líder local de determinado território, denominado assim de sacerdote, utilizava-se desta modalidade de vingança como forma de aplicação de um castigo contra aqueles pelos quais recaía a ira dos deuses. Ou seja, utilizava-se da crença para sacrificar uma pessoa na sociedade primitiva.

Segundo expõe Greco (2017, p. 18):

As sociedades, nesse período, eram carregadas de miticismos e crenças sobrenaturais. Eventos da natureza, como chuvas,

trovões, terremotos, vendavais etc., podiam demonstrar a fúria dos deuses para com os homens e, para tanto, precisava ser aplacada, mediante o sacrifício humano. Alguém era apontado como culpado e, conseqüentemente, devia ser entregue aos deuses.

Nesta mesma linha de pensamento, destaca Bitencourt (2018, p. 83):

Esta fase, que se convencionou denominar fase da vingança divina, resultou da grande influência exercida pela religião na vida dos povos antigos. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido.

Com isso, infere-se, portanto, que a mencionada fase da pena demonstra o quão marcante e violenta fora a época dos povos primitivos, no Oriente antigo, vez que ao passo que não existia sequer uma ideia de proporcionalidade as retaliações, ou melhor, tal ideia começava a ser implementada após o advento da Lei de Talião, os sacerdotes, de acordo com Bitencourt (2018), tinha a delegação divina para a aplicação das penas cruéis e degradantes, cuja finalidade a purificação da alma do infrator como forma de castigo a infração cometida dentro do grupo social a que pertencia.

Vale destacar também, outra fase importante para a história do direito penal bem como da origem da pena: A vingança pública.

De acordo com Greco (2017, p. 18) "A vingança pública surge, nessa fase da evolução histórica do Direito Penal, e fundamentada na melhor organização social, como forma de proteção, de segurança do Estado e o do soberano".

Com isso, nota-se, inicialmente, que com o passar do tempo os povos antigos já estavam, aos poucos, adotando uma nova concepção sobre a pena, embora durante esta fase ainda possuísse forte ligação com as fases anteriores já mencionadas, de maneira que premominava veementemente a violência entre as tribos bem como a aplicação do castigo proveniente da crença aos deuses.

Além disso, segundo Bitencourt (2018), na Grécia antiga ainda manteve, por muito tempo, no primórdio, a influência do caráter religioso sob a aplicação da pena,

vindo somente a ter uma mudança significativa desta concepção a partir da contribuição de filósofos como Aristóteles e Platão, que trouxeram suas ideias acerca da finalidade da pena como meio de defesa social, além do livre-arbítrio do indivíduo.

Assim, pregava que a pena deveria possuir um caráter de advertência quanto ao cometimento de uma infração, o que diferentemente era visto na predominância da fase da vingança divina, pela qual os indivíduos simplesmente estavam sujeitos o castigo dos deuses.

Com base no exposto, percebe-se claramente que a ideia de aplicação de pena já se evidenciava, no primórdio, mormente nas sociedades primitivas, e não possuía sequer a modalidade de privação de liberdade como castigo ao mal praticado. As fases supramencionadas marcaram fortemente a história do direito criminal bem como da origem da pena.

2.1.2 Sistemas penitenciários clássicos

Com o avanço da modernidade, fora surgindo, por volta do final do século XVIII, os primeiros sistemas prisionais da história da humanidade pelos quais os indivíduos podiam cumprir a sua pena de forma mais tranquila sem a preocupação de serem entregues aos deuses tampouco atacados e mortos por outros grupos sociais rivais (GRECO, 2020).

Conforme destaca Greco (2017, p. 121):

Graças, principalmente, às ideias de Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham surgiram, no final do século XVIII e durante o século XIX, os primeiros sistemas penitenciários norte-americanos, que tinham por finalidade não somente a punição do condenado, retribuindo o mal que eles haviam praticado à sociedade com o cometimento da infração penal.

Neste diapasão, preleciona Bitencourt (2018, p. 173):

Esses sistemas penitenciários tiveram, além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, já referidas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdam, nos Bridwells ingleses, e em outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça. Estes estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como

também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia.

Com isso, percebe-se a partir dos pensamentos acima que o surgimento dos primeiros sistemas penitenciários trouxe, por um lado, a esperança de uma punição menos severa, vez que proporcionava aos presos o cumprimento da pena em local reservado e com a aplicação de medidas menos brandas em relação aos períodos anteriores das fases da pena.

Outrossim, quanto a origem das primeiras prisões destaca-se o pensamento exposto abaixo:

A primeira prisão norte-americana foi construída pelos quacres em Walnut Street, em 1776. O início mais definido do sistema filadélfico começa sob a influência das sociedades integradas por quacres e os mais respeitáveis cidadãos da Filadélfia, e tinha como objetivo reformar as prisões. (BITENCOURT, 2018, p. 173)

Diante do pensamento exposto pode-se verificar a tamanha influência dos quacres para a construção das primeiras prisões da história da humanidade. Ademais, o referido autor ainda destaca:

Foi precisamente a associação antes referida que, com sua contínua e incisiva opinião pública, fez com que as autoridades iniciassem, em 1970, a organização de uma instituição na qual “isolamento em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcoólicas deveriam criar os meios para salvar tantas criaturas infelizes”. (BITENCOURT, 2018, p. 174).

Segundo Bitencourt (2018), na Filadélfia grupos denominados “quacres”, formados por religiosos, além da participação também de membros importantes da sociedade, contribuíram diretamente para o surgimento do sistema pensilvânico que já se evidenciava o nascimento da pena privativa de liberdade.

Entretanto, ainda segundo Bitencourt (2018) a experiência da primeira prisão em Walnut Street, conforme já esperado, apresentava graves problemas a exemplo do crescimento da população carcerária, fazendo-se necessário a construção de outras prisões: a penitenciária Ocidental e a penitenciária Oriental. Na primeira,

predominava o regime de isolamento absoluto, onde o prisioneiro tinha total restrição da sua liberdade de locomoção, não podendo sequer exercer alguma atividade. Por outro lado, a Oriental já era mais flexível quanto à liberação para o trabalho na própria cela.

Nota-se, todavia, que o referido sistema pensilvânico não possuía a finalidade de conseguir melhorar o caráter do indivíduo delinquente, mas sim servia, eficientemente, como um instrumento de dominação por meio das regras de isolamento celular, obrigação estrita do silêncio, a meditação e a oração (BITENCOURT, 2018).

Dessa forma, o sistema da Filadélfia constituiu-se de um ambiente, mormente de dominação dos presos, vez que predominava o regime de isolamento absoluto, a estimulação da leitura da Bíblia bem como da prática de orações, além da regra do silêncio. Regras estas que não contribuíam sequer para a ressocialização dos presos, conforme salienta Greco (2020, p. 122) "Esse sistema recebeu inúmeras críticas, uma vez que, além de extremamente severo, impossibilitava a readaptação social do condenado, em face do seu completo isolamento (*solitary confinement*)".

Assim, A partir das inúmeras críticas quanto ao sistema pensilvânico, iniciou-se a construção do sistema auburniano, na cidade de Auburn, no estado de Nova York (GRECO, 2020).

Outrossim, preleciona o supramencionado autor:

Menos rigoroso do que o sistema anterior permitia o trabalho dos presos, inicialmente, dentro de suas próprias celas e, posteriormente, em grupos. O isolamento noturno foi mantido, em celas individuais. Uma das características principais do sistema auburniano dizia respeito ao silêncio absoluto que era imposto aos presos, razão pela qual também ficou conhecido como silent system. (GRECO, 2020, p. 122 e 123).

Ainda neste contexto expõe:

As refeições eram comuns, ou seja, eram servidas no refeitório, em uma mesa extensa, em que todos os presos se assentavam, formando uma fila somente. Para manter a regra do silêncio absoluto, os presos entravam naquele local com a cabeça baixa, comiam também com a cabeça baixa, além de usarem capuzes que lhes impediam a visão. (GRECO, 2020, p. 123).

Logo, com o fracasso e as inúmeras críticas do sistema penitenciário da Filadélfia, fora necessário no sistema auburniano a flexibilizar algumas regras do regime interno adotado, permitindo que o preso pudesse, por exemplo, trabalhar dentro da sua cela, tornando, assim, menos severo o cumprimento da pena.

Por outro lado, entretanto, prevalecia no sistema auburniano “a regra do silêncio absoluto, conhecido também como ‘silent system’, permitindo aos presos falassem entre si somente com autorização dos guardas” (Greco, 2018, p. 176).

Em relação a tal aspecto negativo do referido sistema, esclarece Bitencourt (2018, p. 177): “Outro aspecto negativo do sistema auburniano – uma de suas características – foi o rigoroso regime disciplinar aplicado. A importância dada à disciplina deve-se, em parte, ao fato de que o silent system acolhe, em seus pontos, estilo de vida militar”.

Por fim, vale ressaltar que o presente sistema sofreu bastantes críticas, vez que era constante a aplicação excessiva de castigos aos presos, cuja finalidade alcançar uma obediência absoluta bem como propiciar a reabilitação do delinquente para a sociedade (BITENCOURT, 2018).

Tendo em vista o fracasso dos primeiros sistemas penitenciários, surge ao longo do século XIX o sistema progressivo pelo qual adotava um regime que possibilitava ao recluso a sua volta ao convívio social antes mesmo do término da condenação, trazendo, assim, um avanço na aplicação da pena privativa de liberdade bem como o abandono dos sistemas penitenciários anteriores (BITENCOURT, 2018).

Com base nas lições doutrinárias compreende-se que o sistema progressivo originou-se *a priori* na Inglaterra, sendo posteriormente adotado pela Irlanda e, através da intervenção do capitão da Marinha Real, Alexander Maconochie, responsável pela modificação penitenciária, o cumprimento da pena imposta passou a ser realizado em três etapas (GRECO, 2020).

Neste contexto, o referido autor destaca:

O chamado Mark System, que, segundo as explicações de Edmundo Oliveira, era uma forma de indeterminação da pena, que era medida em razão do trabalho, da boa conduta do condenado, bem como levando em consideração, ainda, a gravidade do delito praticado. [...] O condenado recebia marcas

ou vales, que poderiam ser diminuídos em razão de alguma falta. Quando o condenado obtinha um determinado número de marcas ou vales, tinha direito a progredir no seu regime de cumprimento de pena, que, como dissemos, era realizado em três estágios (Greco, 2020, p. 124).

Em relação aos estágios de cumprimento de pena adotados no presente sistema penitenciário, preleciona ainda:

No primeiro deles, conhecido como período de prova, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico; com a progressão ao segundo estágio, era permitido o trabalho comum, observando-se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema auburniano, e também o isolamento noturno [...] o terceiro período permitia o livramento condicional (Greco, 2020, p. 124).

Nota-se a partir dos fundamentos expostos que o sistema progressivo, também conhecido como *Mark system* ou sistema de vales, possibilitava ao apenado a possibilidade de progressão de regime através dos sistemas de marcas ou vale, de maneira que “o sistema de Maconochie consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado” (Bitencourt, 2018, p. 180).

Assim, propiciava aos presos o direito a um cumprimento de pena mais célere e humanizado em relação aos outros sistemas já mencionados, vez que com a adoção de bons comportamentos conseguiam a progressão para um regime mais brando.

3.SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o legislador adotou no código penal, no artigo 59, caput, a teoria mista ou unificadora da pena, tendo em vista o fiel alcance da finalidade da pena: Reprovação e Prevenção do crime (GRECO, 2017, p. 587).

Acontece, porém, que a realidade carcerária brasileira apresenta inúmeros problemas em toda a sua estrutura funcional, perfazendo com que a finalidade da pena privativa de liberdade se torne objeto de questionamento.

3.1 REALIDADE CARCERÁRIA

Tendo em vista a análise dos aspectos históricos da origem da pena, mormente do surgimento da pena privativa de liberdade, por volta do final do século XVIII, percebe-se que, com o advento dos primeiros sistemas penitenciários norte-americanos, através das ideias de Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham, atualmente, vários países adotaram esta modalidade de pena como aplicação principal (GRECO, 2020).

No Brasil, predomina como regra a liberdade. A prisão é a exceção. Com isso existem vários princípios no ordenamento jurídico brasileiro que sustentam tal afirmativa, a exemplo: do princípio do *in dubio pro reo*¹⁰⁷, da presunção da inocência ou da não culpabilidade e da dignidade da pessoa humana.

Tais princípios norteiam o direito penal bem como a aplicação do *jus puniendi*¹⁰⁸ estatal para que não ocorram arbitrariedades praticadas pelo poder público no que tange à aplicação da pena privativa de liberdade.

Acontece, porém, que desde os primeiros sistemas penitenciários clássicos tal modalidade de pena vem apresentando problemas. No sistema da Filadélfia, por exemplo, os presos sofriam com a submissão a obediência ao silêncio absoluto, isolamentos e crescimento da população carcerária, tornando, assim, distante o plano de ressocialização dos indivíduos na época.

No Brasil, a situação carcerária não é diferente. De acordo com o pensamento de Martins (2017, p. 128):

A condição do encarcerado enquanto pessoa humana dotada de dignidade e protegido constitucionalmente e legalmente, reflete a prática do estado de exceção que os transforma em indivíduos matáveis e nesta condição, impedem que o processo de desenvolvimento alcance o seu fim. Na medida em que o Estado retira o indivíduo do convívio da sociedade e o insere no sistema prisional, toma para si a vida deste encarcerado. A partir deste momento, tem o poder sobre a vida deste, fazendo-o

107 Expressão oriunda do Latim na qual se baseia na ideia de que, diante da dúvida quanto à culpabilidade do acusado, no processo penal, a decisão judicial deverá ser favorável ao réu, absolvendo-o consequentemente dos efeitos penais.

108 Expressão latina na qual consiste no poder /dever de punição do estado.

viver ou deixado morrer. O encarcerado transforma-se em vida nua, em condição semelhante ao Homo Sacer, matável e insacrificável.

Com base no pensamento exposto infere-se que, no Brasil, a atual condição dentro dos mais diversos estabelecimentos prisionais espalhados por todo o território nacional apresentam inúmeros problemas, assemelhando-se, por um lado, “a um verdadeiro Estado de exceção, vez que o soberano age comumente fora dos parâmetros legais previstos no ordenamento jurídico vigente” (Agamben, 2004), bem como sujeitando os presos, analogicamente, a condição de Homo Sacer, “vez que diante da situação de exceção, todas as obrigações que antes eram impostas por lei são postas de lado” (MARTINS, 2017, p. 25).

Assim, no Brasil existem normas jurídicas garantidoras, as quais oferecem um amparo legal no que tange à assistência material, formal, religiosa etc. Ademais, a Lei de Execuções Penais, lei 7.210 de 1984, garante o direito à assistência à saúde através da prevenção e tratamentos de doenças bem como a disponibilização de atendimento médico, farmacêutico e odontológico dentro das penitenciárias.

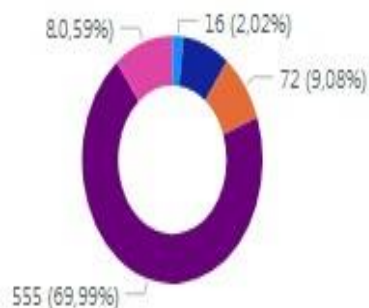
Ocorre, porém, que Segundo Martins (2017, p. 131) “Dados do Conselho Nacional do Ministério Público (2016) demonstram que a maior parte dos estabelecimentos penais analisados, não conta com enfermarias dentro de suas dependências para tratamento dos encarcerados”. Ademais, ressalta ainda a autora que “se não bastasse este fato, a CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) do sistema carcerário apurou que mesmo em penitenciárias que possuem enfermaria, há dificuldade de se encontrar profissionais para atuarem neste local” (MARTINS, 2017, p. 131). Neste contexto, expõe ainda Martins (2017, p. 94):

É sabido que os apenados possuem restrições em seus direitos fundamentais, pois ao estarem cumprindo pena privativa de liberdade, possuem o direito à liberdade limitado. Porém, na contramão do que disciplinam as legislações sobre o tema, por via reflexa, o direito à saúde ao mesmo tempo recebe sérias privações (Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2015, p. 294).

Além disso, vale ressaltar que, segundo dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), nota-se claramente o alto índice de mortalidade por motivos de doenças em virtude da tamanha precariedade da saúde dentro do sistema prisional brasileiro, como principal causa de mortes entre detentos dos sexos masculino e feminino, conforme se pode verificar no gráfico abaixo:

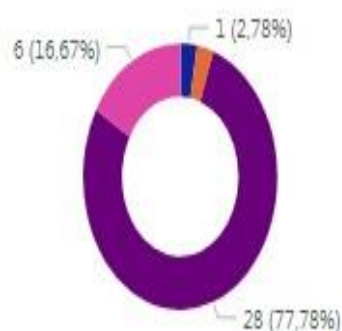
Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN)

Masculino



Total
829

Feminino



- Acidentais
- Causas Desconhecidas
- Criminais
- Naturais por Motivos de Saúde
- Suicídios

Gráfico 1 - Mortalidade nos Sistemas Prisionais

Outrossim, ainda no que tange à saúde dentro do sistema prisional, destaca Martins (2017, p. 93):

Rita de Cássia Bertão Cataneli, representante do Conselho Nacional de Secretarias de Saúde – CONASS, em audiência pública realizada em 15.07.2015, para debater: o “Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário: vigência, implementação, alcance e dificuldades” afirmou que a tendência da população carcerária é de requerer mais assistência à saúde do que a população como um todo. Não porque os presídios mantêm uma grande proporção de pessoas com maior risco de

adoecer, mas porque há um grande número de usuários de drogas injetáveis e o próprio ambiente prisional contribui para o desenvolvimento de doenças (Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2015).

Com isso, percebe-se que “o encarcerado é posto em condição análoga ao Homo Sacer” (Martins, 2017, p. 134). De acordo com as lições de Martins (2017), entende-se por Homo Sacer, figura esta do direito romano arcaico, utilizada por Giorgio Agamben, como a pessoa na qual, após ter cometido um crime hediondo, à época, tornava-se um ser matável, vez que sofria com a perda total dos seus direitos como cidadão bem como era entregue aos deuses, pelo fato da sua vida não ter mais relevância do ponto de vista jurídico, restando-lhe tão somente a sua vida nua, ou seja, a mera existência biológica.

Ademais, tais fundamentos apenas demonstra a tamanha precariedade vivenciada nos estabelecimentos prisionais do país, oriunda da falta de dignidade proporcionada pelos Governos Federais e Estaduais aos presos no que tange as condições básicas assistenciais estabelecidas pela LEP.

Neste sentido, preleciona Martins (2017, p. 85/86): “Mesmo na condição de detentores de direitos e garantias positivadas na legislação brasileira, a efetivação destes direitos aos encarcerados não é totalmente garantida pelo Estado”.

Diante disso, vale frisar que o indivíduo mantido dentro do cárcere apenas obteve uma restrição, provisória, do seu direito a liberdade de locomoção, garantido pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, em seu Artigo 5º, inciso XV, conforme dispositivo, *verbis*:

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:

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (BRASIL, 1988).

Com base no dispositivo da CFRB supramencionado, extrai-se que os demais direitos dos indivíduos presos cauteramente ou definitivamente deverão ser mantidos e respeitados pelo poder público ao longo de toda a persecução criminal.

Neste sentido, preleciona Greco (2020, p. 137/138):

Alguns países procuraram melhorar as condições de vida no cárcere, entendendo que o agente somente foi condenado a ficar privado do seu direito de ir, vir ou permanecer aonde bem entendesse, garantindo-se, portanto, todos os demais direitos que são inerentes à sua condição de pessoa humana, tal como ocorreu na Espanha com a criação do Centro Penitenciário de Topas. Em outros países, a exemplo do que ocorre no Brasil, por mais que exista alguma “boa vontade” no sentido de melhorar o sistema prisional, ainda parece que se vive na época das masmorras – os presos são trancados em locais insalubres, sem a menor perspectiva de melhoras, como acontece, ainda, em muitas cadeias públicas, em cidades onde, no verão, a temperatura média, dentro das celas, gira em torno de 50 graus positivos, ou em alguns Estados da Federação que, por falta de vagas nas penitenciárias, os condenados cumpriam suas penas em *containers*.

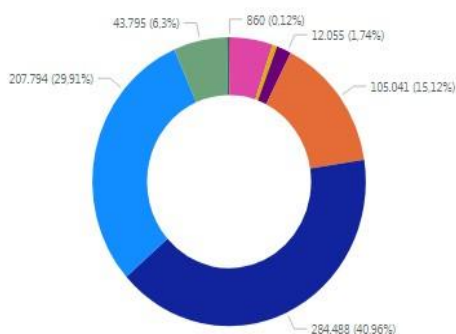
Diante do exposto, nota-se que os presos no Brasil sofrem os piores momentos de suas vidas dentro do cárcere, a saber, por sinal, superlotado e desprovido de condições básicas de higiene pessoal, vez que são muitos problemas e o poder público não apresenta políticas públicas eficientes em prol da dignidade dos detentos.

Por fim, vale frisar que, de acordo com dados extraídos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, levantados durante o período de Julho a Dezembro de 2020, observa-se que o cometimento de crimes contra o patrimônio corresponde ao percentual de 40,96%, possuindo a maior incidência no quantitativo de indivíduos presos em todo o território nacional, seguido dos delitos previstos na legislação de drogas, lei de nº 11.343/06, e superando até mesmo os crimes contra a vida, previstos na legislação penal vigente de 1940, conforme se pode constatar no gráfico 2 abaixo:

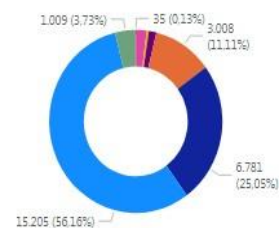
Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN)

Total por Categoria : Quantidade de Incidências por Tipo Penal

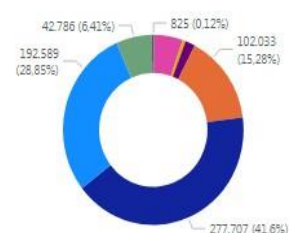
- Contra Adm. Pública
- Contra Dignidade Sexual
- Contra Fé Pública
- Contra Paz Pública
- Contra a Pessoa
- Contra o Patrimônio
- Drogas (Lei 6.368/76 e 11.343/06)
- Legislação Específica
- Particular Contra Adm. Pública



Feminino



Masculino



TOTAL	Feminino	Masculino
694.622	27.075	667.547

Gráfico 2 - Quantidade de Incidências por Tipo Penal

Com isso, vale destacar que os delitos contra o patrimônio, previstos no Código Penal Brasileiro, bem como os delitos da Lei de Drogas, são os principais motivos pelos quais compõem e lotam cada vez mais o sistema prisional brasileiro, tornando, por conseguinte, um ambiente cada vez mais desprovido de capacidade para suportar uma grande quantidade de presos.

Neste sentido vale frisar que o cárcere não possui a estrutura adequada para separar os presos de acordo com as suas infrações, permitindo, desse modo, um igualitário cumprimento de pena para aqueles que praticaram delitos mais graves e os que praticaram crimes menos graves. Ademais, percebe-se, portanto, que o percentual no cometimento de infrações penais por homens é superior ao das mulheres.

3.2 O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO

Dentre os principais problemas apresentados no sistema prisional brasileiro, sem dúvidas a superlotação é um dos piores, senão considerado o pior, vez que os presos têm que competir espaço dentro das suas próprias celas sem haver qualquer preocupação por conta da administração dos presídios tampouco pelos Estados. Assim, neste contexto expõe:

Exigir o cumprimento de pena em celas superlotadas faz com que a sua execução seja cruel, desumana. No Brasil, existe a figura do chamado “preso morcego”, isto é, aquele detento que, devido à impossibilidade de dormir deitado no chão de sua cela, coberto por algum pedaço de jornal, dorme em pé, com seus pulsos amarrados nas grades. Também é comum no sistema carcerário brasileiro, onde existe superlotação, que os presos se revezem para dormir, ou seja, o período de sono é dividido em turnos, por ser impossível que todos, ao mesmo tempo, possam deitar-se para descansar (Greco, 2020, p. 151).

Com base no exposto, não resta dúvidas do quão precário encontra-se a estrutura dos sistemas prisionais no Brasil, mormente não oferece sequer condições mínimas e adequadas dentro das celas para os momentos de descanso dos presos. Neste sentido, também preleciona Martins (2020, p. 132):

A qualidade de vida é tão precária que, de acordo com levantamento realizado nos estabelecimentos penais pelo CNMP109 (2016), foi constatado que grande parte deles, não há cama para todos os encarcerados. Ou seja, para que os encarcerados possam dormir em condição necessária à manutenção da vida de qualquer indivíduo, há que se realizar revezamento ou utilizar colchões espalhados pela cela, quando possível, uma vez que diversos estabelecimentos não havia sequer colchões para todos os que estavam encarcerados. É necessário ter em mente a superlotação do sistema carcerário, que muitas vezes não deixa espaço para que as celas tenham camas e colchões suficientes, obrigando os indivíduos ali inseridos a dormirem amontoados ou revezarem-se entre si para que consigam horas de sono.

Vale frisar, também, que a superlotação dentro dos presídios brasileiros tornou-se um fator ainda mais preocupante em virtude da atual pandemia do Coronavírus. De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN),

109 Conselho Nacional do Ministério Público.

atualizados até o período do dia 25 de outubro de 2021, o sistema prisional brasileiro apresentou uma quantidade considerável de casos ativos e mortes provenientes da contaminação pelo Covid-19, conforme dados apresentados que segue abaixo:

Fonte: Departamento Penitenciário Nacional

Suspeitas	Detecções	Recuperados	Óbitos	Testes (Total)
29.764	61.988	60.857	278	351.483

Tabela 1 - Detecções/Suspeitas do coronavírus nos sistemas penitenciários brasileiros

Com base nos dados apresentados fornecidos pelo DEPEN, infere-se que a taxa do número de detecções de casos ativos infectados pela Covid-19 fora bastante alta, bem como resultou em uma quantidade significativa de óbitos dentro das penitenciárias.

No mais, de acordo com o relatório da CPI, a partir de dados divulgados pelo Ministério da Justiça o quantitativo da população carcerária em 2015 pode ser observado conforme o disposto na tabela 2:

Fonte: Relatório da CPI do Sistema Carcerário (2015)

População prisional	607.731
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Tabela 2 - População Carcerária Brasileira

Ademais, o presente relatório da CPI do Sistema Prisional também apresentou dados individuais das unidades federativas, no tocante a população carcerária, as vagas existentes, bem como o deficit de cada estabelecimento penal, conforme se verifica na tabela abaixo:

Fonte: Relatório da CPI do Sistema Carcerário (2015)

ESTADO	População Carcerária	Vagas Existentes	Déficit
AC	4.480	2.457	1.910
AL	3.614	2.705	909
AM	8.457	3.437	5.020
BA	12.935	8.793	4.142
DF	14.343	7.383	6.960
ES	17.545	13.696	3.849
GO	15.470	7.800	7.670
MA	6.253	4.244	2.009
MS	14.228	7.235	6.993
MT	10.362	6.432	3.930
PE	29.542	9.099	20.443

PI	3.668	2.230	1.438
PR	19.457	18.424	1.033
RO	10.008	5.615	4.393
RN	7.790	4.466	3.324
RJ	42.935	28.325	14.610
SE	4.358	2.426	1.932
SC	16.469	12.174	4.295

Tabela 3 - População Carcerária dos Estados

Ademais, de acordo com dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, no período de Julho a Dezembro de 2020, o Brasil continua apresentando uma alta taxa no que tange ao quantitativo de presos em celas físicas nas unidades prisionais do país, conforme exemplificado nas tabelas que seguem abaixo:

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional

Fechado	Semiaberto	Aberto	Provisório	Tratamento Ambulatorial	Medida de Segurança	Total
335.242	106.826	7.539	215.255	38 3	2.296	667.541

Tabela 4 - Presos em Unidades Prisionais Estaduais no Brasil

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional

Fechado	Semiaberto	Aberto	Provisório	Tratamento Ambulatorial	Medida de Segurança	Total
531	0	0	62	1	0	594

Tabela 5 - Presos em Unidades Prisionais Federais no Brasil

Assim, com base nos dados levantados pelo SISDEPEN, percebe-se que, durante o período de Julho a Dezembro de 2020, o Brasil apresentou um total de 668.135 (seiscentos e sessenta e oito mil e cento e trinta e cinco) presos, somado os dados das unidades prisionais estaduais e federais, sendo que a maior parte dos detentos estava cumprindo suas respectivas penas em regime fechado, ou seja, em estabelecimento prisional de segurança máxima ou média, conforme determina o presente dispositivo do Código Penal Brasileiro:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado

[...]

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (BRASIL, 1940).

Com base nos fundamentos acima expostos, destaca-se que durante o período supramencionado o país apresentou um déficit surreal superior a 200.000 (duzentos mil) vagas, bem como desde o ano de dois mil vem apresentando um aumento exponencial no que tange a quantidade de presos por vagas, conforme demonstra o gráfico 3 abaixo:

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN)



População Prisional, Déficit e Vagas

Período de Julho a Dezembro de 2020

(*) Déficit total, não separado por regime
Exclui-se do cálculo presos em Prisão Domiciliar

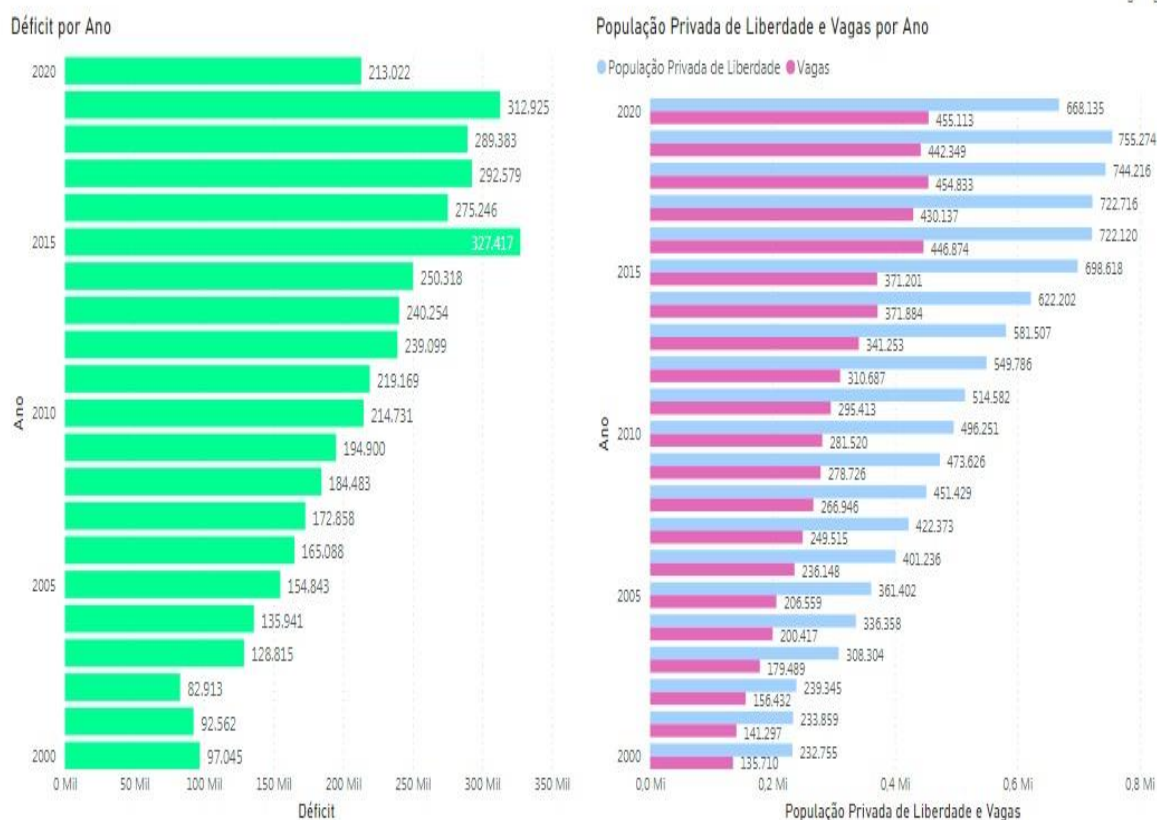


Gráfico 3 - População Prisional, Déficit e Vagas

Portanto, observa-se que, conforme os dados expostos na tabela 06, o Brasil desde o ano de 2.000 (dois mil) vem apresentando um quantitativo de indivíduos privados de liberdade superior às quantidades de vagas, além de um crescente aumento no deficit de vagas, ocasionando, por conseguinte, o problema da superlotação nos mais diversos estabelecimentos penais do país.

Além disso, nota-se também que o sistema carcerário brasileiro possui uma grande quantidade de indivíduos presos provisoriamente. Ou seja, aqueles pelos quais ainda não foram condenados por sentença condenatória transitada em julgado, mas que permanecem presos cauterlamente seja por meio da prisão em flagrante, preventiva ou temporária.

Assim, vale ressaltar que tais modalidades de prisão cautelar são medidas excepcionais, de maneira que jamais o autor do fato delituoso poderá ser preso preventivamente, por exemplo, com a finalidade de iniciar o cumprimento da pena imposta no preceito secundário do tipo penal infringido, antes da condenação por sentença condenatória transitada em julgado, conforme dispõe o Código de Processo Penal vigente:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

[...]

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (BRASIL, 1941).

Por fim, ainda sobre a problemática da superlotação no sistema prisional, vale destacar que a legislação penal brasileira garante aos indivíduos encarcerados o direito a visitação, inclusive de visitas íntimas, a fim de proporcionar ao preso um relacionamento amoroso bem como o devido prazer sexual.

Contudo, de acordo com o pensamento de Martins (2017) infere-se que em virtude da superlotação nos estabelecimentos penais, atualmente nem todos os presídios consta com locais próprios para tais finalidades, tornando, assim, um ambiente totalmente inadequado para a prática de atos libidinosos bem como de conjunção carnal, dada vista ter que dividir o mesmo ambiente com outros presos dentro da própria cela. No mais, sem contar que já "houve casos em que as famílias

dos demais encarcerados, com crianças, inclusive, estavam presentes durante a visita íntima” (MARTINS, 2017, p. 133).

Assim, percebe-se que o problema da superlotação apresenta como um dos piores fatores negativos do sistema prisional brasileiro. O fato do Estado-Juiz colocar o indivíduo dentro do cárcere para que o mesmo inicie o seu cumprimento da pena nada obsta da sua responsabilidade estatal em proporcionar e garantir o mínimo de dignidade, atendendo as normas internacionais que versam sobre direitos humanos bem como aos dispositivos previstos na CRFB e demais legislações pertinentes, através de atos de fiscalização do poder público nas penitenciárias do país.

Logo, a realidade carcerária brasileira é totalmente distante do que prevê a LEP em seu Art. 85 ao dispor que: “O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”.

Desse modo, o presente diploma legal só reforça, portanto, os argumentos acima apresentados no sentido de que as prisões brasileiras não garantem a ressocialização das pessoas privadas de liberdade, tendo em vista que o Estado não cumpre integralmente com as determinações legais pertinentes a manutenção dos direitos das pessoas inseridas no sistema prisional.

4. DIREITOS E GARANTIAS LEGAIS DO ENCARCERADO

Os indivíduos privados de liberdade por força de sentença condenatória, embora tenham a este direito cessado enquanto pendurar os efeitos da condenação continua como possuidores dos demais direitos e garantias inerentes à pessoa humana, previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 DIREITOS E GARANTIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, prevê expressamente no título dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, um rol de direitos considerados fundamentais a vivência do ser humano na sociedade brasileira, não fazendo distinção sequer quanto à extensão também aos indivíduos privados de liberdade, conforme elencado no presente dispositivo constitucional abaixo:

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:

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 1988).

De acordo com o *caput* do dispositivo supramencionado no qual determina que todos os indivíduos, brasileiros ou estrangeiros residentes no país, merecem um tratamento igualitário da lei, tendo em vista o alcance bem como o fiel cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, previstos no artigo 3º da CRFB, entre os quais, construir uma sociedade livre, justa e igualitária.

Além disso, há Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos os quais possuem expressa previsão legal acerca da vedação à prática de tortura. Podemos mencionar, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na qual prevê em seu artigo 5º: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (UNICEF, 1948).

Com isso, o fato do cidadão sofrer uma sanção privativa de liberdade não impede, em hipótese nenhuma, do mesmo receber um tratamento igualitário pela legislação pátria no que tange a garantia dos seus direitos.

Ademais, vale frisar, novamente, que os indivíduos presos somente obtiveram uma restrição ao direito à liberdade de locomoção em todo o território nacional enquanto pendurar os tempos de paz, conforme dispõe ainda a CRFB.

Logo, atendendo aos parâmetros constitucionais, os Governos brasileiros têm a obrigação legal, no Estado Democrático de Direito, de garantir bem como erradicar quaisquer afrontas ou impedimentos ao fiel cumprimento dos demais direitos fundamentais dos presos, mormente na fase de execução da pena.

Além disso, o Estado além de garantir o tratamento igualitário às pessoas privadas de liberdade deve também proporcionar um tratamento humano adequado, e não degradante conforme os fundamentos já expostos.

Neste sentido, o inciso terceiro do artigo supracitado determina que nenhuma pessoa sequer deverá ser submetida a prática de torturas bem como a tratamentos degradantes que afrontam a integridade física e corpórea da pessoa humana. Assim, o artigo 1º da Lei de nº 9.455/97 dispõe acerca do delito de tortura:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou deterceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal (BRASIL, 1997).

Com base no exposto, a presente legislação extravagante apresenta um conceito bem como uma pena a ser aplicada nos casos das hipóteses mencionadas. Salienta-se ainda que o parágrafo primeiro sujeita a mesma imposição legal aos casos cometidos por aqueles indivíduos que possuem, legalmente, o dever de zelar dos detentos.

Acontece, porém, que na prática, notadamente, ocorrem casos de imposição de atos de tortura, principalmente por parte de agentes públicos contra pessoas custodiadas, conforme se vislumbra no pensamento exposto:

Infelizmente, a tortura ainda é constante nos presídios brasileiros, embora realizada ilegalmente. Por isso, organizações internacionais têm-se mobilizado no sentido de impedir sua prática, criando mecanismos de controle. Em regra, os presos são torturados por aqueles encarregados oficialmente de sua

guarda, vigilância e cuidado. Inúmeros instrumentos são utilizados na prática da tortura, a exemplo da “palmatória” (pedaço de madeira em forma de uma pá); sacos plásticos colocados na cabeça dos presos, que o levam à asfixia; barras de ferro; eletrochoques, aplicados nas áreas genitais; simulação de afogamento, levada a efeito através de uma toalha colocada no rosto do preso, que fica sendo constantemente molhada por uma mangueira, impedindo a respiração; pedaços de borracha que servem para espancar as palmas dos pés e das mãos sem deixar marcas etc.(GRECO, 2020, p. 143).

Ademais, através da realização de pesquisas, no Brasil, a Anistia Internacional¹¹⁰ pôde constatar, conforme destaca Greco (2020, p. 145/146 *apud* ANISTIA INTERNACIONAL, 2001):

Tortura é usada como meio de obter confissões, subjugar, humilhar e controlar pessoas sob detenção, ou, com frequência cada vez maior, extorquir dinheiro ou servir aos interesses criminosos de policiais corruptos. O crime é cometido tanto por agentes do estado, sobretudo integrantes das forças policiais militar e civil, como por guardas de presídios, ou com a sua conivência ou facilitado devido à falha de sua atuação. Isto ocorre no momento em que é efetuada a prisão, nas delegacias, presídios e centro de recolhimento de jovens. Trata-se, basicamente, de crime que geralmente escapa à punição, seja pelos órgãos disciplinares internos, seja, o que é mais importante, pela justiça criminal nos termos da lei pertinente. Constitui agravante o fato de que a grande maioria das vítimas é composta de suspeitos criminais de baixa renda, com grau de instrução insuficiente, frequentemente de origem afro-brasileira ou indígena, que compõem um setor da sociedade cujos direitos sempre foram ignorados no Brasil.

Dessa forma, percebe-se, portanto, que a referida garantia constitucional da não submissão à tortura bem como a nenhum tratamento desumano ou degradante

¹¹⁰ A anistia Internacional é uma organização não governamental, fundada em 1961, na qual luta em defesa dos Direitos Humanos. Tal movimento social está presente em mais de 150 países e, atualmente, conta com mais de 10 milhões de membros e ativistas.

continua sendo violada, sobretudo pela inobservância legal por parte de vários agentes estatais.

Assim, vale ressaltar que “A tortura transforma homens em feras; eles perdem a sensibilidade para com seus semelhantes e, dentro ou fora das grades, passam a cometer toda sorte de atrocidades” (GRECO, 2020, p. 145). Logo, a prática de tais atrocidades não contribui sequer para o processo de ressocialização do encarcerado, tornando-o cada vez mais uma realidade distante no Brasil.

Diante do exposto, o artigo 5º da Carta Magna também prevê em seu inciso

XLVII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis (BRASIL, 1988).

Dentre as vedações legais impostas pelo presente dispositivo constitucional, vale destacar que a pena de morte é a única modalidade na qual se admite exceção. Ademais, a pena de morte não constitui regra no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, de acordo com o referido dispositivo acima mencionado percebe-se que tal punição aflitiva só será cabível quando houver nótoria comprovação de uma situação de extrema anormalidade no país.

Diante de tal ocorrência, o Brasil, por intermédio do Presidente da República, poderá evocar a decretação do Estado de Sítio, de acordo com as hipóteses previstas no artigo 137 da CFRB:

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (BRASIL, 1988).

Observa-se com base no inciso II que somente haverá a possibilidade da aplicação da pena de morte nos casos em que houver declaração de situação de guerra contra ameaças estrangeiras. Sendo assim, vale frisar que competirá privativamente ao Presidente da República declarar a referida situação, conforme destaca o artigo 84, inciso XIX, da CRFB:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional (BRASIL, 1988).

Diante dos fundamentos expostos, nota-se, dessa forma, que a pena de morte é uma nótoria exceção no ordenamento jurídico pátrio. Com isso, em tempos de paz, nenhum ser humano, brasileiro ou estrangeiro residente ou não no país poderá ter a sua vida ceifada como punição a determinado descumprimento legal. Acontece, todavia, que os presos no Brasil sofrem gradativamente com a precária situação carcerária bem como são submetidos a tratamentos degradantes por parte dos representantes estatais, além das inúmeras rebeliões que acarretam em diversas mortes dentro das celas.

Diante disso, destaca-se o lamentável episódio, no qual gerou grande repercussão, na Casa de Detenção de São Paulo- SP, conhecida também como

Carandiru, que acarretou em 111 (cento e onze) mortes de detentos após intervenção da PM do Estado de São Paulo a fim de cessar as rebeliões. Dessa forma, embora a situação estivesse totalmente descontrolada naquela prisão, o Estado poderia ter agido de outra forma, vez que possui diversos mecanismos por intermédio das forças de segurança pública para coibir e controlar tais atos por meio do uso proporcional da força (POLITIZE, 2019).

Entretanto, percebe-se que os agentes estatais negligenciaram o disposto na CRFB e aplicaram, sem dúvidas, a pena de morte para todos os cento e onze presos vítimas naquela localidade.

Assim, não raro, percebemos que inúmeras intervenções policiais acarretam vitimando aos infratores, com exceção dos casos de legítima defesa, situação na qual afastará a ilicitude do fato bem como a responsabilidade criminal dos agentes estatais. Logo, é notório que ainda persiste no país à aplicação da pena de morte em decorrência das ações policiais, tendo em vista que essas pessoas não chegam sequer a terem o direito ao devido processo legal e responderem criminalmente aos delitos infringidos.

Outrossim, a Magna Carta Brasileira também dispõe em seu artigo 5º, inciso XLVII, acima exposto, acerca da proibição da aplicação de penas de caráter perpétuo ou permanente, “o que revela a necessidade de termo final da sanção penal, ponto a partir do qual o indivíduo recupera os direitos antes restritos na sentença penal condenatória” (MARTINS, 2017, p. 75). Sendo assim, a sentença penal condenatória transitada em julgado deverá obrigatoriamente determinar o período de cumprimento da pena imposta de acordo com a tipificação legal ora infringida pelo réu, devendo, portanto, o mesmo saber na íntegra o período de início e término da sua condenação.

Destaca-se ainda a proibição expressa acerca das penas de trabalhos forçados. Sabe-se que o trabalho é uma garantia legal do apenado, podendo inclusive influenciar na remissão da pena. Contudo, o trabalho não poderá ser degradante e desumano, vez que segundo preleciona Martins (2017, p. 75) “o trabalho remunerado e com jornada limitada contribui na ressocialização do encarcerado e com o seu retorno à sociedade”.

Por fim, o presente dispositivo da Magna Carta Brasileira de 1988 aduz ainda que não haverá aplicação de penas de banimento e cruéis. Por banimento entende-se, em tese, como o ato de retirada forçada de cidadão nacional pelo poder público

por prática de infração cometida no país de origem. Logo, o Brasil veda expressamente em sua Lei Suprema esta modalidade de pena, além daquelas com requintes de crueldades, tendo em vista que a CFRB também assegura em seu artigo 5º, inciso XLIX o respeito à integridade física e moral dos presos.

4.2 DIREITOS E GARANTIAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

De acordo com as lições de Martins (2017, p. 76), “o cumprimento da pena daquele que pratica uma conduta dita criminosa, após comprovação de sua responsabilidade, garantido o devido processo legal e ampla defesa, recebe tratamento específico pela Lei de Execução Penal”.

Diante disso, vale a pena destacar que compete ao Estado proporcionar a devida assistência aos encarcerados. Neste sentido, “o dever de assistir o encarcerado, enquanto inserido no sistema prisional, se dá em diversas dimensões: material, saúde, jurídica, educacional, social, religiosa” (MARTINS, 2017, p. 77).

Tendo em vista as modalidades supramencionadas, previstas no texto legal do artigo 11 da LEP, quanto à assistência material a presente legislação disciplina em seus dispositivos abaixo:

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração (BRASIL, 1984).

Dessa forma, caberá ao Estado, na forma da lei, proporcionar a todos os presos, uma alimentação de qualidade e nutritiva, vestuários de acordo com as condições climáticas, além de garantir um ambiente carcerário sempre limpo e higienizado para que não contribua com a proliferação de doenças (MARTINS, 2017).

Ademais, no que tange ao direito a assistência material preleciona:

A Lei de Execução Penal permite que cada estabelecimento conte com locais destinados a venda de produtos e objetos permitidos e que, não sejam fornecidos pela administração do estabelecimento prisional. O encarcerado poderá adquirir os

produtos com a remuneração proveniente de seu trabalho no sistema carcerário (MARTINS, 2017, p. 78).

Assim, o direito a assistência material proporciona aos indivíduos custodiados o mínimo de garantia de subsistência dentro do cárcere, devendo o poder público, uma vez restringido a liberdade de locomoção dessas pessoas, mantê-los financeiramente.

Além disso, a LEP assegura também o direito à assistência a saúde dos presos, conforme se verifica no texto legal abaixo:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º -Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido (BRASIL, 1984).

O dispositivo legal supramencionado garante a todos os indivíduos restritos de liberdade o direito ao atendimento médico, farmacêutico e odontológico, que se dará “em caráter preventivo, impedindo a ocorrência de doenças e acidentes; e curativo, quando já existente a doença ou já ocorrido o acidente” (MARTINS, 2017, p. 79).

Dessa forma, nada obsta que a presente assistência à saúde possa ser prestada em local diverso dos estabelecimentos prisionais, caso não houver local adequado e compatível para tal, desde que haja autorização por parte da Direção do estabelecimento. Neste sentido melhor explica Martins (2017, p. 80):

Na busca de efetivação a assistência à saúde, a própria Lei de Execução Penal permite a concessão de permissão de saída, mediante escolta policial, em caso de necessidade de

tratamento médico. Esta permissão terá a duração necessária para o cumprimento da sua finalidade e somente quando o estabelecimento penal não contar com o tratamento necessário. Este tratamento pode ser feito pelo sistema único de saúde ou particular, caso o encarcerado disponha de recursos para arcar com os seus custos.

Por fim, neste contexto, vale destacar que a referida legislação não fora omissa em seu texto legal ao tratar-se, no parágrafo terceiro, acerca do direito a saúde da mulher, mormente no período gestacional ao garantir a realização de exames de pré-natal e acompanhamento médico também durante o pós-parto. Logo, convém ressaltar que a mulher durante a fase de gestação encontra-se em situação de maior vulnerabilidade no que tange a limitações em realizar alguma atividade diária ou laboral.

Assim, as mulheres gestantes custodiadas merecem igual tratamento, vez que tão somente tiveram o seu direito a liberdade restrito, não devendo, portanto, sofrerem com a perda precoce de seus filhos por conta de descumprimento legal pelo poder público em não ofertar o devido tratamento médico conforme determinado pela LEP.

Outrossim, no tocante a assistência jurídica a LEP dispõe nos dispositivos abaixo:

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§ 1º -As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público.

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação

de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado (BRASIL, 1984).

Com base no exposto, a presente legislação proporciona aos indivíduos que foram condenados ao cumprimento de pena privativa de liberdade a devida assistência jurídica, devendo esta ser prestada de forma gratuita a todos aqueles hipossuficientes financeiramente, através da Defensoria Pública dos Estados da Federação.

Dessa maneira, o Estado-Legislator além de garantir o amparo jurídico aos presos, proporcionando, inclusive, locais apropriados em todas as instalações das penitenciárias do país para a destinação do atendimento jurídico pelo órgão da Defensoria Pública, determinou também, segundo a CFRB, o tratamento igualitário aos litigantes em processo judicial bem como aos acusados, conforme o texto legal expõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988).

Outro aspecto importante no qual a Lei de Execução Penal também prevê trata-se do sistema educacional nos presídios. Tal garantia jurídica deverá ser prestada a todos aquelas pessoas que se encontram inseridas no sistema prisional brasileiro. Assim, neste contexto a LEP aduz:

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização.

§ 1º O ensino ministrado aos presos e presas integrar-se-á ao sistema estadual e municipal de ensino e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária.

§ 2º Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos supletivos de educação de jovens e adultos.

§ 3º A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

Art. 21-A. O censo penitenciário deverá apurar:

I - o nível de escolaridade dos presos e das presas

II - a existência de cursos nos níveis fundamental e médio e o número de presos e presas atendidos;

III - a implementação de cursos profissionais em nível de iniciação ou aperfeiçoamento técnico e o número de presos e presas atendidos;

IV - a existência de bibliotecas e as condições de seu acervo;

V - outros dados relevantes para o aprimoramento educacional de presos e presas (BRASIL, 1984).

Com isso, tendo em vista os dispositivos supramencionados, extrai-se que houve uma preocupação por parte do legislador brasileiro para com o sistema educacional dos presos, ao determinar que o ensino de 1º grau, ou seja, o ensino fundamental será obrigatório. Fato este no qual demonstra-se um notório avanço dentro do sistema penal no que tange a assistência educacional.

Além disso, destaca-se também a notória importância do disposto no artigo 21 da presente lei supracitada, vez que com a adoção do incentivo à leitura por meio da disponibilização de bibliotecas contribuirá significativamente para com a ressocialização e reintegração dos detentos na sociedade, além de poder proporcionar, através dos estudos, a remissão de parte do tempo da execução da pena, conforme disposto no artigo 126 da LEP:

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;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho (BRASIL, 1984).

Dessa forma, infere-se que o conteúdo do artigo acima se trata de mais uma garantia a favor dos custodiados, proporcionando a remissão da pena pelo trabalho ou estudo. Com isso, tal incentivo legal além de retribuir aos presos o cumprimento

de pena em um menor espaço de tempo, contribuirá também para a melhoria individual e coletiva dessas pessoas privadas de liberdade, além da preparação para o retorno ao convívio social.

Ainda no contexto das garantias jurídicas previstas na LEP, a presente legislação prevê também a assistência social aos presos:

Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social:

- I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;
- II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;
- III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;
- IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;
- V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;
- VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;
- VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima (BRASIL, 1984).

Neste contexto, percebe-se a tamanha importância do trabalho realizado pelo profissional do serviço de assistência social, dentro do cárcere, vez que se trata de trabalhos com o objetivo final de preparar os presos para o retorno à sociedade, após o cumprimento da pena imposta. Ademais, o serviço social exercerá também a função de orientação e amparo não somente para com as vítimas como também aos presos e seus familiares, a fim de proporcionar a todos um tratamento assistencial igualitário.

Por fim, vale mencionar o direito ao benefício à assistência religiosa estendida a todos os encarcerados que manifestarem favoráveis para a participação de

atividades religiosas dentro do sistema prisional, conforme se verifica no texto legal abaixo:

Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa (BRASIL, 1984).

Assim, embora o Estado Brasileiro seja Laico, ou seja, não possui e nem adota nenhum tipo de religião como oficial no país, nada obsta que as pessoas custodiadas em estabelecimentos prisionais possam exercer, caso assim queiram, os seus direitos à liberdade de crença religiosa dentro do estabelecimento no qual cumprem a pena.

5. DO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO ENCARCERADO

Percebe-se, evidentemente, que a ideia de ressocialização encontra-se ainda muito distante no sistema prisional brasileiro, tendo em vista que com os inúmeros problemas dentro dos cárceres, sobretudo a questão da superlotação, só contribuem ainda mais para o temperamento agressivo e violento dos apenados.

Com isso, por tais motivos não vislumbramos um número significativo de pessoas que saem de fato com o sentimento de arrependimento pelos crimes praticados tampouco com a real intenção de abandonarem as práticas delitivas quando retornarem ao convívio social. Pelo contrário, o número de reincidentes no sistema prisional vem cada vez mais apresentando um aumento significativo.

Diante disso, vale salientar, portanto, a importância da realização de estudos com o objetivo de apresentar soluções plausíveis que contribuam ao processo de ressocialização a fim de reduzir o quantitativo de presos reincidentes no cárcere.

5.1 ALTERNATIVAS PLAUSÍVEIS PARA O PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO.

A partir dos fundamentos já expostos, infere-se que o quantitativo de problemas inseridos no sistema prisional brasileiro demonstra-se muito superior do que a estimativa do número de detentos que saem de fato aptos para o retorno ao convívio social, sem que venham a praticarem novos delitos em liberdade. Diante disso, em 2011, durante o Encontro Nacional do programa Começar de Novo, o presidente do Conselho Nacional de Justiça e o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, relatou que o Brasil possuía, a época, um dos maiores percentuais de reincidência no mundo, correspondendo a taxa de 70% (setenta por cento) de presos reinseridos no sistema prisional em virtude de novas condenações (VASCONCELLOS, 2011).

De acordo com as lições de Greco (2020, p. 353), “a disputa entre as teorias retribucionistas e preventivas (geral e especial) tem feito crescer a discussão no que diz respeito à ressocialização”. Neste contexto, entende-se por teoria absoluta ou retributiva da pena, de acordo com o pensamento do ilustre doutrinador abaixo mencionado:

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*. (BITENCOURT, 2018, p. 143).

Por outro lado, quanto à teoria relativa ou preventiva da pena expõe:

Para as teorias relativas a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática. Se o castigo do autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte adelinquir. Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua justificação deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos (BITENCOURT, 2018, p. 152).

Ademais, a presente teoria divide-se em: prevenção geral e prevenção especial. A primeira divisão diferencia-se da segunda no que tange ao destinatário, vez que na prevenção geral o foco é a coletividade social, ao passo em que na

prevenção especial o destinatário é o indivíduo que delinuiu (BITENCOURT, 2018). Por fim, salienta ainda Bitencourt (2018, p. 152): “Tanto para as teorias absolutas, como para as teorias relativas, a pena é considerada um mal necessário”. Dessa forma, ambas as teorias buscam, em tese, a aplicação da pena privativa de liberdade em desfavor daqueles indivíduos que praticam ilegalidades contra a sociedade, a fim de obter um resultado: seja para retribuir a infração cometida ou para prevenir que novas infrações as leis penais não volte a acontecer.

Outro fator importante que merece atenção por parte do Estado é a questão do preconceito social para com o retorno do egresso ao convívio social, vez que “o estigma da condenação, carregado pelo egresso, o impede de retornar ao normal convívio em sociedade” (GRECO, 2020, p. 354). Com isso, a sociedade brasileira ainda possui um forte sentimento retrógrado de não aceitação dos presos ao mercado de trabalho, por exemplo, tendo em vista o mau histórico de antecedentes criminais.

Desse modo, preleciona Greco (2020, p. 354):

Quando surgem os movimentos de reinserção social, quando algumas pessoas se mobilizam no sentido de conseguir emprego para os egressos, a sociedade trabalhadora se rebela, sob o seguinte argumento: “Se nós, que nunca fomos condenados por praticar qualquer infração penal, sofremos com o desemprego, por que justamente aquele que descumpriu as regras sociais de maior gravidade deverá merecer atenção especial?” Sob esse enfoque, é o argumento, seria melhor praticar infração penal, “pois ao término do cumprimento da pena já teríamos lugar certo para trabalhar!”.

Neste contexto, de acordo com o artigo 202 da LEP:

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei (BRASIL, 1984).

Dessa forma, infere-se que o atestado de bons antecedentes, após o cumprimento da pena imposta, é uma garantia legal aos presos, vez que o legislador já se precaveu no sentido da observância do retorno ao convívio social, tendo em vista que no ordenamento jurídico pátrio não é admitido penas perpétuas tampouco que se pendurem eternamente os efeitos da condenação. Assim, o condenado não deverá sofrer preconceitos por parte da sociedade ao retornar a ter uma vida comum, vez que “o egresso ressocializado, que deixa de praticar novos crimes, torna-se um cidadão útil e responsável” (GRECO, 2020, p. 353).

Além disso, para Greco (2020, p. 354) “Ressocializar retirando o preso do seu meio social é uma verdadeira contradição”. Segundo o presente autor, um método eficiente para a ressocialização dos encarcerados seria afastá-los, ao máximo possível, do sistema prisional, desde que com a imposição de medidas alternativas à prisão, tendo em vista que quanto maior for o número de condenações maiores serão também os problemas dentro do cárcere, tornando, portanto, um ambiente ineficiente para tal finalidade (GRECO, 2020).

Com base no exposto, o autor supramencionado propõe a aplicação de medidas alternativas à privação de liberdade como um fator de maior eficiência para o processo de ressocialização em determinados crimes, vez que os apenados irão ser punidos pelas infrações penais praticadas, contudo permanecerão convivendo normalmente em sociedade. Assim, de acordo com o CPB, constituem penas restritivas de direitos:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - limitação de fim de semana.
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana (BRASIL, 1940).

Contudo, vale destacar que para a aplicação das penas previstas no artigo acima mencionado, o juiz deverá observar aos requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, conforme se verifica no dispositivo do CPB abaixo:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;
- II – o réu não for reincidente em crime doloso;
- III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (BRASIL, 1940).

Dessa forma, a substituição da pena privativa de liberdade por alguma restritiva de direitos, desde que observado aos requisitos legais do artigo 44 do CPB, irá contribuir, em determinados casos, para que não superlote ainda mais o sistema prisional brasileiro, sobretudo para com a reintegração do apenado ao convívio social, pelo fato de que “o processo de ressocialização ocorreria de forma natural, tendo em vista a manutenção do condenado em seu meio social” (GRECO, 2020, p. 354).

Ademais, neste contexto, vale destacar que uma vez o Estado assumindo o compromisso de colocar de forma desenfreadamente mais pessoas dentro do cárcere deverá obrigatoriamente que fornecer o mínimo de amparo legal, proporcionando a devida assistência material, sobretudo arcando com os custos relativos à sobrevivência e manutenção da vida dos custodiados. Com isso, de acordo com dados extraídos do SISDEPEN, no período de junho de 2021, nota-se, na tabela abaixo, a existência de um alto custo dos Governos das Unidades Federativas para manter o funcionamento do sistema prisional:

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional

Despesa com Pessoal	Outras Despesas	Custo médio do Preso por Unidade Federativa	Despesa total

R\$1.020.666.148,15	R\$ 365.171.559,70	R\$ 1.974,34	R\$ 1.385.837.707,85
---------------------	--------------------	--------------	----------------------

Tabela 6 - Custo dos Presos e demais despesas do Sistema Prisional

Com base no exposto, vale destacar que os gastos com despesa pessoal correspondem, de acordo com o SISDEPEN, em sua grande maioria, aos pagamentos dos salários dos funcionários do órgão da administração penitenciária. Além disso, os gastos relativos a outras despesas correspondem a mais de 50% (cinquenta por cento) com alimentação, conforme explanado pelo o gráfico a seguir:

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional

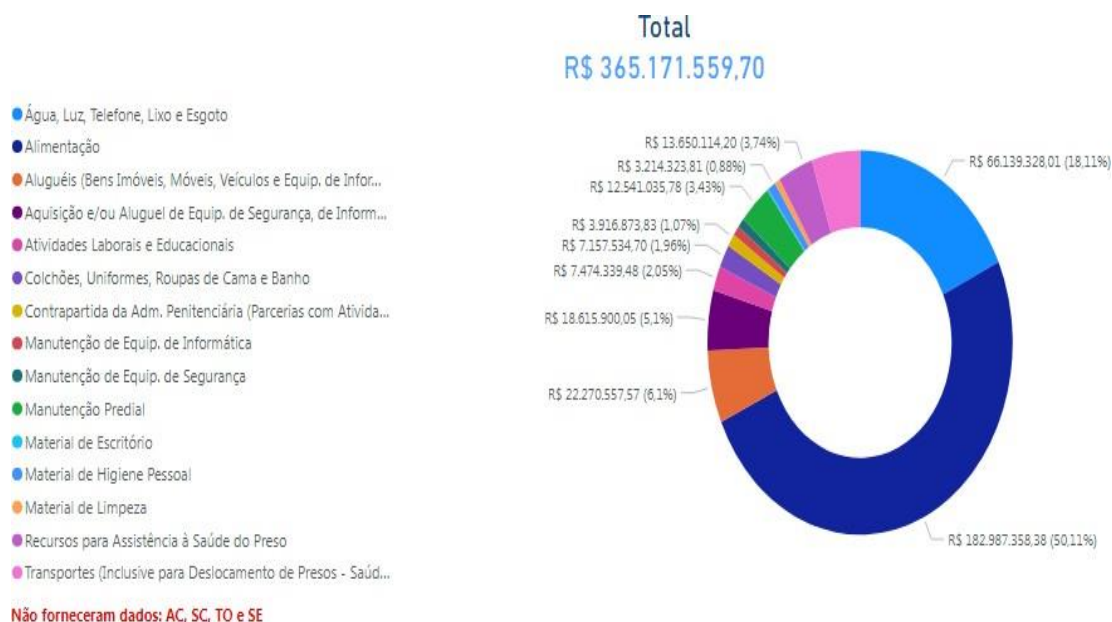


Gráfico 4 - Outras Despesas no Sistema Prisional

Assim, o alto custo para manter tão somente um único preso, por unidade prisional, em cada Estado, no Brasil, supera os valores de muitos dos benefícios nos quais grande parte da população brasileira recebe, a exemplo, do benefício referente ao programa bolsa família, fornecido pelo Governo Federal as pessoas que se declaram hipossuficientes financeiramente, além de superar até mesmo o valor correspondente ao salário mínimo vigente.

Desse modo, infere-se que o alto custo para manter o normal funcionamento do sistema prisional brasileiro tornou-se um fator de grande incidência para críticas por parte da própria população, tendo em vista que tais despesas são pagas através

do dinheiro público arrecadado pelos Governos e as despesas totais chegam a valor absurdo de mais de um bilhão de reais, conforme demonstrado na tabela 6 acima. Assim, tal fato, por si só, é um motivo pelo qual desperta um sentimento de ódio por parte da sociedade contra os presos, dificultando, ainda mais a aceitação dessas pessoas novamente ao convívio em sociedade.

Portanto, observa-se que o sistema prisional brasileiro apresenta inúmeros problemas, carece de organização estrutural e, ainda por cima, possui um alto custo para o seu normal funcionamento. Logo, por tais razões não é de se descartar a adoção da ideia do minimalismo penal no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que “aliviaria o problema da ressocialização” (GRECO, 2020, p. 354), já que o Estado, por vezes, somente se preocupa em demonstrar para a sociedade a existência de um trabalho de repressão a criminalidade, por meio do crescente aumento no número de presos.

Todavia, percebe-se que não há uma satisfatória preocupação por parte do poder público no que tange a sua responsabilidade em garantir o mínimo de dignidade no ambiente prisional no qual irá inserir os presos, tendo em vista que, de acordo com Carnelutti (2015, p. 13) “para corrigir o réu é necessário conservar-lhe a vida”, e não oferecer aos apenados condições desumanas e degradantes. Ademais, vale ressaltar, por fim, que algum dia estes irão concluir o cumprimento de suas penas, retornando-lhes para a sociedade. Assim, poderão apresentar um comportamento social melhor ou pior daquele no qual possuía antes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico tratou da realização de análise acerca do processo de ressocialização dos encarcerados no contexto do atual sistema prisional brasileiro diante dos principais problemas inseridos nos estabelecimentos prisionais.

A princípio foi apresentada introdução sobre o tema, abordando em seguida várias temáticas relativas aos aspectos históricos do nascimento e evolução da pena privativa de liberdade diante das principais fases da pena, além da abordagem dos primeiros modelos de estabelecimentos prisionais norte-americanos, a partir do estudo dos sistemas penitenciários clássicos.

A partir disso, verificaram-se os principais problemas pertinentes ao sistema prisional, sobretudo com ênfase ao grande problema da constante superlotação nos estabelecimentos penais, por meio da análise da realidade carcerária. Ademais, a

presente monografia destinou um tópico específico para tratar dos direitos e garantias legais do encarcerado, explorando os direitos e garantias previstos na Constituição Federal da República Federativa Brasileira de 1988 bem como na Lei de Execução Penal.

Por fim, foram discutidas algumas alternativas plausíveis para a concretização do processo de ressocialização, com o intuito de obtenção de resposta ao problema da pesquisa na qual propõe a apresentação de soluções cabíveis a serem analisadas para que os encarcerados possam estar aptos a voltarem novamente ao convívio social sem praticarem novos delitos em liberdade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 24ª edição, São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 de nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)

[lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 21 de nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)

[lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 29 de nov. 2021.

BRASIL. DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Publicações. Painéis interativos. Medidas de Combate à COVID-19 – Painéis de Monitoramento.

Disponível em: www.gov.br/depen/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/paineis-interativos. Acesso em 28 de out. 2021.

BRASIL. DEPEN. **Departamento Penitenciário Nacional. Sisdepen. Informações Gerais – Presos em Unidades Prisionais no Brasil**. Disponível em:

<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em 03 de nov. 2021.

BRASIL. DEPEN. **Departamento Penitenciário Nacional. Sisdepen. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Custo do preso em 2021 no período de**

junho. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em 03 de nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 01 de nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.455 de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em 29 de nov. 2021.

BRASIL. POLITIZE. **O massacre do Carandiru e suas versões.** 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/massacre-do-carandiru/>. Acesso em 10 de nov. 2021.

BRASIL. UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 10 de nov. 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena.** 1ª. edição. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CORSI, Éthore Conceição. **Pena: origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena.** 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pena-origem-evolucao-finalidade-aplicacao-no-brasil-sistemas-prisionais-e-politicas-publicas-que-melhorariam>. Acesso em 20 de nov. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** 19ª edição. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas.** 5ª Edição, ver, ampl. e atual. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2020.

MARTINS, Jilia Diane. **A condição do encarcerado no sistema prisional: biopolítica e desenvolvimento como liberdade.** 1ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

VASCONCELLOS, Jorge. **Ministro Peluso destaca importância do programa começar de novo.** 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ministro-peluso-destaca-importancia-do-programa-comecar-de-novo/>. Acesso em 20 de nov. 2021.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CRIADORES DE CONTEÚDO DIGITAL NO ÂMBITO DA PUBLICIDADE ENGANOSA NO AMBIENTE VIRTUAL

MARIA CLARA PIRES CASTRO DE MEDEIROS:

Acadêmica de Direito, cursando o 9º período no Centro Universitário Santo Agostinho e estagiária da Seção Judiciária do Piauí.

DHEYNE CRISTINE DE SOUSA PEREIRA¹¹¹

(coautora)

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA BERNARDES¹¹²

RODRIGO SARAIVA ARAÚJO⁵

(orientadores)

RESUMO: Atualmente, o ambiente digital tem conquistado cada vez mais espaço na sociedade através das mídias sociais, criando um modelo desejado de sociedade de consumo com o auxílio do *marketing*. Dessa maneira, a relevância do presente artigo versa sobre o surgimento do *digital influencer* que age através das redes sociais induzindo milhares de pessoas, partilhando suas opiniões sobre determinado produto e assim potencializando as vendas de seus contratantes. Mas até que ponto as impressões sobre determinado produto são de fato verdadeiras? É nesse sentido que o propósito do estudo visa identificar e analisar a responsabilidade civil dos criadores de conteúdo digital no âmbito da publicidade enganosa no ambiente virtual. Através do método de pesquisa indutivo fundamentou-se o estudo do tema, por meio de livros, periódicos científicos, teses e decisões judiciais pautadas na jurisprudência adotada nos tribunais brasileiros, tratando o influenciador digital como fornecedor equiparado do serviço. Por fim, conclui-se que os órgãos de defesa do consumidor vedam as práticas ofensivas através da publicidade

111 Graduanda em Bacharelado em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

112 Professora Orientadora. Mestra em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Público com habilitação em docência do ensino superior pela FAETE, rochelefirmeza@hotmail.com.

5 Professor Coorientador. Mestre em Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa. Pós-graduado em Direito Civil, Processo Civil, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, rodrigoavarias@hotmail.com.

enganosa no intuito de ludibriar o consumidor final, adotando responsabilidade objetiva para os criadores de conteúdo digital que incorrerem nessas práticas.

Palavras-Chave: *Marketing. Publicidade. Digital influencer. Internet. Consumidor.*

ABSTRACT: Currently, the digital environment has conquered more and more space in society through social media, creating a desired model of consumer society with the help of marketing. In this way, the relevance of this article is about the emergence of the digital influencer that acts through social networks inducing thousands of people, sharing their opinions about a certain product, and thus enhancing the sales of their contractors. But to what extent are impressions about a particular product true? It is in this sense that the purpose of the study aims to identify and analyze the civil liability of digital content creators in the context of misleading advertising in the virtual environment. Through the inductive research method, the study of the theme was based, through books, scientific journals, theses, and judicial decisions based on the jurisprudence adopted in Brazilian courts, treating the digital influencer as an equivalent provider of the service. Finally, it is concluded that consumer protection agencies prohibit offensive practices through misleading advertising to deceive the final consumer, adopting strict liability for digital content creators who incur in these practices.

Keywords: Marketing. Advertising. Digital influencer. Internet. Consumer

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia, as mídias sociais ganharam força, ampliando espaço em todos os seguimentos, principalmente na publicidade e propaganda. Dentre diversas estratégias de venda e divulgação surgiram os criadores de conteúdo digital, que ajudaram a impulsionar o setor de vendas divulgando uma visão pessoal dos produtos e serviços de seus contratantes.

Entende-se através de uma convenção social que só existe uma profissão no mundo, qual seja a do vendedor e, por isso, revela-se de suma importância o estudo das relações sociais entre os consumidores e os influenciadores. Estes últimos, são pessoas que se apresentam como fornecedores equiparados, apresentando e fazendo publicidade sobre determinado serviço ou produto.

Nesse sentido, compreende-se a importância do influenciador digital na sociedade de consumo, buscando analisar até que ponto a publicidade enganosa promovida por ele

pode impactar na vida do consumidor final do produto ou serviço, uma vez que tenha induzido o mesmo ao erro na aquisição de serviços claramente enganosos.

A discussão da problemática fundamenta-se em discutir: Como responsabilizar os criadores de conteúdo digital em relação a publicidades enganosas divulgadas em suas redes sociais. Assim, constata-se ser possível a responsabilidade civil desse tipo de conduta praticada em face do consumidor, o que enseja a necessidade de responsabilização do profissional ao dano causado ao seu espectador através das plataformas digitais.

De tal maneira, a escolha do tema se justifica na importância de analisar e demonstrar o instituto da responsabilidade civil aplicada a estes profissionais, que ao divulgarem produtos com o objetivo de obter lucro tornam-se integrantes da cadeia de consumo.

Nesse ínterim, a discussão sobre o assunto possui relevância jurídica uma vez que demonstra ser possível a responsabilidade solidária entre o influenciador que indica o consumo e a compra do produto e o fornecedor que vende, de fato, o objeto da publicidade enganosa. Logo, se tornando evidente tal responsabilização, fica o consumidor resguardado e ciente de quem deve buscar a devida reparação em caso de possíveis danos.

Esta temática acadêmica é relevante, devido ao caráter atual do tema e a necessidade de estudos relacionados a matéria proposta, evidenciando a importância de um estudo aprofundado acerca do instituto em questão. Por fim, a relevância social se sustenta no fato de que os influenciadores digitais estão presentes diariamente na rotina dos consumidores, incentivando o consumo de marcas e produtos diariamente.

Dessa forma, será utilizado como método de estudo a pesquisa de natureza bibliográfica em livros, periódicos científicos, teses, dissertações e outras fontes acadêmicas de domínio público, utilizando também os principais doutrinadores, teóricos, leis e súmulas no âmbito jurídico relacionado a questão, com o intuito de criar embasamento teórico necessário para a propositura da presente pesquisa.

Diante do exposto, constitui-se como objetivo principal deste trabalho analisar juridicamente como ocorre a responsabilização civil dos influenciadores digitais que veiculam publicidades enganosas nas redes sociais, através da análise dos integrantes da cadeia de consumo.

No primeiro capítulo será abordada a evolução histórica e o tratamento constitucional acerca do direito do consumidor e da relação jurídica de consumo. No segundo capítulo será analisada a consolidação do mercado digital e o papel dos criadores de conteúdo, as relações de consumo online e a publicidade deste mercado, além do conceito de influenciador digital e seu papel na cadeia de consumo online.

Dando continuidade ao trabalho, no terceiro capítulo será abordado o tema sobre a consolidação do mercado digital e o papel dos criadores de conteúdo, as relações de consumo online e a publicidade no mercado digital, além do conceito de influenciador digital e seu papel na cadeia de consumo *online*.

Por fim, temos o quarto capítulo que trata da responsabilidade civil do influenciador digital diante da publicidade enganosa e análise da responsabilidade civil e responsabilidade solidária do influenciador digital. Em consequente a conclusão final do estudo, expondo uma síntese das ideias expostas.

Pretende-se, portanto, que o presente estudo possa despertar o interesse da comunidade acadêmica e jurídica para a necessidade de novos estudos relacionados ao tema em voga, que se constitui de grande relevância na sociedade contemporânea.

Deste modo, almeja-se contribuir para a efetiva proteção do consumidor, vislumbrando o papel do fornecedor na relação consumerista e a importância da publicidade ética, respeitando os princípios constitucionais de defesa do consumidor consagrados pela Constituição Federal de 1988. Diante das informações expostas previamente, iniciar-se-á o avanço do tema proposto.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL ACERCA DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Tem-se como ramo do direito que regula as relações de consumo, o Direito do Consumidor. Tal disciplina é caracterizada por ter como premissa a defesa dos interesses individuais e coletivos na relação do fornecedor para com o consumidor, buscando de forma veemente a equidade nas relações consumeristas, vedando cláusulas abusivas e protegendo o consumidor contra a publicidade e propaganda enganosas dos fornecedores de produtos e/ou serviços.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 surgiu a necessidade de resguardar os usuários de práticas abusivas, instituindo a proteção dos direitos do consumidor como

um direito fundamental. A Carta Magna, através do seu artigo 5º, inciso XXXII, impôs que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Com o intuito de alcançar os objetivos propostos foi criado o Código de Defesa do consumidor (CDC) em 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor. O referido código aduz:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (BRASIL, 1990).

Esta regulamentação jurídica da relação consumidor-fornecedor é considerada um marco nas relações de consumo, uma vez que passaram a ter como característica básica o equilíbrio entre as partes. De tal modo que as normas jurídicas são regidas, tanto pelo código de defesa do Consumidor, quanto pelos princípios fundamentais.

Nesse sentido, os princípios são fontes basilares que fundamentam as decisões judiciais, servindo como base para estabelecer normas de ordem pública e de interesse social, visando a proteção do consumidor e o equilíbrio entre as partes, uma vez que o consumidor é considerado a parte mais vulnerável na relação jurídica de consumo.

Nesse ínterim, dispõe o Código de Defesa do Consumidor que se constituem direitos básicos do consumidor, a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos, a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

Tais direitos básicos do consumidor são consolidados como garantia constitucional e são de suma importância na sociedade capitalista, visto que são responsáveis por manter o equilíbrio das relações comerciais, protegendo o consumidor, parte vulnerável na relação de consumo.

Pautando-se na primordialidade de evitar quaisquer situações de vulnerabilidade nas relações consumeristas surgiu a necessidade de regular o contrato de consumo. Para tanto foi instituído o princípio da vulnerabilidade, cujo intuito é nortear as relações de consumo e restringir a desigualdade econômica entre as partes.

Segundo Braga Netto, a vulnerabilidade do consumidor fundamenta o sistema de consumo e em razão dela que foi editado o CDC, que busca fazer retomar o equilíbrio a essa relação frequentemente desigual entre consumidor e fornecedor. Nesse diapasão o mesmo autor aduz:

No Brasil a situação de vulnerabilidade da pessoa física (consumidora) é presumida, ao passo em que a vulnerabilidade da pessoa jurídica (consumidora) deverá ser demonstrada no caso concreto. Isso não colide com a afirmação que fizemos de que todos os consumidores são vulneráveis. Se a vulnerabilidade da pessoa jurídica não for demonstrada, pode ser que estejamos diante de uma relação empresarial, e não de consumo (2019, p.51).

Destarte, com a expansão do comércio de serviços e produtos através das mídias sociais a relação jurídica de consumo passou a desenvolver-se rapidamente, ensejando a atualização de suas normas legais e protetionistas em benefício do consumidor.

Compreende-se como significado de mídia todo meio de comunicação de massa, entre eles a televisão, rádio, *internet*, dentre outros. Estas mídias sociais são caracterizadas por unirem as redes sociais *online* com o intuito de publicidade, propaganda, relacionamentos sociais e empreendedorismo.

Não se pode negar que as mídias sociais têm papel fundamental na formação da opinião pública, principalmente em relação a serviços e produtos. Essas ferramentas midiáticas são vastamente utilizadas como mecanismo de apoio para publicidade e *marketing*, criando sociedades de consumo que estimulam o desejo de compra entre os usuários.

Da mesma forma que com a mídia convencional, as relações na mídia social têm a ver principalmente com a construção de relacionamentos. Assim como você cria afinidade com jornalistas lendo devotamente seu trabalho, você conhece blogueiros e os

líderes da mídia social lendo e comentando em seus blogs, suas fotos e no Twitter (BAREFOOT, 2010, p.136).

Atualmente, podemos observar o quanto as mídias sociais vêm ganhando espaço em nossas vidas, influenciando de diversas maneiras nossas decisões, através do bombardeio de informações divulgadas nos meios de comunicação. Como exemplo, tem-se a plataforma *Instagram* que através de algoritmos proporciona ao consumidor páginas de vendas induzindo este a aquisição de bens ou serviços online.

Em virtude disso, os sites de loja *online* cresceram exponencialmente durante a pandemia do COVID-19, que restringiu a circulação de pessoas através do isolamento social e incentivou a comunicação virtual. Visto como o novo normal, a *internet* contribuiu para a atual sociedade de consumo possibilitando a realização de compras através de qualquer lugar se utilizando das facilidades que as mídias sociais proporcionam.

Conforme o entendimento de Muniz Silva:

No ambiente das redes sociais, criar conteúdo que atraia o consumidor é questão de sobrevivência. Trata-se de acompanhar o seu cliente de forma personalizada, definir um público-alvo, descobrir aonde ele está, qual a rede social que mais utiliza e pelo que se interessa, desenvolvendo uma estratégia específica (2017, p.22).

Portanto, pode-se concluir que as mídias sociais facilitam as vendas e as relações de fidelidade com o cliente, em decorrência da grande visibilidade dos produtos ou serviços ofertados, uma vez que são primordiais para a comunicação na *internet* e nesse contexto torna-se o influenciador imprescindível pois ele é responsável por interligar a marca ao consumidor.

3 A CONSOLIDAÇÃO DO MERCADO DIGITAL E O PAPEL DOS CRIADORES DE CONTEÚDO

A globalização trouxe grandes mudanças nas relações de consumo, entre elas o surgimento do mercado *digital*, que através da *internet* e das mídias sociais transformou o consumo virtual numa ferramenta prática e acessível a todos, "com a evolução tecnológica

e a criatividade profissionalmente empregada no mercado, é possível observar a incessante diversificação dos meios de comunicação utilizados” (BESSA; MOURA, 2014, p.154).

Atualmente o comércio eletrônico tem ganhado força com o avanço tecnológico nas relações de consumo *online*, conforme expresso a seguir:

Então, com a chegada do comércio digital e o fim das barreiras físicas, cada vez mais o consumidor foi moldando seu ambiente de acordo com seu gosto, a internet veio então como uma proposta clara de que essa poderia ser uma via de mão dupla. As empresas perceberam que um nicho estava se formando ali e novas necessidades específicas (SILVA, 2017, p.38).

Nesse sentido tem-se que o mercado *digital* compreende todos os meios que se utilizam da *internet* para comercializar produtos ou serviços, tendo como principal objetivo facilitar o acesso dos consumidores as empresas. Tais facilidades proporcionadas por essa ferramenta de consumo favorecem a utilização das mídias sociais e contribuem para o crescimento exponencial das vendas *online*.

Não são apenas as mídias tradicionais que disseminam apelos ao consumo, mas também as novas redes sociais, as mensagens enviadas por telefones celulares (que hoje assumem múltiplas funções) e até mesmo as ações de marketing realizadas em ambientes escolares ou na forma de promoção de eventos esportivos, artísticos ou culturais. Com isso, as pessoas encontram-se frequentemente expostas às mais diferentes formas de publicidade, nem sempre éticas ou legais (BESSA; MOURA, 2014, p.153).

Ocorre que apesar de o mercado virtual ter trazido grandes facilidades ao comércio *online*, essa nova ferramenta acarretou muitas dúvidas acerca dos direitos dos consumidores, uma vez que este é considerado parte vulnerável na relação consumerista.

3.1 As relações de consumo online e a publicidade no mercado digital

Inicialmente torna-se necessário pontuar que Bauman (2008), autor que consagrou a cultura consumista como o eixo da sociedade na modernidade, dispôs sobre o padrão de sociedade atual, cuja união se dá pelo consumismo e é marcado pelas escolhas econômicas de seus indivíduos.

Assim, é inegável que o advento da globalização e a utilização da *internet* e das redes sociais cresceu exponencialmente, alcançando públicos antes indisponíveis, contribuindo diretamente para a expansão das relações de consumo *online*. Esta relação é caracterizada por três elementos básicos, quais sejam: o consumidor, o fornecedor e o produto ou serviço.

O consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo, sendo compreendido como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Já o fornecedor é o indivíduo que realiza, diretamente ou por equiparação, a venda do produto ou serviço. Podendo ser considerado como tal o terceiro que atua como intermediário na relação consumerista, atuando na condição de fornecedor equiparado, como por exemplo, o influenciador digital.

Ademais, a lei configura como produto ou serviço:

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 1990).

É mister salientar que a publicidade tem o papel de dar visibilidade a marca na divulgação do produto, sendo uma forma de comunicação que possui o objetivo de persuadir o consumidor a realizar a compra do produto. Além disso, mostra-se necessário realizar a diferenciação do conceito de publicidade e propaganda, sendo diversas vezes utilizadas como sinônimos, todavia, diferem-se em inúmeros aspectos.

Porquanto a publicidade tem caráter comercial, a propaganda tem sentido ideológico, objetivando transmitir ideias que podem ser políticas, religiosas, dentre outras. Entende-se como publicidade “toda e qualquer forma comercial e massificada de oferta de produtos ou serviços patrocinados por um fornecedor identificado (direta ou indiretamente), persuadindo sujeitos dispostos a consumi-los” (BESSA; MOURA, 2014, p. 153).

Neste sentido, a publicidade age como o conjunto de estratégias voltadas a divulgação de um serviço ou produto ao público, seja através de mídia física ou *digital*, objetivando criar o desejo de compra no consumidor.

A publicidade se destaca como mola-mestra da economia informatizada, matéria prima de uma milionária indústria mundial. Em verdade, neste contexto de Sociedade da Informação, com desenvolvimento constante do mundo virtual, impulsionado pela expansão do ambiente da *Internet*, a publicidade se destaca, revelando também tarefa importante na sociedade contemporânea. Isso porque a prática publicitária se enquadra como instrumento capaz de disseminar valores culturais e éticos, implementar condutas e comportamentos, e oferecer o acesso rápido e fácil a bens e serviços, auxiliando a satisfação das mais diversas necessidades humanas que, conforme se nota, ampliam-se conforme a sociedade aumenta também a sua complexidade (BASAN, 2021, p. 264).

Logo, por ser a publicidade de suma importância no mercado *digital*, deve ocorrer de maneira clara e objetiva, para que o público-alvo, qual seja os consumidores, não sejam ludibriados ou lesados.

3.2 O conceito de influenciador digital e seu papel na cadeia de consumo online

Os influenciadores digitais se caracterizam como “formadores de opinião, possuindo a capacidade de modificarem o comportamento e a mentalidade daqueles que os seguem, em razão da maneira que expõem seus gostos, seu dia a dia, suas preferências, nas quais, acabam conquistando a confiança daqueles que os acompanham, os chamados seguidores” (MIRANDA, GABRIELE, BEZERRA).

Este profissional é uma espécie de celebridade nas mídias sociais, responsável por promover produtos ou serviços de seus contratantes. Nesse sentido se coaduna a doutrina:

O termo, *Digital Influencer* ou Influenciador Digital, é utilizado para dar nome a uma personalidade formadora de opinião *online*, que através de suas divulgações de conteúdo em mídias digitais, como por exemplo, blog pessoal e redes sociais — *Instagram e Facebook*, transmitem diferentes tipos de estilo de vida, resultando em produto de entretenimento ao público e seus seguidores (MAFFRA, 2020).

Apesar de não ser uma regra, geralmente o influenciador possui uma grande quantidade de seguidores e através de seu uso pessoal, divulgado em seu perfil *online*, acaba por influenciar milhares de pessoas a adquirir os serviços que o mesmo é contratado

para promover. Por esse motivo, muitas marcas optam por contratar o *influencer* para servir como símbolo, pois estes atingem seu público-alvo com maior intensidade, conseqüentemente, aumentando suas vendas.

Nesse ínterim, não restam dúvidas que “os influenciadores servem como pontes entre as marcas/produtos/serviços e seu público-alvo, considerando que os seus seguidores estabelecem o que vão consumir ao interagir e buscar conteúdo nos perfis de seus influenciadores favoritos” (SAMPAIO; MIRANDA, 2021, p. 182).

Sendo assim, estes se utilizam de sua imagem e poder de persuasão, nas mídias sociais, com o intuito de influenciar pessoas a consumirem os produtos e serviços divulgados, acabam por realizar publicidade no ambiente virtual em faces de seus contratantes.

Dentro da lógica da Sociedade da Informação, também caracterizada pelo consumo como fundamento básico, as publicidades virtuais ganham maior destaque, afinal, são elas que induzem as pessoas a sentirem desejos insaciáveis de consumo, tornando a insatisfação uma permanente no mercado (BASAN, 2021, p. 264).

Através de uma relação de proximidade com seus seguidores, o ora mencionado profissional busca construir um laço de confiança e credibilidade, compartilhando conteúdos que variam desde atividades cotidianas à dicas de moda e *lifestyle*. É mister salientar que o criador de conteúdo *online* encaixa-se dentro de uma profissão, sendo necessária a devida responsabilidade pois são milhares de pessoas submersas em uma relação de confiança.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INFLUENCIADOR DIGITAL DIANTE DA PUBLICIDADE ENGANOSA

Preliminarmente, faz-se necessário distinguir a publicidade e propaganda. Nesse ínterim, afirma Tartuce (2020) que, a publicidade deve ter um objetivo sempre voltado para o comercial, além disso é paga e deve identificar o seu patrocinador, já a propaganda nem sempre é paga e identifica seu patrocinador, possui ainda uma maior amplitude, pois pode estar atrelada a fins religiosos, ideológicos, políticos, sociais, econômicos ou filosóficos.

O Código de Defesa do Consumidor proíbe a publicidade enganosa e apresenta as características da mesma, sendo ela uma publicidade onde existem informações ou comunicações, inteira ou parcialmente falsas, mesmo que por omissão. Tal publicidade é bastante comum no mercado *digital*, tendo em vista que todo o processo de compra é realizado de forma *online*, sem contato com o produto. Logo, as fotos dos produtos ofertados nem sempre condizem com a realidade, o que leva o consumidor ao erro, caracterizando a publicidade enganosa.

Sendo assim, é possível afirmar que a publicidade enganosa se configura toda vez que o influenciador *digital* ofende o princípio da confiança para com seus seguidores, quebrando o vínculo de credibilidade entre eles e divulgando produtos que não condizem com o real ofertado, levando assim o consumidor ao erro.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) proíbe a divulgação de toda e qualquer publicidade veiculada com a ausência de informações básicas em relação ao produto para o consumidor. A publicidade enganosa por omissão ocorre sempre que o fornecedor deixa de prestar informações essenciais ao consumidor, induzindo o mesmo ao erro na aquisição do produto ou serviço, em virtude dessa falha no dever de informação por parte do ora mencionado. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC. 6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança. 12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveat emptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão (STJ, 2007).

Sabe-se que a publicidade deve seguir regras básicas, entre elas respeitar o direito a informação do consumidor, consagrado através do artigo 5º, XIV, da Carta Magna, ao qual institui como garantia fundamental a pessoa humana. Além do mais, a publicidade deve conter todas as informações necessárias para que a compra seja efetuada de maneira ética e consciente.

4.1 Análise da responsabilidade civil e responsabilidade solidária do influenciador digital

Os influenciadores digitais são criadores de conteúdo *online*, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas, estes são responsáveis por divulgar produtos ou serviços, aproximando as marcas de seus seguidores, realizando assim trabalhos de publicidade que visam o aumento de vendas de seu contratante.

Considerando a evolução das relações de consumo dentro do ambiente virtual, é importante tratarmos sobre a figura do fornecedor equiparado, vejamos o posicionamento de Marques (2010, p. 105) *apud* Tartuce e Neves (2020, p.65) sobre o tema:

A figura do fornecedor equiparado, aquele que não é fornecedor do contato principal de consumo, mas é intermediário, antigo terceiro, ou estipulante, hoje é o “dono” da relação conexa (e principal) de consumo, por deter uma posição de poder na relação outra com o consumidor. É realmente uma interessante teoria, que será muito usada no futuro, ampliando – e com justiça - o campo de aplicação do CDC.

Logo, quando o influenciador digital age divulgando produtos contratados através de um fornecedor assume o risco, transformando-se em fornecedor equiparado. Dessa maneira consideram Tartuce, Neves (2020, p. 378)

Havendo uma publicidade ou oferta que causou dano aos consumidores, em regra e sem qualquer distinção, respondem solidariamente o veículo de comunicação, a empresa que a patrocinou e todos os responsáveis pelo seu conteúdo (agência de publicidade e seus profissionais).

Entende-se que o fornecedor não precisa especificamente ter participação total nos lucros da atividade, basta apenas que o mesmo receba determinada porcentagem sobre cada venda ou atue direta ou indiretamente na venda do produto ou serviço.

Nessa mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2019, julgou o Recurso Especial 1.580.432/SP, nos termos da ementa:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAL E MORAL - RELAÇÃO DE CONSUMO - DEFEITO DO PRODUTO - FORNECEDOR APARENTE - MARCA DE RENOME GLOBAL - LEGITIMIDADE PASSIVA - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA EMPRESA RÉ.

Hipótese: A presente controvérsia cinge-se a definir o alcance da interpretação do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, a fim de aferir se na exegese de referido dispositivo contempla-se a figura do fornecedor aparente - e, conseqüentemente, sua responsabilidade, entendido como aquele que, sem ser o fabricante direto do bem defeituoso, compartilha a mesma marca de renome mundial para comercialização de seus produtos.

1. A adoção da teoria da aparência pela legislação consumerista conduz à conclusão de que o conceito legal do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor abrange também a figura do fornecedor aparente, compreendendo aquele que, embora não tendo participado diretamente do processo de fabricação, apresenta-se como tal por ostentar nome, marca ou outro sinal de identificação em comum com o bem que foi fabricado por um terceiro, assumindo a posição de real fabricante do produto perante o mercado consumidor [...]. (STJ - Resp. 1.580.432/SP - Quarta Turma - Rel. Min. Marco Buzzi - j. 06.12.2018 - DJe 04.02.2019).

Dessa maneira, uma vez que age persuadindo o consumidor na hora da compra, estimulando o mesmo a adquirir o serviço, o influenciador *digital* deve ser considerado como fornecedor equiparado, incorrendo este no instituto da responsabilidade civil toda vez que sua intermediação causar danos ao consumidor.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor (CDC) a responsabilidade sobre a publicidade enganosa é objetiva, devendo o influenciador responder solidariamente com o fornecedor do produto pelos danos causados aos consumidores, partes vulneráveis da relação consumerista. Destarte, resta claramente demonstrado que o consumidor tem direito de responsabilizar o influenciador digital, ao ser induzido ao erro, como fornecedor equiparado e exigir a devida responsabilização civil pelos prejuízos causados.

Nesse sentido coaduna o Código de Autorregulamentação Publicitária (CONAR, 1980), no art.45, *caput*, que serão responsabilizados pela inobservância das normas regulamentadoras, o anunciante e a sua agência, bem como o veículo, ressalvado o veículo nas circunstâncias específicas no mesmo artigo.

Posto isto, verifica-se que é clara a posição jurídica relacionada a este tema no Brasil, uma vez que se reconhece a responsabilidade civil do influenciador digital no tocante a publicidades enganosas realizadas pelo mesmo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O influenciador *digital* é peça fundamental na atual sociedade de consumo, sendo diretamente responsável por influenciar seus seguidores no processo de compra, utilizando suas redes sociais para ampliar o laço de confiabilidade existente entre eles, servindo como elo entre o consumidor e a marca. Sabe-se que na atual sociedade de consumo o número de criadores de conteúdo *digital* cresceu de modo significativo, ocupando espaços importantes, evidenciando a importância das mídias sociais como estratégia de publicidade e *marketing*.

O presente trabalho teve como objetivo expor e analisar juridicamente o instituto da responsabilização civil dos influenciadores digitais no âmbito da publicidade enganosa através das redes sociais. Para que iniciássemos os estudos, explanou-se acerca das definições que envolvem o Direito do Consumidor e sua evolução histórica, principalmente no tocante ao mercado digital e as mídias sociais.

Ademais, trouxemos o conceito do influenciador *digital* e como o mesmo pode ser considerado como fornecedor equiparado, evidenciando a possibilidade de responsabilização civil nos casos de veiculação de publicidade enganosa. Pela leitura analítica da supramencionada legislação é possível notar que a publicidade enganosa é crime tipificado através do Código de Defesa do Consumidor (CDC), presente no artigo 37, que proíbe a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva ao consumidor.

Esse estudo teve como objetivo responder ao seguinte problema de pesquisa: "Como responsabilizar os criadores de conteúdo *digital* em relação as publicidades enganosas divulgadas em suas redes sociais?" Partindo dessa premissa verificamos que a publicidade tem papel fundamental dentro dessa relação, uma vez que atua no íntimo do consumidor, criando uma relação de desejo entre o mesmo e o produto, o que o leva a

consumir a marca ora promovida. Entretanto, por diversas vezes essa ferramenta é utilizada de forma errônea, levando o consumidor ao erro, sendo considerada como enganosa.

Diante do exposto, analisou-se no presente artigo a relação do criador de conteúdo e do fornecedor do produto, responsável por sua contratação, bem como a existência da responsabilidade civil do influenciador *digital* no caso de publicidade enganosa para com seus seguidores. Desse modo, compreende-se que os influenciadores digitais, quando fazem parte da relação de consumo devem responder solidariamente como fornecedor equiparado do serviço. Sendo assim, devem ser responsabilizados civilmente pelos prejuízos ao consumidor, destarte essa responsabilização deve ser objetiva, uma vez que não é requisito obrigatório a comprovação de culpa para tal.

Portanto, chega-se à conclusão de que sempre que houver prejuízos ao consumidor decorrente de sua relação de confiabilidade com o *digital influencer* e em relação a veiculação de publicidade enganosa por parte deste, deverá o ora mencionado ser responsabilizado civilmente nessa situação.

Conclui-se que a pesquisa atingiu os objetivos expostos anteriormente, analisando o cabimento da responsabilidade civil para com os criadores de conteúdo digital e demonstrando embasamento jurídico para tal proposição. Por fim, o presente trabalho não possui o escopo de esgotar os debates sobre o tema, mas apenas de contribuir para melhoria da discussão acerca da responsabilidade civil dos criadores de conteúdo no tocante a publicidade enganosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAREFOOT, Darren. **Manual de marketing em mídias sociais** / Darren Barefoot, Julie Szabo; [tradução Acauan Pereira Fernandes e Dennis Cintra Leite]. São Paulo Novatec Editora: No Starch Press, 2010. São Francisco.

BASAN, Arthur Pinheiro. **Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego**. Indaiatuba, Sp. Editora Foco: 2021.

BAUMAN, Z. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de; SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Distrito Federal: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. 290 p. Disponível em: <

<https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. > Acesso em: 11 fev. 2022

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor (1990)**. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm.> Acesso em: 23 fev. 2022

BRASIL, **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, (DF), 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.>. Acesso em: 25 fev. 2022

BRAGA, Netto, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**/Felipe Peixoto Braga Netto. - Salvador: Edições Juspodivm, 2019

CONAR. **Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, de 05 de maio de 1980**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 17 de abril 2022.

MAFFRA, Caroline. **39. Digital Influencier** In: ORTEGA, Fernando; NAHAS, Thereza; FREDIANI, Yone. Direito do Trabalho, Tecnologia, Fraternidade e OIT - Ed. 2020. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1153086762/direito-do-trabalho-tecnologia-fraternidade-e-oit-ed-2020>. > Acesso em: 08 de mar. 2022

MARQUES, Claudia. **Art. 36 - Seção III. Da Publicidade** In: MARQUES, Claudia. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - Ed. 2019. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2019. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1199048235/comentarios-ao-codigo-de-defesa-do-consumidor-ed-2019>. > Acesso em: 07 mar. 2022

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antônio H. V., BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, GABRIELE BEZERRA. *Responsabilização solidária entre o influenciador digital e o fornecedor em decorrência de publicidade enganosa por omissão nos produtos anunciados* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 maio 2021, 04:51. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56544/responsabilizao-solidria-entre-o-influenciador-digital-e-o-fornecedor-em-decorrncia-de-publicidade-enganosa-por-omisso-nos-produtos-anunciados>

NEVES, Daniel Amorim Assunção. TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. Volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989712/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 15 mar. 2022.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Ebook. Disponível em: <<https://solicitacao.com.br/files/conteudo/48/curso-de-direito-do-consumidor---rizzatto-nunes---2018.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2022.

SILVA, Chris Taíne Muniz da. **A influência das redes sociais no comércio contemporâneo**. Orientador: Célio Santana. 2017, p. 22. TCC (Graduação) – Curso de Gestão da Informação, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/34943/1/Chris%20Ta%C3%ADne%20Muniz%20da%20Silva.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2022.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva; MIRANDA, Thainá Bezerra. **A responsabilidade civil dos influenciadores digitais diante do Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 133. ano 30. p. 175-204. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resp 1.580.432-SP**, Rel. Min. Marco Buzzi, por unanimidade, julgado em 06/12/2018, DJe 04/02/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-stj-fornecedor-aparente.pdf>> Acesso em: 22 mar. 2022.

A CITAÇÃO E A DEFESA OBRIGATÓRIA DOS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA NOS INQUÉRITOS POLICIAIS QUE ENVOLVAM O USO DA FORÇA LETAL NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DESSES AGENTES.

NEY CÉSAR DA SILVA BECKMAN:

Graduado em Pedagogia pelo Instituto de Ensino Superior do Amapá- IESAP; Graduado em Matemática pela Universidade Estadual Vale do Acaraú- UVA; Professor de Matemática e História da Rede Municipal de Ensino de Porto Nacional-TO e Acadêmico do Curso de Direito, cursando o 10º período na Faculdade Serra do Carmo-FASEC.¹¹³

ÊNIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO¹¹⁴

(orientador)

RESUMO: Esta pesquisa traz à discussão e ao debate, os diversos entendimentos que pairam sobre a inserção do Art. 14-A no Código de Processo Penal, com o advento da lei 13.964/2019, conhecida como o Pacote anticrime. O Art. 14-A do CPP passou a destacar a obrigatoriedade da presença do defensor técnico e da citação para os inquéritos que envolvam os agentes de segurança pública definidos nos artigos 142 e 144 da CRFB/88, quando estes fizerem uso da força letal praticados no exercício profissional. Vale lembrar que se o réu não nomear defensor, a instituição que este pertence deverá ser notificada para que esta providencie. Este artigo tem como objetivo trazer uma reflexão maior sobre esta mudança, se esta regra torna obrigatória ou não tais providências expressas no artigo 14-A? Se estas não forem obedecidas, os atos supervenientes devem ser anulados? São estes questionamentos que serão abordados com intuito de melhor definir ao leitor uma opinião mais concreta e definida com a ajuda deste artigo e em uma perspectiva de uma análise mais profunda sobre este tema.

113 Email: beckmanney2020@gmail.com

114 Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo. Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Professor de Direito e Processo Penal, escritor. Delegado da Polícia Civil do Tocantins.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigatoriedade. Possibilidade. Inquérito Policial. Ampla Defesa. Defensor Técnico. Citação.

ABSTRACT: This research brings to discussion and debate, the different understandings that hover over the insertion of Art. 14-A in the Criminal Procedure Code, with the advent of law 13.964/2019, known as the Anti-Crime Package. The Art. 14-A of the CPP started to highlight the mandatory presence of the technical defender and the summons for investigations involving public security agents defined in articles 142 and 144 of CRFB/88, when they make use of lethal force practiced in their professional practice. It is worth remembering that if the defendant does not appoint a defender, the institution to which he belongs must be notified so that it can arrange for it. This article aims to bring a greater reflection on this change, if this rule makes mandatory or not such measures expressed in article 14-A? If these are not obeyed, should the supervening acts be annulled? These are the questions that will be addressed in order to better define to the reader a more concrete and defined opinion with the help of this article and in a perspective of a deeper analysis on this topic.

KEYWORDS: Mandatory. Possibility. Police Inquiry. Broad Defense. Technical defender. Quote.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Defesa como possibilidade. 3. A Defesa como obrigação. 4. Da obrigatoriedade da citação - "notificação". 5. Divergência doutrinária sobre o artigo 14-a do CPP. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

I – INTRODUÇÃO

Este artigo emana das diversas discussões e debates que surgiram após o advento da lei 13.964/19, conhecida como "pacote anticrime". Esta lei veio alterando o Código de Processo Penal Brasileiro em diversos pontos, e tinha como principal objetivo realizar mudanças para que o combate aos crimes violentos, aos crimes organizados e à corrupção tivessem uma eficácia maior, e com isso esses crimes viessem a ser combatidos de forma mais eficiente.

Com essas mudanças, vários debates foram realizados, e como toda democracia, essas introduções penais são até hoje discutidas, com fins claramente de se construir cada vez uma legislação justa de modo que possamos ter um direcionamento no modo de agir, de julgar, com perspectivas de que estamos praticando uma lei com mais clareza e justiça, e que venham dar aquele senso de justiça mais aceitado de uma forma geral.

Sabe-se o quanto importante é a existência do inquérito policial, de que apesar de ser um processo administrativo considerado dispensável em algumas das vezes na ação penal, este influi muitas das vezes, de forma direta, nas decisões tomadas por diversos

magistrados do país. Agindo, em certas ocasiões como peça fundamental para se chegar a verdade e na elucidação de fatos, que trouxeram consigo, a verdade daquilo que aconteceu, bem como, a identidade irrefutável da autoria da ação criminal ora investigada e julgada.

Este inquérito, tão importante, tem suas características próprias e em algumas delas, o surgimento da lei 13.964/2019, veio atingir diretamente, que foi a do sigilo e de ser inquisitório, pois será mostrado, como isso ocorreu e até que certo ponto isso vem influenciar ou não no desenvolvimento do inquérito e da importância e crescimento da razoabilidade com a aplicação da obrigatoriedade da defesa técnica e da citação na forma do Artigo 14-A do Código de Processo Penal.

Com a novidade da legislação brasileira, principalmente relacionada ao processo penal, um dos pontos muito questionado pela justiça, foi a introdução do Artigo 14-A e seus parágrafos do CPP, que trouxeram a novidade da obrigatoriedade da citação de da defesa técnica dos agentes de segurança pública expressos nos Art. 142 e 144 a Constituição Federal Brasileira de 1988, nos inquéritos policiais e militares, quando estes agentes figurarem como investigados, em razão do uso da força letal, quando este uso for praticado no exercício profissional de tais agentes.

Desta forma, este estudo será direcionado na busca incessante de maiores esclarecimentos, onde será abordado, o uso da defesa técnica enquanto possibilidade, bem como, quando esta defesa deve ter sua aplicabilidade tida como obrigatória. Também iremos mostrar como será trabalhada, a literalidade e a aplicação da citação exigida no Art. 14-A, §1º do Código de Processo Penal.

Outro ponto a ser debatido neste artigo, será o debate e o questionamento das duas vertentes jurídicas doutrinárias que tem distintas visões sobre a legalidade, a constitucionalidade e até onde vai a aplicabilidade desta novidade na legislação judiciária brasileira. Mostrando o quão importante é, este tema que irá ser explanado, de maneira responsável, crítica e científica, em que a opinião de juristas serão observadas, com suas justificativas na defesa de seus pensamentos jurídicos.

Não poderemos nos furtar de citar algumas consequências e quando serão realmente cobradas estas exigências do Art.- A, do CPP, pois as pesquisas realizadas e o acompanhamento dos mais renomados pensadores jurídicos mostram com uma clareza ímpar que este tema é de extrema importância, pela abrangência que este alcança e pela singular necessidade de dar uma maior credibilidade a legislação como um todo que rege

nosso atuar, na busca de um conjunto de normas que venha dar maior segurança jurídica a todos.

Por tudo isto, justifica-se a real necessidade de cada vez mais, discutimos temas relevantes como este, que só fazem engrandecer mais o conhecimento.

Pois ao final, o objetivo deste artigo é conseguir distinguir qual definição mais se aproxima da justiça que se almeja em sua opinião? Até onde estas mudanças são legais ou não são? Como exigir e em que casos realmente deverá ser cobrada estas obrigatoriedades que trazidas pela lei 13.964/2019 que se traduziram na introdução do Art. 14-A, do Código de Processo Penal brasileiro? Então, é na esperança que estes questionamentos sejam realmente debatidos e vistos com mais clareza que veio a razão da construção deste estudo científico.

II- A DEFESA COMO POSSIBILIDADE

Quando se fala em defesa como possibilidade, está se falando na defesa técnica, geralmente representada por um advogado, em que este pode vim a atuar em um determinado momento específico que ocorre na gestão do Estado como força reguladora, administrativa e punitiva no uso de suas funções para obter os fins da harmonia social e para que a democracia seja exercida. Este momento, trata-se do Inquérito Policial, e que propriamente pode ser também na área militar, tendo a denominação de Inquérito policial militar.

De acordo com Misse(2010), o Inquérito Policial é um procedimento administrativo do Estado e o Delegado de Polícia é o titular deste inquérito, de maneira que ele realiza uma investigação coordenada a fim de encontrar indícios de autoria e materialidade de um fato que configure em uma infração penal, pois, é função exclusiva do Estado exercer tal procedimento, fundamentado pelo direito de punir que este tem, sempre observando o devido processo legal, como previsto no art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O inquérito policial possui características próprias, como o fato de ser escrito, sigiloso, oficial, obrigatório (quando se tratar de ações penais públicas incondicionadas); autoritário; indisponível e inquisitivo. E essas características como o fato de ser sigiloso, e inquisitivo, fazem afastar a obrigatoriedade da aplicação da ampla defesa e do contraditório durante este procedimento, firmando o entendimento de que é direito, que é facultado ao investigado de dispor de defensor na fase do procedimento investigativo, porém, ressaltando que este não é obrigatório (CAPEZ, 2016).

O Supremo Tribunal Federal, confirma tal possibilidade, e não cita sua obrigatoriedade, senão vejamos o que pese o textual que compõe em sua súmula vinculante nº 14 que de forma direta e incisiva, assim aduz:

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 (BRASIL, 2009).

Ressalta-se que o entendimento acima do Supremo Tribunal Federal é o mesmo pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que prevê em seu art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) expôs que é direito do advogado:

Art. 7º São direitos do advogado:

XIV- Examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, **mesmo sem procuração**, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital (BRASIL, 2016).

Vale lembrar que para ter o acesso aos autos que são sujeitos a sigilo, o advogado, deve obrigatoriamente apresentar a procuração, pois nestes casos, somente autorizado mediante procuração, este direito ao acesso pode ser exigido, conforme está expressamente no Art. 7º, §10º da lei 8.906, de 04 de julho de 1994 – EOAB – (BRASIL, 2018)

Ainda se tratando da possibilidade de defesa por parte dos investigados em um inquérito policial, vale destacar a força do Art. 7º, inciso XXI, da Lei 8906/94 que vem reforçando o direito do advogado a seus clientes durante a apuração de infrações, podendo inclusive apresentar razões e quesitos.

A ampla defesa e o contraditório fazem parte do processo criminal, de forma que o acusado venha a ter a oportunidade de apresentar toda refutação sobre aquilo que vem sendo acusado, com apresentações de provas e todos os meios permitidos por lei. Essa defesa pode vim em momentos distintos, seja na 1ª fase, que é a investigativa ou na fase da ação penal, que é a definitivamente a fase processual, no entanto, na 1ª fase ela é facultativa, quando estamos falando da ação de um advogado, de maneira que a

ausência deste não impede o prosseguimento do procedimento investigativo, já na segunda fase, quando trata-se da ação propriamente dita, a presença da defesa técnica do acusado é imprescindível.

A doutrina majoritária é do entendimento que a presença do advogado não é obrigatória durante o processo investigativo, com a justificativa de que por ser o inquérito inquisitorial e sigiloso, não deve prevalecer neste estágio pré-processual a aplicabilidade da ampla defesa e do contraditório, tornando assim, a presença do advogado como facultativa e que em nada afeta o andamento do processo, mesmo com advento da lei 13.245/2016 que veio alterar o art. 7º, XXI, da Lei 8.906/94. (HOFFMAN, 2020)

III - A DEFESA COMO OBRIGAÇÃO

A presença da defesa técnica de qualquer investigado em um inquérito policial, de modo geral, já foi questionada, e tal questão era vista apenas como possibilidade, sendo esta presença considerada não imprescindível para o andamento da investigação e posteriormente do processo penal.

O advento da Lei nº 13.964, de 2019, trouxe mudanças no Código de Processo Penal que vieram a tornar obrigatória a presença do advogado em determinados casos específicos, como podemos claramente notar no art. 14-A e seus parágrafos.

A novidade trazida pela lei 13.964/19 traz essa defesa obrigatória para todos os agentes de segurança pública reconhecidos no art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Vale lembrar que esta situação inovadora trazida pela referida lei apenas atingem os autores que compõe o art. 144 e art. 142 que estão em situação de investigados em inquéritos policiais, em fatos que relacionados ao uso da força letal, quando este tiver em serviço, seja este uso letal, de forma consumida ou tentada, como dispõe o art.14-A, caput e §6º da Lei 13.964/2019 a seguir:

Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.

[...]

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem. (BRASIL, 2019)

Os fatos, então devem ter ocorridos quando este agente estiver estritamente na prática de seu exercício profissional, não devendo assim ser observado o cumprimento do art.14-A quando o agente de segurança pública agir em situações estranhas e alheias ao cumprimento de suas atividades laborais. E, a ação investigada não precisa necessariamente ter sido concluída com a letalidade, basta para isso que o investigado tenha tentado usar o uso da força letal na situação. (BRASIL, 2019)

Os profissionais então pela lei podem contar com a assistência de um defensor público caso eles mesmos não indiquem um advogado ou se a instituição na qual trabalham também não indique um defensor.

Vale mencionar que os parágrafos 3º, 4º e 5º que decorre da obrigatoriedade da defesa técnica no inquérito e da citação do investigado, foram vetados pelo Presidente da República, através do VET 56/2019, no entanto em 19/04/2021 o Senado Federal conseguiu derrubar o veto presidencial e em 30/04/2021 a promulgação pelo Presidente da República foi publicada, tornando parte do corpo textual da lei, os §3º, §4º e §5º, sendo incluídos no Código de Processo Penal. (BRASIL, 2019)

Desde então, a defesa dos agentes de segurança pública investigados através de inquéritos policiais devem ser feita pela Defensoria pública e se porventura, nesses locais não houver tais defensorias, a União ou o Estado correspondente competente deverá disponibilizar um profissional para que venha acompanhar todos os atos da defesa administrativa do acusado, em obediência ao art. 14-A, §3º da lei 13.964/2019

A defesa técnica que for indicada pela União ou pelo Estado não precisará ser necessariamente por um servidor profissional do quadro efetivo do próprio estado, podendo ser um particular que não venha a integrar seus quadros, no entanto, a observação de que a indicação do advogado para defesa do servidor, somente será aceita a partir da manifestação de que não exista Defensoria na área territorial onde ocorre a tramitação do inquérito policial.

Os aperfeiçoamentos realizados na legislação processual penal trazida pela lei 13.964/19- Conhecida como "Pacote Anticrime"- através do Artigo 14-A, atingiram não apenas o CPP, mas como também o Código de Processo Penal Militar (CPPM), que acrescentou no corpo de seus mandamentos processuais o artigo 16-A, repetindo

integralmente as novidades compostas no art. 14-A do Código de Processo Penal Brasileiro.

Alguns doutrinadores incluem os guardas municipais no rol das pessoas beneficiadas pela obrigatoriedade da defesa técnica nos casos acima discutidos. Esta inclusão estaria fundamentada por interpretação mais ampla de que a Guarda Municipal faz parte da segurança pública. (CARVALHO, 2011) (VENTRIS, 2010)

IV- DA OBRIGATORIEDADE DA CITAÇÃO - “NOTIFICAÇÃO”

O termo citação tem sua definição legal definida no Código de Processo Civil de 2015, “Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”. (BRASIL, 2015)

O termo mais correto para ser utilizado no caso a que se refere este estudo, que ocorre no andamento do inquérito policial, deve ser Notificação e não Citação. Esta última só seria possível quando já houvesse um processo criminal em andamento, o que não é o caso, mas o entendimento ficou claro, que isto ocorreu devido simplesmente uma falta técnica no uso correto do termo legislativo. Ademais, a simples expressão jurídica errônea não define a sua objetividade, esta é representada pela construção do modelo fático para que assim venha ser cumprido e ter seu objetivo alcançado, tornando esta norma válida para sua aplicabilidade. (PACELLI e FISCHER, 2016)

A citação tem sua importância tão grande que a torna indispensável para prosseguimento processual penal, sem esta, a Doutrina majoritária acredita gerar nulidade absoluta de todo processo, mesmo este estando transitado e julgado.

Mas, o debate aqui ora proposto trata-se de informar aos agentes de segurança abrangidos pela aplicação do Art. 14-A do Código de Processo Penal (CPP) na fase investigativa, ou seja, no inquérito policial, em que pese estes estarem na situação no uso da força letal e ainda que este uso tenha se dado no exercício de sua profissão, e, se tais exigências estão supridas, então a citação/notificação deve ocorrer obrigatoriamente, no intuito do cumprimento do que rege este artigo em seu §1º, que explicita:

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação. (BRASIL, 2019)

O caso em questão mostra claramente que o objetivo de tal citação disposto no artigo acima citado, é de notificar o investigado sobre a existência de um inquérito policial

em que ele figure como suspeito, nos casos em que este tenha utilizado o uso da força letal, quando se encontrava no seu exercício profissional e que em decorrência do cumprimento da lei, este querendo e podendo, possa constituir defensor no prazo de 48 horas a ser contado a partir do recebimento da “citação” para acompanhar na forma da lei os atos do procedimentais do inquérito, conforme preconiza o Art. 14-A, §1º, do Código de Processo Penal, como vemos a seguir:

Art. 14-A

[...]

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação. (BRASIL, 2019)

Porém, se o agente investigado, não cumprir com as determinações elencadas no parágrafo 1º deste artigo, a autoridade, seja ela, o Delegado de Polícia Civil, o Ministério Público ou outra autoridade qualquer que esteja à frente da investigação, tem a obrigação de intimar a instituição que o agente investigado faça parte, para que esta venha também em igual prazo dado ao suspeito, ou seja, de 48 horas, indicar um defensor para representar este agente, conforme está expressamente disposto no §2º do Art. 14-A, do CPP, que assim se apresenta:

Art. 14-A.

[...]

§2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado. (BRASIL, 2019)

A citação, conforme dispõe a novidade da lei 13.964/19 traz a obrigatoriedade de o investigado ser informado sobre a instauração do inquérito.

Contudo, deve-se ter a atenção dirigida no sentido de que a citação obrigatória não abrange todos os inquéritos policiais envolvendo agentes da segurança pública. Há a

necessidade desse agente estar individualizado no inquérito, aí sim, a partir deste momento a citação se tornaria obrigatória e não na abertura de um inquérito policial para apurar possível crime sem individualização do investigado.

V- DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA SOBRE O ARTIGO 14-A DO CPP

Com o surgimento da Lei 13.964/2019, lei que ficou conhecida como, Pacote Anticrime, várias mudanças surgiram no Código Processual Penal Brasileiro, estas novidades repercutiram muito no meio jurídico, sendo que diversos doutrinadores divergiram em opiniões sobre a legalidade, a efetividade e a necessidade das normas introduzidas por tal lei. (FONTES e HOFFMANM, 2020)

O artigo 14-A do CPP, mais precisamente, alavancou diversos debates entre os estudiosos de todo Brasil, as variações de opiniões ocorreram desde uns grupos que se posicionaram contra este artigo a outros que manifestaram posicionamento favorável a tais normas inseridas. (PEREIRA, 2022)

Os doutrinadores contrários ao artigo 14-A do CPP questionam a inconstitucionalidade do artigo, pois este traz distinção entre servidores públicos, onde uma categoria, que seriam os abrangidos pelos artigos 144 e 142 da CRFB/88, tratando-os de forma diferente, ferindo assim o princípio da isonomia que rege nossa Carta Magna constituída em 1988. (SUXBERGER, 2020)

Ainda este grupo contrário defende que a presença do advogado já era garantida no próprio Estatuto da Ordem dos advogados do Brasil, que em seu Art. 7º, XXI, cita:

Assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) Apresentar razões e quesitos; (BRASIL, 1994)

Esta existência da possibilidade e garantia do defensor na fase investigativa comprovada no artigo acima explicitado mostra que a lei 13.964/2019 não modificou o entendimento do dispositivo legal e que a ideia da obrigatoriedade não torna o inquérito refém da presença da defesa técnica dos agentes de segurança pública em tais inquéritos, considerando a defesa técnica como um elemento acidental no inquérito policial e não como elemento essencial para validação da fase investigativa. Podendo, certamente, o

procedimento administrativo transcorrer sem esta defesa que ainda assim não estaria quebrando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Quanto à Doutrina favorável a implementação do Artigo 14-A e seus parágrafos do CPP, fundamentam suas teses baseadas nas ações dos servidores da segurança pública que quando na prática de seu exercício profissional, estão representando o Estado na busca da proteção dos direitos da sociedade como um todo, e esta atuação, fundada na defesa do bem coletivo em prol do individual, afronta direitos individuais e tornam tais agentes em vítimas de críticas, agressões e até a morte. E que este motivo traria mais justiça no sentido de que o Estado venha a trazer alguma proteção aos seus servidores que atuam no combate direto ao crime organizado, sendo constantemente vítimas de assassinatos. (PEREIRA, 2022)

Outro ponto que estes doutrinadores trazem é que a falta da defesa e da comunicação ao investigado, que é agente de segurança pública sobre a existência de um inquérito policial relacionado ao uso da força letal no cumprimento de seu serviço legal, anula todos os atos supervenientes, pois contraria a lei, que ao dispor suas normas cita o termo “deverá”, onde a partir daí é entendido como obrigatoriedade, causando prejuízos na defesa do investigado, ferindo o princípio da ampla defesa, já que o advogado deve participar desta fase do procedimento administrativo em questão, sendo sua presença considerada imprescindível em tais situações. (PEREIRA, 2022)

VI- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da ampla defesa e do contraditório devem estar enraizados em todo processo sejam eles de qualquer esfera. Sob a ótica de que toda pessoa suspeita, indiciada, acusada, ou que se encontre numa situação que lhe esteja sendo imputada algo, tem o direito de defender-se, pois é este um direito fundamental, muito explanado nos meios jurídicos e administrativos, conforme Art. 5º, LV da CRFB/88. No entanto em um inquérito policial, como tema em questão, existe vários questionamentos, logo é preciso sermos bem cuidadosos e atentos sobre todas as formas de análise vistas, tanto pelo que diz a lei propriamente dita, como dizem as diversas linhas de raciocínio que sustentam os doutrinadores do direito.

O inquérito, por ser um procedimento administrativo informativo, com objetivo de apurar sobre a existência ou não de determinada infração penal e o possível ou possíveis autores desta infração, precisa de determinadas singularidades, no sentido de que o titular da ação penal possa dispor de elementos suficientes para alcançar assim justiça nessa determinada situação. Ocorre, porém que o Código de Processo Penal cita em seu Art. 20

que a autoridade assegurará o sigilo necessário do inquérito para a elucidação do fato e dessa formam em muitos casos os advogados tem o acesso negado aos inquéritos policiais, gerando assim uma situação, que à luz do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), vem a ferir a uma prerrogativa importantíssima do advogado, que tem este direito fundamentado no seu Art. 7º, incisos XIV e XXI, da lei 8.906/94, de forma que o advogado tem o poder de examinar em qualquer instituição que esteja conduzindo a investigação, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, sobre seu cliente investigado e ter acesso ao inquérito policial.

Há de ressaltar que tal presença não decorre de forma absoluta, existem as situações em que Advogado poderá ter acesso negado quando houver diligências em curso e este acesso aos autos atrapalhar essas diligências e ainda quando estiverem em sigilo ou segredos de justiça, onde os critérios para acesso são mais exigentes.

Este acesso ao inquérito não era obrigatório, porém com a criação da Lei nº 13.964, de 2019, que implantou o Art. 14-A no Código de Processo Penal, trouxe consigo, a obrigatoriedade da participação da defesa técnica nos casos em que os agentes de segurança pública elencados nos Art. 142 e 144 da Constituição Federal do Brasil tiverem como investigados quando decorrentes de uso da força letal no exercício profissional destes agentes.

Apesar de todo debate em torno deste tema, e parte da doutrina judiciária entender que tal prerrogativa aos agentes da segurança pública não seja obrigatória, a outra parte doutrinária, e a que vejo com mais justiça, enxerga tal benefício criado a estes agentes, com clareza e razoabilidade, no sentindo de que deve sim, ser obrigatória tal defesa, sendo que sem ela, ocorra nulidade, de todos os atos supervenientes, pois a lei foi desobedecida, a colocação do verbo no imperativo "DEVERÁ" nos §1º e §2º do Art. 14-A do CPP, impõe à obediência que todos devem seguir, e caso contrário, estaria ferindo não apenas o princípio da ampla defesa e do contraditório, mas como também o princípio da legalidade que deve reger toda ação do Estado.

Quanto à "citação" e a "intimação" que o Art. 14-A do Código de Processo Penal Brasileiro se refere em seus parágrafos 2º e 3º, estes são bem claros, apesar da denominação equivocada para o fim a que se destina, pois, como explanado anteriormente, a denominação mais correta seria a "notificação".

No entanto, independentemente da forma expressada, o objetivo ficou claro do jurista, e esta deve ser obedecida em sua integridade total. Porque claramente expôs a obrigação do agente ser avisado sobre a existência de determinado inquérito, que este venha a ser o investigado, para que possa se defender de forma justa, como determina a lei, constituindo um advogado, se este não puder fazer, que a defensoria o faça, e se esta

não existir no Estado da ocorrência, a instituição do investigado deve ser intimada para designar a defesa técnica do seu agente.

No entanto, vale lembrar, que toda uma análise do inquérito deve ser feita para que seja exigida tal citação e defesa técnica. Primeiramente, deve ser averiguada, se a situação realmente tem como suspeito, o agente de segurança pública, porque, enquanto a suspeita não estiver individualizada na figura do agente de segurança que compõe o Art.142 e 144 da CRFB/88, não se pode exigir o cumprimento do que está expresso no Art. 14-A do CPP.

Ademais, a situação precisa estar claramente disposta à situação da ocorrência do uso da força letal por este agente, no seu exercício profissional.

Assim, após toda uma análise, de tudo que aqui foi exposto e pesquisado, percebe-se que a preocupação que paira em alguns doutrinadores não podem de todo serem ignoradas, precisam ser ainda mais discutidas e debatidas, mas, devemos ter a clareza da realidade da situação em que vivem estes agentes, da reais ações que estes estão submetidos, tanto pelo seu nível de periculosidade, de estresse de variadas forma, como de poder de decisão a um nível e espaço de tempo muito curto, onde, em prol da sociedade e na defesa da manutenção dos direitos de terceiros e algumas vezes na defesa até mesmo da própria vida, tais agentes são obrigados a utilização de tais força letais.

Por tudo isso, temas como estes que geram tantas vertentes, devem ser mais levados à discussão, onde possamos ouvir os mais diversos segmentos da sociedade, dos juristas, doutrinadores e outros, de maneira que se possa ter uma filtragem e absorção de todas causas e efeitos, para a construção de um direcionamento que melhor possa ser usado na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Ressalta-se também, que é importante salientar, da necessidade de pesquisas cada vez mais sobre toda e qualquer transformação que venham a atingir a maneira como determinamos as leis que regem o nosso viver no dia a dia, assim, este artigo espera ter alcançado seu objetivo primordial que é de esclarecer, mostrar as diversas formas de pensar e interpretar tal mudança que nos trouxe a lei 132.964/2019 e a partir daí que os leitores possam ser levados aos mais diversos questionamentos, as mais diversas formas interpretativas, na certeza que dessa forma estarão construindo seu próprio pensamento jurídico e conseqüentemente tornando-os em pessoas mais qualificadas que com certeza irão contribuir com mais propriedade, na criação de leis que venham a reger em uma convivência mais pacífica e melhor para todos.

VII - REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Código Penal Brasileiro**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em 07 de abr de 2022.

BRASIL, **Código Processo penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em 09 de abr de 2022.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 12 de abr de 2022.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em 12 de abr de 2022.

BRASIL, **Lei do Pacote Anticrime**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm, acesso em 06 de abr de 2022.

CARVALHO, C. F. Por que manter a guarda municipal. In: _____. **O que você precisa saber sobre Guarda Municipal e nunca teve a quem perguntar**. 3. ed. Curitiba: Edição do autor, 2011.

COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. **Defesa obrigatória e citação dos policiais no inquérito policial**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-ago-04/academia-policia-defesa-obrigatoria-citacao-policiais-inquerito-policial>. Acesso em 27 de junho de 2021.

COSTA, Adriano Sousa; HOFFMANN, Henrique. **Atuação do advogado no inquérito policial**. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (Org.). **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 71.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 109 e 110.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Pacote anticrime: Defesa preliminar obrigatória dos policiais no inquérito**.: Proteção integral dos interesses da sociedade. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6790, 2 fev. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91610>. Acesso em: 11 mai. 2022.

VENTRIS, O. **Guarda municipal- poder de polícia e competência**. 2 ed. São Paulo: IPECS, 2010.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NO FENÔMENO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL

FRANCILEIDE SILVA BEZERRA:

Graduanda em Bacharelado em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho. ¹¹⁵

FRANCISCA PAULA BORGES DA SILVA LUCENA ¹¹⁶

(coautora)

VERÔNICA ACIOLY DE VASCONCELOS ¹¹⁷

(orientadora)

RESUMO: O fenômeno da violência contra a mulher tem caráter comum em diferentes classes sociais e culturais. Pode ser considerado como um elemento inserido dentro de todas as sociedades, onde se manifesta de diversas formas: psicológica, sexual, moral, patrimonial e física. O presente artigo possui como principal objetivo analisar os impactos da pandemia da covid-19 no fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil. Para o alcance de tal objetivo como percurso metodológico, utilizou-se o método de abordagem de dedução, no tocante ao método de procedimento, optou-se pelo monográfico, trata-se de uma pesquisa do tipo bibliográfica (revisão narrativa), de natureza básica, referente aos objetivos a pesquisa é do tipo exploratória e descritiva

Palavras-chave: Violência Doméstica. Pandemia. COVID-19. Isolamento Social. Políticas Públicas.

Sumário: 1. Introdução. 2. Tipos de violência contra a mulher. 2.1. A desigualdade de gênero como um problema estrutural. 3. Violência doméstica e familiar contra mulheres no Brasil: Um retrato Pandêmico. 4. O isolamento social e o reflexo nos casos de violência

115 E-mail: franadvogada23@gmail.com

116 Graduanda em Bacharelado em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho. E-mail: lucenapaula25@hotmail.com

117 Doutora em Direito e Políticas Públicas pela UNICEUB (2020). E-mail veronicaacioly@hotmail.com

doméstica contra a mulher. 5. Formas de enfrentamento do quadro de violência. 6. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS), declarou situação pandêmica e estado de emergência de saúde pública de interesse internacional, a infecção originada pelo SARS-CoV-2, conhecida como COVID-19 ou novo Coronavírus (BRASIL, 2020).

A pandemia do novo Coronavírus provocou inúmeras outras crises além da sanitária, a começar pelo crescimento da violência contra a mulher. Desde os primeiros meses de isolamento social, importantes organizações internacionais, como a ONU Mulheres, relatavam, com base no aumento em pedidos de ajuda em linhas telefônicas de canais de atendimento, que havia um incremento de casos de violência doméstica em todo o mundo.

A violência doméstica, trata-se de um tema atual considerado, por suas proporções, como um problema de saúde pública e uma das formas mais generalizadas de violação dos direitos humanos. É definida como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (COUTINHO, 2018).

Sendo uma situação bastante comum, não sendo produto, portanto, da pandemia, há que se pensar a violência contra a mulher como uma problemática que ultrapassa os limites de um conflito pontual, chegando às proporções de algo estrutural, marcando a sociedade como um todo por traços culturais preocupantes. Há uma estrutura cultural baseada na ideia de que o homem possui papel dominante no meio, o que estimula a formação de relações de poder desiguais, influenciando na forma como mulheres são vistas, educadas e tratadas (MALTA et al., 2021).

A observação do fenômeno ocorrido nos últimos anos, com a pandemia da covid-19, é necessária à constatação do problema a ser trabalhado na presente pesquisa, uma vez que os índices registrados podem revelar informações que não apenas são importantes para a compreensão do momento atual, como também para a análise de casos passados e a busca pela diminuição dos índices futuros.

A busca por explicações para o fenômeno se deve à necessidade de se diminuir esses índices, preocupantes quando se objetiva construir uma sociedade igualitária e justa. As mudanças ocorridas na cultura em geral apontam para uma maior participação das

mulheres no mercado de trabalho, além de uma melhor formação profissional, mas é necessário que a população feminina se sinta segura ao ocupar cargos, constituir família ou realizar as mais diversas atividades.

O primeiro tópico evidenciou o que é a violência doméstica, os principais tipos de violência cometidos contra a mulher, além de evidenciar a desigualdade de gênero como um problema estrutural. O segundo tópico buscou analisar o contexto da pandemia da covid-19 e a realidade de violência doméstica contra a mulher no Brasil, temática importante para que a análise de dados temporais não seja interpretada de maneira isolada e simplista. No terceiro, procurou-se identificar dados sobre o aumento no número de casos de violência doméstica durante a pandemia, para a compreensão do cenário atual e formulação de conclusões plausíveis.

E, por fim, o quarto tópico procurou levantar as medidas e instrumentos jurídicos utilizados no combate à violência contra mulher no contexto de pandemia, considerando a estrutura protetiva já estruturada na Lei Maria da Penha. É interessante observar a estrutura existente para denúncia de casos e proteção à mulher, uma vez que a forma como o indivíduo se sente em relação a uma pessoa ou a um órgão pode definir seu grau de abertura e confiança.

Assim, o presente artigo busca definir qual é a relação existente entre gênero, violência doméstica e familiar contra as mulheres no Brasil e as manifestações da pandemia da covid-19, mais especificamente sobre a relação da violência e a medida de isolamento social.

Para a confecção do presente artigo, segundo os procedimentos técnicos, configura-se como uma pesquisa bibliográfica e documental. Referente aos objetivos, a presente pesquisa é do tipo exploratória e descritiva, visto que a pesquisa exploratória tem a finalidade de conhecer de forma específica um determinado tema e a descritiva busca um aprofundamento dessa temática.

Do ponto de vista da sua natureza a pesquisa é do tipo básica. Em relação à forma de abordagem do problema, consiste em uma pesquisa qualitativa, visto que a compreensão e interpretação dos impactos da pandemia da covid-19 no fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil será analisada a fundo. Para o

presente estudo, fora utilizado o método de abordagem dedutivo, sendo responsável pela análise do geral para o particular de modo a se obter uma conclusão.

2 TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência doméstica está definida como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.” segundo a Lei 11.340 (2006), popularmente conhecida como Lei Maria da Penha.

Dentro da sociedade brasileira, conforme Chagas e Chagas (2017), a Constituição de 1824 e o Código Civil de 1916, colocavam a mulher como ser inferior de tal forma que necessitava da aprovação masculina para realizar qualquer coisa. Mesmo com a mudança posterior das questões de direitos civis das mulheres dentro da sociedade brasileira, não houve mudanças significativas sobre o papel da mulher dentro das esferas sociais da época e tais valores de submissão e passividade feminina acabaram por perdurar.

É nesse contexto de desigualdade hierárquica entre os papéis de gênero que se desenvolve a violência doméstica contra a mulher. A violência contra a mulher se dá através de ações e atitudes do homem, e pode assumir formas diferentes: psicológica, física, sexual, patrimonial e moral (BRASIL, 2012).

A violência psicológica faz parte de uma dinâmica relacional, onde o homem possui a necessidade de controlar a mulher, abrindo portas para que outras agressões surjam no relacionamento, já que, comumente, a violência começa de forma mais sutil, com xingamentos, ameaças, até se agravar culminando em agressões físicas. Logo, é possível concluir que a violência psicológica possibilita que as outras violências se instaurem no relacionamento, é um tipo de violência sutil e, por isto, muitas demoram a perceber que se encontram dentro de uma relação violenta (PIMENTEL, 2011).

A violência física é entendida como qualquer ato de outrem que possua a intenção de prejudicar fisicamente a vítima. Nos casos em que a violência é cometida contra a mulher, este tipo de agressão tende a ocorrer quando o homem se sente contrariado, ou seja, quando percebe que não está conseguindo manter o controle da relação, e como consequência, controle da mulher, como forma de mostrar que detém o poder da relação ele utiliza-se da agressão física (BRASIL, 2012).

Existe ainda, a violência sexual, neste tipo de violência, a mulher é forçada a manter relações sexuais, através do uso da força, sugestão e ameaças. Existem várias formas de

cometer este tipo de violência, como por exemplo, não admitir o uso de contraceptivos, obrigar a mulher a engravidar, ou exigir que a mesma tenha relação sexual com outras pessoas, esse tipo de violência tem consequências psicológicas, na medida em que a vítima é dominada, rebaixada e humilhada (DUTRA ET al., 2013).

A violência patrimonial é entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. Já a violência moral compreendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Neste contexto, deve-se destacar, ainda, que esse tipo de violência está intimamente ligado à violência psicológica (LABRONICI, 2012).

2.1 A desigualdade de gênero como um problema estrutural

Compreender a violência doméstica contra a mulher implica necessariamente acessar esse fenômeno na perspectiva de discriminação histórica que a mulher sofre ao longo do tempo. Sendo negado à mulher a condição de sujeito de direitos, a respeito de sua própria vida, liberdade, e a disposição do seu corpo, naturalizando assim a violência contra a mulher no âmbito privado e social, ou seja, o homem é colocado como um ser superior e detentor de todo poder dentro do lar e fora dele.

Cabendo à mulher apenas a esfera privada, limitada a cuidar de assuntos domésticos, a exemplo: esposas obedecerem a seus maridos, serem boas donas de casa e mães cuidadosas, satisfazerem seus maridos sexualmente, educar os filhos homens de forma que perpetuassem essa relação desigual de poder e dominação, em que ao homem cabia o poder de decisão, a responsabilidade de sair para trabalhar e prover o lar, não podendo ser contrariado pela mulher e filhos.

A forma de tratamento dada às mulheres no capitalismo contemporâneo, também contribuiu com a forma pela qual é vista pela sociedade, gerando uma remodelação da dominação do homem em relação a mulher na sociedade. Conforme Netto (2017) foi através do surgimento da produção excedente, que houve a repartição do trabalho e a divisão de papéis, colocando a mulher em posição de subordinação, cabendo a ela o âmbito privado e trabalhos considerados menos importantes para a sociedade.

A desigualdade provocada pelo desenvolvimento do capitalismo faz com que o fato de as mulheres estarem inseridas em uma ordem patriarcal de gênero, a instauração da propriedade privada e a subordinação das mulheres aos homens, sejam fatos que ocorrem ao mesmo tempo, e seja marco da luta de classes, como afirma Saffioti (2015 p. 65-66):

O aparecimento do capitalismo se dá, pois, em condições extremamente adversas à mulher. No processo de individualização inaugurado pelo modo de produção capitalista, ela contaria com uma desvantagem social de dupla dimensão: no plano superestrutural, era tradicional uma subvalorização das capacidades femininas traduzidas em termos de mitos justificadores da supremacia masculina e, portanto, da ordem social que a gerava; no plano estrutural, à medida que se desenvolviam as forças produtivas, a mulher vinha sendo progressivamente marginalizada da função produtiva, ou seja perifericamente situada no sistema de produção.

Segundo Lopes (2016), a violência contra a mulher deve ser analisada de forma a ser considerada a sua relação com o modo de produção capitalista, com a intenção de combater esse sistema que oprime e estigmatiza as mulheres. Sendo o melhor caminho para que essa desigualdade seja amenizada, uma sociedade sem classes, sendo o patriarcado um de seus problemas maiores.

Saffioti (2013) diz que, as mulheres são vítimas deste estado-de-coisas, que se refere à legitimação necessária por parte da sociedade brasileira e de todas as outras para que a violência contra a mulher ocorra. Fazendo com que o homem tenha “autorização” mesmo hoje para cometer atos violentos contra a mulher, diante da legitimidade concedida pela coletividade para que se perpetue o projeto de dominação-exploração entre homem e mulher.

Mesmo já tendo sido identificado essa necessidade, o Estado se ausenta, e essa expressão da questão social é tratada como problema individual. O Estado é capitalista burguês e funciona de acordo com os interesses do capitalismo, e este funciona mediante as desigualdades que provoca.

3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES NO BRASIL: UM RETRATO PANDÊMICO

A pandemia causada pelo novo Coronavírus vem, desde o início de 2020, impactando as relações sociais brasileiras, devido ao elevado índice de óbitos e casos graves, A OMS recomenda então, pautada na ciência, a necessidade de isolamento social e os efeitos resultantes dessa prática que a sociedade teve de adotar para que não houvesse um aumento ainda maior do número de casos da doença. Há, inevitavelmente, consequências para a sociedade como um todo, que segue tendo de seguir certos protocolos para evitar a propagação do vírus (FBSP, 2020).

A introdução de novos hábitos gera, invariavelmente, a necessidade de novos processos de adaptação, logo, é comum que índices como os de violência, educação, saúde, entre outros, sejam afetados pelas consequências dessa recomendação. Uma consequência relevante foi o provável engrandecimento do fenômeno da violência doméstica contra a mulher, este tipo de violência é resultado de antecedentes históricos relacionados ao gênero, sendo, portanto, uma questão de extrema relevância abordar esse aspecto, já que estão intimamente interligados.

É inegável alçar presumíveis causas que recrudescer a violência doméstica e familiar contra a mulher neste período de pandemia, a convivência entre a vítima e seu agressor foi fomentada, além do mais, a economia foi extremamente impactada negativamente. Neste período, algumas mulheres, trabalhadoras formais ou informais, tiveram sua independência afetada ou perderam a que tinha, devido a perda ou redução dos trabalhos formais, renda insuficiente e também pela impossibilidade de retornar ao trabalho devido ao isolamento social imposto, os filhos tiveram que permanecer em casa e algumas vezes o trabalho não dava a opção de ser remoto.

Por outro lado, os homens por ser considerada a égide da família, configuração ainda advinda do patriarcado alimentado pela sociedade atual, diante do primeiro cenário, a debilidade econômica muitas vezes é o principal motivo desencorajador para que seja feita a denúncia ou a quebra dessa relação abusiva e no segundo cenário, a ausência de uma estrutura financeira estável gerou insegurança e hostilidade (IPEA, 2020; ONU, 2020).

A violência doméstica e familiar contra a mulher é difícil de tratar, pois ela não parte de um desconhecido e sim de alguém que está inserido dentro do âmbito familiar da vítima, a violência por parte de um estranho dificilmente ocorre outras vezes, mas quando ocorrem por pessoas que estão dentro do seio doméstico que são por pessoas que fazem

parte da vida da vítima tendem a se repetir por várias vezes, podendo causar danos maiores cada vez que se repete (RITT; RITT, 2020).

Logo, percebe-se que toda ação que possa causar danos, tantos físicos ou psicológicos dentro do espaço doméstico sendo familiar ou não, mas que resida na mesma casa e faça parte do seu cotidiano é violência doméstica contra a mulher. Caracteriza-se violência física contra a mulher como a tentativa de violência, ou o ato da violência concretizado.

Essa forma de violência na pandemia de acordo com Barbosa *et al.*, (2021), ocorre muitas vezes quando o homem não aceita a separação ou por ciúmes, para atingir a mesma tenta ofender sua moral, inventando mentiras, atacando em formas de ofensas para terceiros, buscando prejudicar a integridade moral da mulher. Contudo, a violência doméstica contra a mulher é algo que está relacionada à relação de poder como o problema central.

Diante das intempéries em relação à violência contra mulher no ambiente doméstico ou familiar, um fator que permanece em evidência é o fato do Estado continuar relativamente inerte, é o Estado o responsável por fomentar políticas públicas, medidas preventivas e enriquecer aquilo que já existe, como as delegacias da mulher, centros integrados, entre outros meios que foram gradativamente conquistados, na tentativa de solucionar esta anomalia social (RITT; RITT, 2020).

4 O ISOLAMENTO SOCIAL E O REFLEXO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher, que já era considerada como um grande problema que a sociedade enfrentava, teve seus índices agravados durante a pandemia de covid-19, e vários são os fatores que comprovam essa tese. Constatou-se que, em países como China, Reino Unido e Estados Unidos da América, houve incremento de casos de violência doméstica contra as mulheres, desde o início da pandemia de covid-19 (FORNARI *et al.*, 2021).

No Brasil, os índices também são alarmantes: houve um crescimento no número de denúncias ao Ligue 180 (número de telefone para o qual são feitas denúncias de violência contra a mulher) e um grande aumento no número de feminicídios no ano de 2020, no que concerne a 2019.

Segundo os dados disponibilizados pelo Ministério da Saúde, 4,3 milhões de mulheres (6,3%) foram agredidas fisicamente com tapas, socos ou chutes, isso significa dizer que a cada minuto, 8 mulheres apanharam no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus. O tipo de violência mais frequentemente relatado foi a ofensa verbal, como insultos e xingamentos, cerca de 13 milhões de brasileiras (18,6%) experimentaram este tipo de violência.

5,9 milhões de mulheres (8,5%) relataram ter sofrido ameaças de violência física como tapas, empurrões ou chutes, cerca de 3,7 milhões de brasileiras (5,4%) sofreram ofensas sexuais ou tentativas forçadas de manter relações sexuais, 2,1 milhões de mulheres (3,1%) sofreram ameaças com faca (arma branca) ou arma de fogo e 1,6 milhão de mulheres foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento (2,4%).

Em relação ao perfil, verifica-se que quanto mais jovem, maior a prevalência de violência, sendo que 35,2% das mulheres de 16 a 24 anos relataram ter vivenciado algum tipo de violência, 28,6% das mulheres de 25 a 34 anos, 24,4% das mulheres de 35 a 44 anos, 19,8% das mulheres de 45 a 59 anos e 14,1% das mulheres com 60 anos ou mais, mulheres pretas experimentaram níveis mais elevados de violência (28,3%) do que as pardas (24,6%) e as brancas (23,5%).

Mulheres separadas e divorciadas apresentaram níveis mais elevados de vitimização (35%) do que em comparação com casadas (16,8%), viúvas (17,1%) e solteiras (30,7%), o que se acentua com o aumento da gravidade/intensidade da violência física.

Há que considerar também o fenômeno da subnotificação de casos, o que evidencia que há ainda muito mais mulheres que sofrem violência e permanecem caladas, sem registrarem denúncias por motivos diversos. O cenário da pandemia contribui ainda mais para os índices de subnotificação, os quais já eram altos antes do isolamento social, e que aumentam com a restrição do acesso a tecnologias e conexão à internet (BARBOSA *et al.*, 2021).

O estado de confinamento que a pandemia levou à sociedade a experimentar foi de fundamental relevância para a alteração dos índices de violência doméstica, pois, se o convívio entre duas ou mais pessoas aumenta, é natural que os conflitos entre os envolvidos aumentem também. Em famílias que já têm uma tendência a comportamentos agressivos e abusivos, casos que envolvem pequenos desentendimentos podem,

futuramente, desencadear grandes brigas que, eventualmente, evoluem para casos de violência.

Outro fator importante a ser considerado é a questão econômica: com as restrições no funcionamento do comércio e prestação de serviços, as oportunidades de emprego e ganho de renda diminuiram, o que pode levar a situações, dentro de residências, nas quais as mulheres dependem dos homens financeiramente. Quadros de dependência financeira podem desencadear ideias como a de que o homem é superior por seu status econômico, e essa sensação de superioridade tende a se transformar, em alguns casos, em quadros de violência doméstica, seja ela física, psicológica, patrimonial, ou de outro tipo.

O cenário nacional e internacional mostra a magnitude dos eventos e sua influência sobre os índices de violência, e as razões econômicas têm notável influência sobre a situação. É uma situação visivelmente preocupante, pois mostra o peso de questões culturais no tratamento às pessoas na atualidade.

O confinamento levou ao aumento exponencial do convívio, ampliando as possibilidades de tensionar relações interpessoais e intensificar os desgastes familiares, inclusive da mulher com o agressor. Situações, como a instabilidade econômica e o desemprego, também reforçaram a dependência econômica das mulheres, passando a ameaçar mais o status do homem culturalmente construído como provedor, podendo ter como consequência a violência intrafamiliar como mecanismo de reafirmação do poder masculino (FORNARI et al., 2021. p. 2).

A necessidade de reafirmação que o indivíduo muitas vezes desenvolve, por questões psicológicas pessoais, pode também ser um fator a ser considerado e analisado, visto que muitos dos padrões encontrados na sociedade para convívio entre pessoas podem ser explicados e analisados sob a ótica da satisfação de desejos pessoais reprimidos. Todo o padrão mental reforçado pela sociedade, o qual não isenta, obviamente, o agressor da culpa, acaba por endossar um comportamento agressivo e desequilibrado.

As formas de a mulher denunciar a violência sofrida também foram prejudicadas, e esse é um grande sinal de que é necessário preocupar-se com a difusão da informação sobre o problema e com a acessibilidade dos meios de se denunciar casos de crimes diversos. As pesquisas mostram que no decurso da pandemia, “[...] o acesso aos serviços

de apoio às mulheres em situação de violência, especializados e não especializados, também ficou prejudicado.” (FORNARI *et al.*, 2021. p. 2)

Para que o problema seja combatido de maneira verdadeiramente eficiente, é de fundamental importância que se compreenda as causas dessa situação preocupante. Um enfrentamento que tenha resultados positivos deve sempre partir de um conhecimento real do tema, principalmente quando se trata da vida, a qual deve ser preservada e cuidada.

5 FORMAS DE ENFRENTAMENTO DO QUADRO DE VIOLÊNCIA

Diante do complexo fenômeno da violência, que ocorre mundialmente, encontra-se a violência contra a mulher, que sofrem constantemente vários tipos de agressões e abusos. As maiores dificuldades das vítimas que sofrem alguma forma de violência é falar a respeito da situação e não ter conhecimento sobre os atos que se configuram violência doméstica. Neste caso a procura por ajuda pode tornar-se tardia, dificultando o impedimento dos episódios de violência e o grande propulsor da mudança acaba sendo o agravamento das agressões (PASINATO, 2015).

A criação da Lei Nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, conhecida como Maria da Penha, tornou-se um dos marcos mais importante para o enfrentamento da violência contra a mulher ao estabelecer medidas para a proteção e assistência à vítima. As medidas de proteção às vítimas, constituídas pela Lei, preveem o afastamento do homem do ambiente familiar, permite o rigor nas punições contra as agressões sofridas pelas mulheres e que o agressor seja preso quando ameaçar sua integridade física.

Para Pasinato (2015), as Delegacias da Mulher constituem a principal política pública de enfrentamento à violência doméstica contra mulheres. Desse modo, a implantação das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher é um marco importante, pois evidencia que o Estado reconhece que a violência contra a mulher deve ser discutida amplamente e não apenas na esfera privada ou nas relações interpessoais.

A procura por um serviço de apoio, para Silva et al (2015), é o segundo passo dado pelas vítimas para romper com o ciclo da violência, uma vez que muitas mulheres não conhecem seus direitos e nem os serviços de apoio. Segundo a autora as vítimas enfrentam a violência adotando algumas atitudes como: conversar com alguém; frequentar instituições religiosas; participar de organizações sociais (grupos de mulheres e associações comunitárias); procurar por serviços de atendimento em redes de apoio como

centros de saúde; e em casos extremos de violência - quando exige atendimento imediato para tratamento das lesões físicas ou ameaça de morte - acessam diretamente hospitais e delegacias.

Existe o acolhimento no Centro de Referência, um local de prestação de serviços para o atendimento das mulheres que sofrem de violência, estabelecendo medidas de proteção às mulheres em situação de risco com a inserção de políticas públicas para que possam romper esse ciclo de violência. Tem como objetivo principal a contribuição para prevenir, para punir e para erradicar a violência contra a mulher.

Nessa instituição são oferecidos programas de atividades para a prevenção e enfrentamento à violência contra as mulheres objetivando a ruptura da situação de violência e a construção da cidadania por meio de ações globais e de atendimento interdisciplinar com profissionais como: psicólogo, assistente social e jurídico, de orientação e informação das mulheres vítimas de violências que sofreram pelos agressores onde buscam interromper o ciclo da violência e de proteger estas mulheres.

A busca pelos serviços de saúde, segundo Guedes et al. (2013), gera expectativas em relação ao enfrentamento da violência. A escuta e as relações estabelecidas com os profissionais e com outros usuários dos serviços tornam possível o fortalecimento da vítima retirando-a do isolamento. A prevenção e o enfrentamento exercem a função de cuidado e se tornam inerentes ao setor, uma vez que este é fundamental para as usuárias e tem intrínseca relação com seu processo saúde-doença-foco de todo agir em saúde.

Pesquisas reconhecem o trabalho interdisciplinar de vários profissionais da saúde como médicos, enfermeiros e psicólogos ao que compete o empoderamento da vítima em benefício do enfrentamento contra os episódios de violência sofridos. O reconhecimento da violência ganha espaço nos serviços de saúde quando frequentados pelas mulheres na busca de atendimento, atenção e cuidado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, pois, que a violência contra a mulher é resultante de uma construção histórica, sendo passível de desconstrução, esta relação estreita com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada.

Diante do exposto, foi possível observar que o isolamento social é uma medida de importância relevante na contenção da contaminação pela covid-19 e fator importante na queda de transmissão. Porém, verificou-se que nesse período houve um aumento considerável nos casos de violência contra a mulher.

A literatura que foi se formando sobre a temática aponta como principais causas para o aumento dos casos de violência doméstica as restrições às redes institucionais e familiares de apoio à mulher, a redução da renda familiar, ampliação da manipulação do agressor sobre a vítima em razão do maior tempo de convivência, aumento dos níveis de estresse.

Evidenciou-se ainda que as formas de denunciar a violência sofrida também foram prejudicadas, e esse é um grande sinal de que é necessário preocupar-se com a difusão da informação sobre o problema e a acessibilidade dos meios de se denunciar casos de crimes diversos. Neste período, o acesso aos serviços de apoio às mulheres em situação de violência, especializados ou não, também ficou prejudicado.

Portanto, é de extrema necessidade suscitar a criação de providências para resguardar essas mulheres suscetíveis à violência doméstica, visto que, essa ampliação da violência foi verificada em âmbito mundial em diferentes países e nos estados brasileiros não foram diferentes.

Esta pesquisa é relevante por contribuir com informações que ajudarão na reflexão sobre cuidados a mulheres em situação de violência, apontando para a necessidade de um trabalho em rede que fortaleça a defesa, a responsabilização e o apoio às pessoas em situação de violência, apoio este, conjunto entre o Estado, órgãos não governamentais e a sociedade geral.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, T. P. et al. A Psicologia na rede de atendimento à mulher em situação de violência conjugal: Uma revisão sistemática na América Latina. **Aletheia**, v. 54, n. 1, p. 126-135, 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 ago. 2006.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal. **Núcleo de Gênero da Coordenação dos Núcleos de Direitos Humanos. Mulher Valorize-se**: Conscientize-se de seus direitos. [s.l: núcleo de gênero da coordenação dos direitos humanos, 2012].

BRASIL. Ministério da Saúde. **Pesquisa analisa impacto psicológico da covid em profissionais da saúde** [Internet]. Brasília: Ministério da Saúde; 2020.

CHAGAS, L.; CHAGAS, A. T A posição da mulher em diferentes épocas e a herança social do machismo no Brasil. **Psicologia.pt**: o portal dos psicólogos, v. 1, n. 1, p. 1-8, 2017.

COUTINHO, M. E. C. N. Violência doméstica contra a mulher: uma questão de gênero, **Psicologia.pt**: o portal dos psicólogos, v. 1, n. 1, p. 1-7, 2018.

DUTRA, M. L. et al. A configuração da rede social de mulheres em situação de violência doméstica. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 18, n. 5, p. 1293-1304, 2013.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. Samira Bueno e Renato Sérgio de Lima (Coord.). Ano 14, 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da Violência 2019**. Brasília: Ipea; FBSP, 2019.

LABRONICI, L. M. Processo de resiliência nas mulheres vítimas de violência doméstica: Um olhar fenomenológico. **Texto & Contexto - Enfermagem**, v. 21, n. 3, p. 625-632, 2012.

LOPES, E. **As mulheres contra o patriarcado e as relações desiguais de gênero**: aspectos teóricos no combate a opressão, Universidade e sociedade. 2016.

MALTA, R. B. et al. Crise dentro da crise: a pandemia da violência de gênero. **Sociedade e Estado**, v. 36, n. 3, p. 843-866, 2021.

NETTO, L. A. et al. Isolamento de mulheres em situação de violência pelo parceiro íntimo: uma condição em redes sociais. **Esc Anna Nery**, v. 21, n. 1, p. 01-08, 2017.

ONU MULHERES BRASIL. **Gênero e Covid-19 na América Latina e no Caribe**: dimensões de gênero na resposta. Brasília, DF, março, 2020.

PASINATO, W. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. **Rev. direito GV online**, v. 11, n. 2, p. 407-428, 2015.

PIMENTEL, A. **Violência Psicológica nas Relações Conjugais: Pesquisa e Intervenção Clínica.** São Paulo: Summus, 2011.

RITT, C. F.; RITT, E. **Violência doméstica contra as mulheres: uma necessária reflexão sobre suas causas e efeitos, bem como as formas de seu enfrentamento.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2020.

SAFFIOTI, H. I. B. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade.** 3. ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2013.

_____. **Gênero, patriarcado e violência.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 65-66.

SILVA, F. A. Atenção psicossocial a homens autores de violência conjugal contra a mulher: uma construção participativa. **Pesqui.prát. psicossociais**, v. 10, n. 1, p. 177-191, 2015.

SOUZA, P. A.; ROS, M. A. Os motivos que mantêm as mulheres vítimas de violência no relacionamento violento. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, n. 40, 2006.

TAVARES, M.; SARDENBERG, C.; GOMES, M. O acesso à justiça no Brasil das mulheres em situação de violência. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 15., Curitiba, 2011. **Anais.** Curitiba: 2011.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, Rio de Janeiro, v. 23, 2020.

A FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS: UMA REVISÃO DE LITERATURA

LEANDRO DA CONCEIÇÃO CRUZ: Graduando em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA).¹¹⁸

EDIANA DI FRANCO MATOS DA SILVA SANTOS¹¹⁹

(orientadora)

RESUMO: O estudo busca esclarecer a problemática sobre os efeitos da aplicação do reconhecimento pessoal no transcorrer da instrução criminal. Diante disso, o objetivo desse estudo consiste em discutir sobre a fragilidade do reconhecimento de pessoas no âmbito do processo penal, levando em consideração os artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal. Os objetivos específicos são: analisar os sistemas processuais e princípios gerais das provas; identificar os meios de prova e a valoração das provas; analisar o reconhecimento de pessoas e as críticas à sua condução. Por meio de pesquisa bibliográfica, com embasamento no método dedutivo, ficou constatado que o reconhecimento de pessoas tem funcionado como uma prova de confiabilidade de nível inferior, devido, especialmente aos diversos problemas que estão a sua volta, por exemplo, a maneira como o mesmo é conduzido, as falsas memórias e os falsos reconhecimentos, transformando-se em diversas situações de imprecisão de informações. Diante disso, foi possível concluir que o reconhecimento de pessoas ainda não pode ser reconhecido como uma ferramenta comprobatória segura de autoria delitiva, sendo imperativo realizar uma reforma legislativa que proporcione maior segurança a este instituto.

Palavras-chave: Provas. Reconhecimento de Pessoas. Fragilidade.

ABSTRACT: The study seeks to clarify the problem about the effects of the application of personal recognition in the course of criminal instruction. Therefore, the objective of this study is to discuss the fragility of the recognition of persons in the context of criminal proceedings, taking into account articles 226 to 228 of the Code of Criminal Procedure. The specific objectives are: to analyze the procedural systems and general principles of evidence; identify the means of evidence and the assessment of evidence; analyze the recognition of people and the criticism of their conduct. Through bibliographic research, based on the deductive method, it was found that the recognition of people has worked

118 E-mail: drleandro@msn.com

119 Professor(a) orientador(a). Professor na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA, Doutora em Função Social do Direito (FACIMP), Mestre em Desenvolvimento Regional (UNISULMA), Especialista em Didática Universitária (FAMA), Bacharel em Direito (CESUPA). Email: ediana.santos@unisulma.edu.br

as a proof of reliability of a lower level, due, especially to the various problems that are around it, for example, the way in which the same is conducted, false memories and false recognitions, transforming into different situations of inaccuracy of information. In view of this, it was possible to conclude that the recognition of people cannot yet be recognized as a safe evidentiary tool for criminal authorship, and it is imperative to carry out a legislative reform that provides greater security to this institute.

Keywords: Evidence. People Recognition. Fragility.

1 INTRODUÇÃO

O estudo em questão trata de realizar uma breve reflexão acerca dos processos de apreensão, armazenamento e recuperação de lembranças, com vistas a atestar a fragilidade da memória humana enquanto única alternativa probatória nos casos que dependem do reconhecimento como um único meio de prova.

O tema foi escolhido, primeiro porque tem relevância no meio jurídico, e o outro motivo para produzi-lo está pautada no compromisso de alertar os operadores do direito quanto à falibilidade da prova, dando ênfase as propostas para mudanças no Código de Processo Penal no que tange ao reconhecimento de pessoas, visando a condenações mais justas e pautadas em garantias e principalmente em obediência aos princípios constitucionais.

Diante da vasta relevância importância é que o reconhecimento pessoal, seja talvez um dos “mais solenes atos processuais realizados numa persecução criminal” (BADARÓ, 2018, p. 13) ou, pelo menos, deveria se tornar, haja vista, atualmente se encontra disciplinado nos artigos 226 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Diante disso, o presente estudo consiste em promover esclarecimento sobre o seguinte questionamento: quais os efeitos da aplicação do reconhecimento pessoal no transcorrer da instrução criminal?

Devido a isso, o objetivo desse estudo consiste em discutir sobre a fragilidade do reconhecimento de pessoas no âmbito do processo penal, levando em consideração os artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal. Os objetivos específicos são: analisar os sistemas processuais e princípios gerais das provas; identificar os meios de prova e a valoração das provas; analisar o reconhecimento de pessoas e as críticas à sua condução.

Para fundamentar e estruturar esta investigação foi realizada uma pesquisa bibliográfica, essa técnica possui como objetivo “sistematizar linhas de pensamento a

respeito de um assunto”. (MARTINO, 2018, p. 9). A pesquisa bibliográfica foi fundamental para compreendermos diferentes perspectivas diante de um fenômeno como o Reconhecimento de Pessoas, assim como sua fragilidade. Além disso, percebeu-se através de várias leituras de trabalhos e principalmente do Código de Processo Penal Brasileiro o que se fala na atualidade sobre esse assunto.

Portanto, espera-se que com a produção desse trabalho se consiga um melhor esclarecimento da temática proposta e auxilie na reflexão sobre os critérios da validação do reconhecimento pessoal, melhorando a eficácia do trabalho investigativo e a instrução criminal para que se alcance um processo penal mais condizente aos direitos e garantias de todos os envolvidos em questão.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Sistemas processuais e princípios gerais das provas

No presente capítulo se faz necessário e oportuno mencionar pontos cruciais sobre a evolução dos sistemas processuais, além disso, será disposto a base principiológica das provas. A ligação existente entre os princípios e as provas tem intimidade para com os meios de prova e aos meios de obtenção das provas.

2.1.1 Breve historicidade sobre os sistemas processuais

No decorrer desse processo evolutivo dos sistemas processuais penal tem-se o surgimento de três sistemas processuais: inquisitório, acusatório e misto. Sendo assim, os mesmos serão discutidos logo a seguir.

Com o passar dos séculos a estrutura do processo penal acabou passando por diversas alterações, as quais ocorreram devido ao enorme predomínio da ideologia libertária ou punitiva, funcionando como uma espécie de termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da Constituição de um país (LOPES JUNIOR, 2019).

A doutrina, levando em consideração o entendimento de Avena (2017), na maioria das vezes acabava dividindo a estrutura do processo penal em três sistemas, os quais são denominados de sistema processual acusatório, sistema processual inquisitório e sistema processual misto.

Passando por uma linha cronológica, contempla-se que até meados do século XII o sistema acusatório predominava naquele momento, porém, acabou sendo substituído de forma gradativa para o sistema inquisitório, que, por sua vez, perdurou até o final do século XVIII, embora, em alguns países, tenha predominado até parte do século XIX. Todavia, a partir do século XIX deu-se início ao surgimento de alguns movimentos sociais e políticos

que caminharam para um sistema misto, ou seja, funcionando como processo com características tanto do sistema acusatório quanto do inquisitório (CORDAZZO; MENDES, 2020).

O sistema processual acusatório perdurou por praticamente quase toda a antiguidade romana e grega, como também pela Idade Média, sendo dominada pelo direito germânico, porém, viu-se declinar a partir do século XIII, quando passa a prevalecer o sistema processual inquisitório (LIMA, 2019).

A Igreja foi uma das primeiras a adotar o processo inquisitório, em meados do século XIII, com o objetivo de combater as infrações penais cometidas por indivíduos que iam contra os dogmas que a Igreja pregava e estabelecia, ou por aqueles que não os professavam, também chamados de hereges. Após a adoção deste sistema pela igreja, não demorou muito para que a Europa passasse a utilizá-lo nos processos civis (VAILATE; VAILATE, 2020).

O sistema misto surgiu com o Código de Processo Penal francês, em 1808, caracterizando-se pela junção dos sistemas acusatório e inquisitório, sendo dividido em duas fases. A primeira fase é chamada de inquisitiva, pois corresponde a uma fase preliminar, na qual o procedimento é escrito, sigiloso e não há contraditório. Já a segunda fase seria acusatória, na qual se garante ao acusado todos os direitos constitucionais (BONFIM, 2019, p. 39).

Em relação ao apontamento dado pelo autor acima citado, Nucci (2020) destaca que no Brasil estabelecia o sistema misto, mesmo quando muitos afirmam que a Constituição da República Federativa do Brasil levaria para o rumo de um sistema acusatório. Isso porque, a adoção de princípios processuais atinentes ao sistema acusatório não é suficiente para dizer que há um sistema exclusivamente acusatório.

Portanto, mesmo que pese a ideia de no Brasil vigorar um sistema processual misto, Lopes Junior (2019, p. 132) acredita que “um sistema é misto é basicamente não dizer nada sobre ele, pois, o ponto principal para se determinar a estrutura do processo penal é se verificar o princípio fundante, por isso, entende que o processo penal brasileiro é neoinquisitorial”.

Em outras palavras, a simples separação das funções de acusar e julgar não é suficiente para dizer que vigora um sistema acusatório, uma vez que o Código de Processo Penal permite ao magistrado a produção de provas de ofício, distanciando-se assim da

figura de imparcialidade do juiz, um dos elementos que caracterizam o sistema processual acusatório (LIMA, 2021).

2.1.2 A base principiológica das provas

Com o passar dos anos os princípios mudaram de posição, ou seja, de fonte secundária e subsidiária do Direito, foram transformados no centro do ordenamento jurídico (BARROSO, 2018).

Lopes Junior (2019) fala que os princípios constitucionais são de grande relevância no que diz respeito a leitura da lei processual penal, ao mesmo tempo em que a lei direciona a uma racionalidade do final do século XIX e início do século XX, apontando traços fascistas e autoritários, marcantes nesse período.

Na concepção de Bonfim (2019, p. 91), "No específico âmbito do processo penal, os princípios inerentes a ele devem ser estudados sob a ótica do direito constitucional e do direito processual em íntima relação".

Sendo assim, os meios de prova dizem respeito aos meios pelo qual o juiz tem conhecimento sobre a história do fato delituoso, um exemplo simples são as provas testemunhais, documentais e periciais. Por outro lado, os meios de obtenção das provas podem ser definidos como instrumentos que são determinantes para chegar até a prova, como por exemplo, a busca e apreensão e interceptação telefônica (LOPES JUNIOR, 2019).

O processo penal precisa estar completamente embasado na Constituição da República Federativa do Brasil, onde estão previstos a maior parte dos princípios, com o objetivo de transformar o processo em sinônimo de garantia às arbitrariedades estatais (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Fazem parte dos princípios atrelados aos meios de provas: o princípio da autorresponsabilidade das partes, princípio da audiência contraditória, princípio da aquisição ou comunhão da prova, princípio da oralidade, princípio da concentração, princípio da publicidade, princípio do livre convencimento motivado e finalmente o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (LOSCHI, 2021). Por isso, é oportuno destacar com mais detalhes alguns desses princípios.

O princípio da autorresponsabilidade das partes, está ligado, como menciona Marcão (2018), com a distribuição do ônus da prova, sendo de responsabilidade de cada parte do processo desincumbir-se deste ônus. Se não o fizerem, os mesmos devem se responsabilizar pelas consequências que deste ato ocorreram, sendo as partes, portanto, totalmente responsáveis pelos erros e omissões praticados na atividade probatória, respectivamente.

No que diz respeito ao ônus da prova, ensinam Brito, Frabretti e Lima (2019, p. 167):

Por ônus devemos sempre entender encargo. Não é correto se dizer que existe uma obrigação de provar, pois sempre que utilizamos a palavra obrigação dizemos que de outra parte haverá um direito. Se dizemos que existe uma obrigação de provar, devemos dizer que existe um direito de alguém exigir esta prova, sob algum tipo de sanção. Não é o que acontece com a prova, e por isso devemos falar de faculdade, de encargo, de ônus: caso a parte pretenda se beneficiar do que alega, deverá apresentar algum tipo de prova; se não apresentar, não pode se beneficiar do alegado.

O princípio da audiência contraditória, mais comumente chamado de contraditório, foi introduzido explicitamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porém, nas Constituições anteriores já aparecia de forma subentendida. O curioso é que somente em 1988 esse referido princípio fundou-se como direito de proteção à liberdade (ASSIS, 2019).

No que diz respeito ao princípio da aquisição ou comunhão da prova, nome mais comum, as provas indicadas por uma das partes não podem ser consideradas alheias à outra parte, ou seja, as provas acabam entrando em comunicação e, conseqüentemente, uma vez admitidas, pertencerão ao julgador, defesa e acusador (ROCHA, 1999).

A adoção do princípio da oralidade, não implica na exclusão do procedimento escrito, visto que a utilização da escrita além de ser imprescindível na documentação dos atos, proporciona maior segurança jurídica aos atos processuais (JESUS, 2010).

[...] a oralidade é o princípio inspirador de todo evento que gera a aproximação das partes, juiz, testemunhas, informantes, peritos e outros sujeitos do processo para transmitir, uns aos outros, na presença do juiz, impressões e entendimentos que tornem possíveis a reconstrução do caso concreto e a adequada reflexão sobre os aspectos lide. A oralidade é demonstração da participação democrática da formação do consenso e da produção do discurso.

Damásio de Jesus (2010, p. 38) afirma:

Sua aplicação, na Lei nº 9.099/95, limita a documentação ao mínimo possível (arts. 65, caput e §§ 1º e 3º, e 81, § 2º). As partes debatem e dialogam, procurando encontrar uma resposta penal que seja justa

para o autor do fato e satisfaça, para o Estado, os fins de prevenção geral e especial.

O princípio da oralidade manifesta-se consoante entendimento de Grinover et al (2005, p. 82), quando se observam dentre outras, as seguintes situações:

I – [...] Só serão feitos registros escritos de atos havidos por essenciais, sendo que os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente (art.65, § 3º);

II – Na fase preliminar, a audiência é marcadamente oral e a vítima tem oportunidade de apresentar representação verbal (art.75, caput);

III – A acusação é oral (art.77, caput, e § 3º);

IV – A defesa também é oral, apresentada antes do recebimento da denúncia ou queixa (art.81, caput);

V – Toda prova, os debates e a sentença são orais e produzidos em uma só audiência, ficando do termo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos na audiência (art.81, caput e parágrafos);

VI – Será dispensado o relatório da sentença (art. 81, § 3º).

Dessa forma, comenta-se sobre esse princípio e como ele torna participativo aqueles que buscam a resolução de suas causas.

Ainda, a respeito do princípio da oralidade, vale ressaltar que este traz em seu bojo outros princípios que lhe são complementares, quais sejam: o princípio da concentração, imediação, identidade física do juiz e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Figueira Júnior e Tourinho Neto (2002, p.93) asseveram que “esses princípios representam “um todo incindível”, no sentido de que a atuação de qualquer um deles é necessária, a fim de que se torne possível realizar um processo oral.”

Consoante doutrina de Grinover et al (2005, p. 83):

A concentração, corolário da oralidade, está presente na previsão de que, antes da acusação, tudo seja resumido em uma audiência preliminar, e, instaurado o processo, há uma só audiência no procedimento sumaríssimo. Por outro lado, essa concentração permitirá que, na maioria das vezes, o mesmo juiz participe da fase preliminar e do processo, tendo contato direto com as provas e com as partes. Acompanhará os atos que podem ou não conduzir à

conciliação quanto à reparação do dano e à aplicação imediata de multa ou restrição de direitos, ouvindo as razões das partes e da vítima. Posteriormente, presenciará os atos de instrução, devendo sentenciar em seguida.

Nessa fase, fica bem mais fácil a tomada de decisões, pois os juízes participam mais ativamente do processo.

O testemunho produzido no momento da audiência é o elemento mais importante do que uma mera declaração escrita trazida aos autos, por isso, a oralidade, além de ser um princípio, retrata uma forma de se conduzir o processo (MATIDA, 2021).

O princípio da concentração, em síntese, implica que os atos processuais devem ser concentrados de forma que sejam realizados em uma única ou em um número mínimo de audiências. O da imediação ou imediatidade manifesta-se no entendimento de que o juiz deve manter contato direto com as partes e provas, ou melhor, deve pessoalmente e sem intermediários participar de todos os atos de produção de prova (GRINOVER et al, 2005).

A publicidade diz respeito à transparência dos atos administrativos. Não pode a Administração recorrer a expedientes secretos, sigilosos ou obscuros. O Brasil é um país Democrático de Direito e, por isso, estes não cabem, salvo os casos de sigilo em que a lei determina – intimidade ou segurança nacional, por exemplo (CARVALHO FILHO, 2014).

Aqui também se difere do direito comum. Assim, os particulares têm todo direito de preservar sua intimidade, o sigilo de sua vida pessoal do olhar e do julgamento dos demais. Enquanto no setor público vigora o contrário. A Administração tem o dever de informar aos administrados sobre os seus atos, para que justamente possam controlá-los, fiscalizá-los no exercício do seu poder. É o que diz Carvalho Filho. Segundo o autor, o Princípio da Publicidade:

Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos (CARVALHO FILHO, 2014, p. 26).

Portanto, um dos motivos pelo qual é tão fundamental o Princípio da Publicidade, é o seguinte: de posse do conhecimento acerca dos atos da Administração Pública é possível ao cidadão controlar os atos da Administração. É o que também pensa Urbano de Carvalho:

A publicidade torna possível o efetivo controle dos atos administrativos e assegura a transparência necessária para se tentar contornar os riscos inerentes ao sigilo. Outrossim, o agente público exerce poder de titularidade alheia, devendo à sociedade prestar contas da forma pela qual cumpriu o referido *munus* (CARVALHO, 2008, p. 172).

Mas como se dá esse controle de que falam Carvalho Filho e Urbano de Carvalho? Ele se dá pela atuação no judiciário, utilizando-se das ações cabíveis, como ajuizar, por exemplo, uma ação popular, diante dos atos ilegais ou contrários aos princípios defendidos pela legislação.

Sendo assim, em relação ao princípio da publicidade, Nucci (2015) refere que esta é de extrema importância para a transparência e moralidade. A publicidade procura dar conhecimento à sociedade dos atos judiciais, pois, a justiça é considerada de todos.

No que se refere ao princípio do livre convencimento motivado, este se mistura com a ideia de que o magistrado não está interessado com nenhum critério de valoração da prova, sendo livre na formação de seu convencimento, podendo, inclusive, adotar um único testemunho (PACELLI, 2020).

Por fim, com relação ao princípio da inadmissibilidade das provas alcançadas por meios ilícitos, no processo penal brasileiro não podem ser aceitas, em regra, a utilização de provas obtidas através de meios ilícitos, por isso, o magistrado não poderá utilizar de uma prova ilícita para formar sua convicção (AVENA, 2017).

3 MEIOS DE PROVA E A VALORAÇÃO DAS PROVAS

No presente capítulo é o momento ideal explorar as provas dispostas no Código de Processo Penal Brasileiro e os sistemas de valoração das provas. Assim, para realizar a fragilidade do reconhecimento de pessoas é mister conhecer as provas que se encontram a disposição e como funciona o sistema de valoração das provas.

3.1 As provas dispostas no Código de Processo Penal Brasileiro

Conforme leciona Messias (2001), as provas dizem respeito aos elementos do processo, a responsabilidade delas é o fornecimento de juízo de certeza moral na aplicação da lei. Daqueles que fazem parte do processo penal, pode-se dizer que as provas são as que possuem maior importância para a construção da justiça.

A ação, no processo penal, tem por finalidade a aplicação de uma sanção ao autor da infração penal e, para que isto ocorra, é necessário demonstrar ao julgador, através dos

meios de prova, a verdade do fato tido como criminoso, bem como sua autoria (DEMERCIAN; MALULY, 2014).

Brito, Fabretti e Lima (2019) referem que a função das provas é reconstruir as circunstâncias e o fato, assim, caracterizam-se como instrumento de busca da verdade. Entretanto, ainda que o intuito seja alcançar o mais próximo da realidade, a reconstrução dos fatos nunca será perfeita.

O Código de Processo Penal Brasileiro descreve como meios de prova: o exame de corpo de delito, a cadeia de custódia e perícias em geral (artigos 158 a 184), o interrogatório do acusado (artigos 185 a 196), a confissão (artigos 197 a 200), a oitiva do ofendido (artigo 201), as testemunhas (artigos 202 a 225), o reconhecimento de pessoas e coisas (artigos 226 a 228), a acareação (artigos 229 e 230), os documentos (artigos 231 a 238), os indícios (artigo 239) e por fim, a busca e apreensão (artigos 240 a 250).

Primeiramente, no tocante à prova pericial, esta corresponde a uma prova técnica e tem como objetivo auxiliar o julgador na certificação de fatos que exigem um conhecimento profissional específico para sua compreensão. Deve, por isso, constituir a principal prova a ser buscada, tendo em vista sua confiabilidade e qualidade (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019).

Conforme leciona Pacelli (2020), se uma infração deixa vestígios, a materialidade do delito e a extensão de suas consequências deverão ser objeto de prova pericial, a qual deverá ser realizada diretamente sobre o objeto material do fato criminoso, o corpo de delito, ou, não podendo mais sê-lo, pelo desaparecimento inevitável do vestígio, de modo indireto.

3.2 Sistemas de valoração das provas

Com o passar dos anos, diversos foram os julgamentos que resultaram em morte, mutilação, tortura e até mesmo exílio de pessoas. Alguns dos julgamentos mencionados, caracterizaram-se por uma valoração probatória em que o objetivo era simplesmente causar dor ao outro, e o julgador se via no direito de valorar a prova sem mesmo ter em sua posse convicções fundamentadas (MENDRONI, 2015).

Conforme leciona Avena (2017), no decorrer dos anos, a apreciação da prova passou por fases distintas, conforme as convicções, costumes, conveniência, bem como pelo regime de cada povo. Diante disso, primitivamente, foi adotado o sistema étnico ou também chamado pagão, onde o juiz apreciava as provas de acordo com sua experiência.

Posteriormente, começou a ser aplicado o sistema religioso ou também conhecido como ordálio, no qual se invocava um julgamento divino como critério de definição da inocência ou culpa. Entretanto, com a evolução do direito, passou a vigorar o sistema legal, que, com o passar do tempo, foi substituído por um sistema de íntima convicção e, por fim, por um sistema de livre convencimento motivado (MENDES, 2021).

No chamado sistema de convicção legal ou também conhecido como sistema legal de provas, o legislador previa a priori, através da experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada da prova, isto é, estabelecia-se uma tarifa probatória. O valor das provas vinha previamente definidos em lei, sem considerar as particularidades de cada caso, sendo que, a confissão era tida como uma prova absoluta, sobre a qual o depoimento de uma testemunha não tinha valor (LOPES JUNIOR, 2019).

O sistema da íntima convicção corresponde ao sistema que confere ao magistrado total liberdade na formação de seu convencimento, dispensando-o de motivar as razões que o levaram àquela decisão, não possuindo relevância a circunstância de se encontrar ou não a prova nos autos (AVENA, 2017).

Já o chamado sistema da livre convicção motivada é uma superação dos dois sistemas citados acima. Conforme leciona Pacelli (2020), neste sistema o juiz tem total liberdade na formação de seu convencimento, sem estar comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, por esta razão, um único testemunho pode ser levado em consideração pelo magistrado, ainda que este esteja em sentido contrário com dois ou mais testemunhos, contudo, este deve estar em consonância com as demais provas que dos autos constam.

4 DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E DAS CRÍTICAS À SUA CONDUÇÃO

Em um primeiro momento, para que seja possível compreender o reconhecimento de pessoas como meio de prova, é preciso definir o que é reconhecimento. É justamente nesse capítulo que poderá ser visto sobre o reconhecimento de pessoas como meio de prova no processo penal brasileiro e as críticas ao reconhecimento de pessoas e casos de repercussão na mídia

4.1 O reconhecimento de pessoas como meio de prova no processo penal brasileiro

No atual momento, o reconhecimento pessoal tem sido uma das provas mais bem aceitas e utilizadas no processo penal, a mesma tem força suficiente para destituir todo um conjunto probatório que foi produzido, e nessa seara acabou se tornando determinante e umas das mais recorrentes diligências instrutórias realizadas, independente se for da polícia judiciária ou feita por representantes do Ministério público.

Todavia, por meio deste procedimento, acabou sendo criada uma expectativa onde o indivíduo, vítima ou testemunha ocular do fato criminoso, logo em seguida, ao pormenorizar alguém que visualizou no passado, possa descrever com riqueza de detalhes as características físicas do envolvido em questão no momento presente, ao tempo do reconhecimento (NEWTON; MUNIZ; ROCHA, 2020).

Além disso, existe ainda, previsão para o caso de reconhecimento “sigiloso”, caso se tenha medo que o reconhecedor por intimidação, ou outra influência não fale a verdade na ocasião do reconhecimento, nessas circunstâncias é que são acionadas determinadas medidas específicas, para que a pessoa a ser reconhecida não fique frente a frente com seu reconhecedor, conforme sugerido pelo Art. 226, III, do Código Processual Penal (FREITAS; LEONAL, 2020).

É importante mencionar, que, no caso de crimes que apresentam maior poder de repercussão na mídia, os imbróglgios desse processo, acabam sendo maiores, pois a apresentação pela imprensa acaba induzindo ao reconhecimento, mesmo quando inviável (BADARÓ, 2018). Não são raros os casos em que o reconhecedor no primeiro momento não podia sequer descrever o acusado, e após a exposição na mídia o reconhece como sendo o autor do crime.

No entendimento de Badaró (2018) por meio desse ato instrutório, o que é esperado é que uma pessoa, vítima ou testemunha ocular de evento delitivo, após realizar a apresentação das características da pessoa, alguém que viu no passado, confirme a identidade desse sujeito no tempo presente quando submetido a reconhecimento, o que é tido por muitos como importante ferramenta comprobatória da autoria do fato investigado.

No que diz respeito ao reconhecimento realizado na Delegacia de Polícia, referem Brito, Fabretti e Lima (2019) que, se ocorrer qualquer tipo de receio por parte da pessoa chamada para o reconhecimento de ser influenciada ou intimidada de forma diversa, a autoridade policial deve providenciar para que o reconhecedor não seja visto. Todavia, em juízo, a lei não faz referida ressalva, o que significa que não se pode esconder a identidade de quem reconhece.

Em que pese tal fato, os autores destacam que se tem admitido a proteção da imagem da pessoa também no âmbito judicial, aplicando-se, por analogia, norma do Código de Processo Penal que possibilita que a testemunha que se sentir ameaçada pode prestar o seu depoimento sem a presença do acusado. Por fim, os autores ressaltam que, ao final do procedimento, deve ser lavrado um auto de reconhecimento pormenorizado, o

qual é subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (BALTHAZAR, 2021).

Outro ponto importante a ser destacado é que, embora o artigo 226 do Código de Processo Penal Brasileiro descreva as formalidades que devem ser observadas em relação ao reconhecimento, tal dispositivo menciona apenas o reconhecimento feito ao vivo, e não por meio de fotografia (CAPEZ, 2019).

Sobre o tema, Lopes Junior (2019) refere que o reconhecimento do imputado por fotografia é um típico exemplo de forma inadmissível, pois, segundo o mesmo, uma prova rotulada de inominada não pode ser admitida quando na verdade decorre de uma variação ilícita de outro ato estabelecido na lei processual penal, onde as garantias constitucionais não foram observadas.

Pacelli (2020) menciona que o reconhecimento realizado por fotografias jamais poderá ter valor probatório idêntico ao reconhecimento de pessoas realizado ao vivo, diante das dificuldades notórias de correspondência entre uma fotografia e uma pessoa, devendo ser utilizado apenas em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas que constam nos autos.

Ademais, como bem pontua Bonfim (2019), quando se fala no valor probatório do reconhecimento de pessoas, há que se frisar que este é variável, tendo em vista o sistema de valoração adotado pelo sistema penal brasileiro, qual seja, a livre convicção motivada, sistema que permite ao magistrado valorar a prova livremente, desde que fundamente tal decisão. Ocorre que, apesar de o reconhecimento ser tido por muitos como uma importante ferramenta para fins de comprovação da autoria do fato delituoso, na verdade, corresponde a uma ferramenta comprobatória passível de gerar sérias injustiças criminais.

4.2 Uma discussão sobre as críticas ao reconhecimento de pessoas e casos de repercussão na mídia

Não se precisa de muitos esforços para se realizar uma rápida pesquisa através de mecanismos de buscas disponíveis na internet, para se obter diversas notícias a respeito de casos em que o reconhecimento de pessoas que levaram à prisão ou até mesmo a condenação de pessoas inocentes, as quais foram identificadas por vítimas ou testemunhas oculares como autoras do crime.

Conforme leciona Almeida (2016), nem sempre se pode afirmar com segurança quem tenha sido o autor, coautor ou personagem que interessa a identificar no processo. Tal situação também ocorre com objetos ou coisas que tenham ou possam ter alguma relação com o fato sob investigação. É por isso que, segundo o referido autor, o ato do reconhecimento deve ser revestido da maior seriedade, pois corresponde a uma prova de

suma importância no processo penal, contudo, lastimavelmente, na maioria das vezes, é realizado de maneira negligente, com as formalidades relegadas a um plano secundário, gerando dúvidas insanáveis ou até mesmo nulidades, isto quando não ocasiona em erros judiciários.

Gentil (2021) refere que, o reconhecimento de pessoas pode ser sequencial ou simultâneo, no entanto, a forma escolhida pelo Código de Processo Penal Brasileiro é o simultâneo, método que, segundo o autor, pode ser perigoso e sugestivo, pois, os que estão entre os possíveis suspeitos do crime são apresentados ao mesmo tempo.

Para Avena (2015) os incisos do artigo 226 do Código de Processo Penal Brasileiro visam afastar a fragilidade que cerca o reconhecimento de pessoas como meio de prova no processo penal, contudo, menciona sobre a necessidade de uma reforma legislativa que traga maior segurança à referido ato.

Como bem pontua Nucci (2020), as regras previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal devem ser observadas, eis que não se trata de um procedimento qualquer, por isso, este meio de prova não pode ser realizado conforme a vontade arbitrária da autoridade policial ou do juiz.

Com relação à falibilidade de referido meio de prova, Tourinho Filho (1979, p. 288 apud MESSIAS, 2001, p. 449) refere que: “A ação do tempo, más condições de observação, erros por semelhança, a vontade de se reconhecer; tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária”.

Além da imprescindibilidade da observância às formalidades, há ainda outras questões que cercam o reconhecimento de pessoas, são elas: as falsas memórias e os falsos reconhecimentos, os quais devem ser considerados pelos atores do judiciário ao proceder à valoração da prova (LOPES JUNIOR, 2019).

Neste sentido, Lopes (2011, apud BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019, p. 203) refere que:

[...] são vários os estudos e pesquisas no campo da Psicologia moderna sobre a capacidade de armazenamento de informações que evidenciam as falhas e erros que podem advir da memória. E quanto ao reconhecimento, a autora entende que o processo psicológico é ainda mais profundo por ser imediata ativação dos complexos mecânicos da memória.

Além disso, como leciona Lopes Junior (2019), em que pese o criminoso nato de Lombroso seja apenas um marco histórico da criminologia, é evidente que ele habita o imaginário de muitos, em especial nos países com profundos contrastes sociais, baixo nível cultural e também com alto índice de violência urbana, como o Brasil. Desta forma, um dos estereótipos mais presentes, segundo diversos autores, é o de *lo que es hermoso es bueno*, ou seja, um indivíduo com um rosto mais bonito e atraente possui, aos olhos da sociedade, mais traços de uma conduta socialmente desejável e aceita, do que um indivíduo “mal-apeçoado”.

As críticas tecidas pelos doutrinadores sobre as questões que envolvem o reconhecimento de pessoas são facilmente percebidas em notícias sobre os casos de falsos reconhecimentos, também de prisões e até mesmo condenações injustas. Como exemplos, pode-se citar os casos do Maníaco do Anchieta, de Igor Barcelos Ortega, do DJ Leonardo Nascimento e do borracheiro Antônio Cláudio Barbosa de Castro.

Outro caso de destaque, conforme reportagem também do R7 Notícias, do dia 30 de julho de 2019, é o de Igor Barcelos Ortega, jovem de 22 anos de idade, condenado a 15 anos e 6 meses de prisão em primeira instância por roubo e tentativa de latrocínio. O jovem permaneceu preso por 2 anos e 8 meses em razão de um reconhecimento supostamente equivocado, sendo que, no momento, aguarda o julgamento do processo em segunda instância a fim de que sejam considerados os indícios que apontam para a sua inocência (DALAPOLA, 2019).

A liberdade, como se sabe, é um dos direitos fundamentais, senão o mais importante, dentre os que estão insculpidos no caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Ocorre que, este direito fundamental, conforme demonstrado através dos casos acima mencionados, por vezes, é colocado em risco com a realização do reconhecimento de pessoas, uma vez que, este meio de prova depende da memória humana, a qual está sujeita às falsas memórias.

De acordo com Messias (2001), a autoridade que preside o reconhecimento deve transmitir ao reconhecedor serenidade e calma, a fim de evitar um reconhecimento que se processe com precipitação. Na lição de Fiorelli e Mangini (2017, p. 90), “Uma pergunta, efetivamente, pode produzir falsas associações na memória; dependendo da formulação, sugere um fato que leva a outro e assim por diante, afastando-se do real dos acontecimentos ou aproximando-se deles”.

Por isso, a autoridade responsável pela condução do reconhecimento de pessoas deve evitar perguntas ou afirmações tendenciosas, tais como, o “responsável já está preso”, “já prendemos o criminoso”, pois, tal comportamento pode levar o reconhecedor a

identificar uma pessoa que pode não ser a verdadeira responsável pelo delito (MESSIAS, 2001).

No julgado a seguir observa-se a questão da fragilidade no reconhecimento de pessoas:

PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECONHECIMENTO POR FOTOGRAFIA CORROBORADO POR OUTRAS PROVAS. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA INCABÍVEL. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O pedido de absolvição por insuficiência de provas não comporta acolhimento quando o acervo probatório é firme e coerente em apontar o réu como autor da prática do crime de roubo circunstanciado.

2. É plenamente admissível o reconhecimento fotográfico do réu na fase policial, quando ratificado pelas provas produzidas em Juízo, constituindo-se, pois, em meio de prova hábil para fundamentar a condenação. No caso, o reconhecimento foi prova indiciária que serviu para confirmar a identidade do réu, corroborada pelo reconhecimento do autor por outras vítimas, pela filmagem acostada aos autos, pela posse por parte do réu da motocicleta utilizada para a prática do delito, além da apreensão na residência dele de uma arma de fogo e de um capacete, com as mesmas características narradas pela vítima.

3. Demonstrada a presença dos requisitos autorizadores da segregação cautelar e, tendo o réu permanecido preso durante a instrução processual, impõe-se o indeferimento do pedido de concessão do direito de recorrer em liberdade.

4. Recurso conhecido e desprovido.

Decisão: Recurso conhecido e desprovido.

É mister destacar que O art. 226 do Código de Processo Penal prevê recomendações quanto ao reconhecimento de pessoas, e não exigências legais. A inobservância das

formalidades previstas nesse artigo, portanto, não invalida o reconhecimento do réu, especialmente quando estiver amparado por outros elementos de prova.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse estudo pode-se verificar que, com o passar dos séculos o processo penal se mostrou de diferentes modelos, os mesmos acabaram evoluindo de acordo as ideologias que se faziam presentes à época. Estes sistemas foram denominados de sistema processual acusatório, sistema processual inquisitório e sistema processual misto.

No Brasil, mesmo que a Constituição da República Federativa do Brasil tenha adotado no artigo 129, inciso I, o sistema processual acusatório, levando em consideração o que foi observado, é notório que não se trata de um sistema “puro”, pois, o inquérito policial está permeado de características do sistema inquisitivo, enquanto a fase da acusação, isto é, da instrução e julgamento, está repleto de atributos do sistema acusatório, razão pela qual, parte da doutrina defende que o Brasil possui um sistema misto.

No que concerne às provas, fica cada vez mais claro que os princípios são de extrema relevância para a leitura do processo penal como um todo, dando destaque preciso para os princípios da autorresponsabilidade das partes, da audiência contraditória, da aquisição ou comunhão da prova, da oralidade, da concentração, da publicidade, do livre convencimento motivado e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Ficou constatado que o reconhecimento de pessoas tem funcionado como uma prova de confiabilidade de nível inferior, devido, especialmente aos diversos problemas que estão a sua volta, por exemplo, a maneira como o mesmo é conduzido, as falsas memórias e os falsos reconhecimentos, transformando-se em diversas situações de imprecisão de informações.

Diante disso, foi possível concluir que o reconhecimento de pessoas ainda não pode ser reconhecido como uma ferramenta comprobatória segura de autoria delitiva, sendo imperativo realizar uma reforma legislativa que proporcione maior segurança a este instituto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mariana. **A fragilidade do reconhecimento pessoal como única fonte de prova (2016)**. Disponível em: <https://maeju14.jusbrasil.com.br/artigos/402263599/a-fragilidade-do-reconhecimento-pessoal-como-unica-fonte-de-prova>. Acesso em: 30/03/2022.

ASSIS, Éder Artur S. **A fragilidade do reconhecimento pessoal frente ao instituto das falsas memórias** (2019). Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-fragilidade-do-reconhecimento-pessoal/>. Acesso em: 28/03/2022.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Método, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BALTHAZAR, Laura Aith. RECONHECENDO FRAGILIDADES: a instrumentalidade do reconhecimento de pessoas em casos de roubo na capital paulista. **Artigo**, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, Raquel de Melo Urbano de. **Curso Direito Administrativo Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração**. Editora Jus Podivn: Salvador-Ba, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Atlas/GEN, 29 Ed., 2015, p. 800.

CORDAZZO, Karine; MENDES, Cintia Rocha. Os riscos e falhas no reconhecimento pessoal do acusado. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v. 15, n.2, dez. 2020.

CURITIBA, Ayádne Costa. A fragilidade do reconhecimento de pessoas no ordenamento jurídico processual penal brasileiro como meio de prova. **Trabalho de Conclusão de Curso**. Macaé/RJ, 2020.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FREITAS, Sara Ellanne Araujo de; LEONEL, Juliano de Oliveira. **Reconhecimento pessoal como fonte maior de prova: caso maníaco da moto no Ceará** (2020). Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54597/reconhecimento-pessoal-como-fonte-maior-de-prova-caso-manaco-da-moto-no-cear>. Acesso em: 28/03/2022.

GENTIL, Pedro Henrique Nunes. Falsas memórias e reconhecimento fotográfico como meio de prova no processo penal. **Monografia**. Uberlândia, 2021.

LIMA, Luiz Rarysson Mariano. A influência da memória na realização do reconhecimento pessoal e na tomada do depoimento da vítima nos crimes de estupro. **Monografia**. Fortaleza, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOSCHI, Sabrina Novais. Peculiaridades do reconhecimento de pessoas e necessidade de reforma do código de processo penal. **Trabalho de conclusão de Curso**. Barbacena/2021.

MATIDA, Janaina; Ceconello, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-440, jan.-abr. 2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINO, L. M. S., LOPES, A. G., & SOUZA, V. R. P. (2020). A entrevista na pesquisa em comunicação: reflexões metodológicas sobre duas experiências práticas. **Revista Sociais e Humanas**, 32(3).

MENDES, Cíntia Gonçalves. As ilegalidades das prisões realizadas pelo reconhecimento fotográfico e o reflexo no encarceramento de pessoas negras no Brasil. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, p. 316-331, 2º sem. 2021.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

NEWTON, Eduardo Januário; MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves; ROCHA, Jorge Bheron. **O procedimento do reconhecimento pessoal será, enfim, observado?** (2020) Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/opiniao-procedimento-reconhecimento-pessoal>. Acesso em: 28/03/2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). **O reconhecimento fotográfico realizado no inquérito é suficiente, por si só, para fundamentar condenação criminal? (2020)** Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-perguntas/direito-penal-e-processual-penal/valoracao-da-prova/e-admissivel-como-prova-criminal-o-reconhecimento-fotografico-feito-de-modo-induvidoso-confirmado-em-juizo-sob-o-crivo-do-contraditorio-e-corroborado-por-outras-provas>. Acesso em: 28/03/2022.

VAILATE, Gabrielle; VAILATE, Willian. A fragilidade do reconhecimento de pessoas como meio de prova no processo penal brasileiro. **Academia de Direito**. v. 2, p. 513-535, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SÚMULA VINCULANTE 24, ERRO DE GRAFIA OU DE ENTENDIMENTO?

CARLOS PEREIRA CAMPOS: Acadêmico do curso de Direito da FASEC – Faculdade Serra do Carmo, graduado em Ciências Contábeis pela FANAP – Faculdade Nossa Senhora Aparecida, Ap. de Goiânia – Go, pós graduado em Direito Tributário pela EGFAZ/UNITINS, Auditor Fiscal da Receita nível IV – SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO TOCANTINS.

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO ¹²⁰

(orientador)

RESUMO: A Súmula Vinculante 24 impede que a persecução penal tenha início antes da constituição definitiva do crédito tributário. Falta justa causa para a ação penal, alega o STF. Os incisos de I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90 têm, em sua essência, o crime material plurissubsistente que admite tentativa. A ação do Ministério Público fica suspensa, mesmo sendo pública incondicionada. A tentativa de cometimento da sonegação fiscal é perdoada expressamente pela SV 24 quando enxerga somente o viés tributário. No entanto, o contribuinte, ao se encher de coragem tomando as medidas preparatórias para a prática da sonegação fiscal está cometendo crimes devidamente tipificados no Código Penal. É no mínimo estranho dizer que “não se tipifica crime material antes do lançamento definitivo do tributo”. Esse trecho da SV 24 induz ao entendimento de que o lançamento é elemento do tipo penal da sonegação fiscal. A Súmula Vinculante não deixa muita opção aos tribunais, pois, são vinculados ao que dizem essas súmulas. Mais especificamente sobre a Súmula em estudo, o STF entende que deve ser feita a mitigação de seus efeitos. São casos

¹²⁰ Possui Graduação em Direito pela Fundação Universidade Federal do Tocantins (2005), Especialização em Direito Constitucional pela Fundação Universidade do Tocantins (2007), Especialização em Direito Tributário pela Fundação Universidade do Tocantins (2009) e Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (2013) e Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA) Buenos Aires-Argentina. Atualmente é Auditor Fiscal da Receita nível IV - SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO TOCANTINS e Professor da Universidade Estadual do Tocantins (campus Palmas e Paraíso) e da Faculdade Serra do Carmo - Palmas - TO. FASEC. E-mail prof.luizrodrigues@fasec.edu.br

de embaraço a fiscalização tributária, a formação de quadrilha, a lavagem de dinheiro, empresas fantasmas, entre outros.

Palavras-chave: Súmula Vinculante 24; crime material; lançamento definitivo do crédito tributário; crime plurissubsistente; sonegação tributária.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Entendimento Sobre os Conceitos que Envolvem o Tema; 2.1 Crimes Materiais, Formais e de Mera Conduta; 2.2 Crime Comissivo Plurissubsistente e Unissubsistente; 2.3 Consumação e Tentativa; 2.4 Teoria Finalista da Ação; 2.5 Origem da Súmula Vinculante 24; 2.6 Força Normativa de Uma Súmula Vinculante; 2.7 Lançamento do Crédito Tributário; 2.8 Ação Penal; 3 Análise dos Argumentos Apresentados em Face do Ativismo Judicial Praticado Pelo STF Com a Edição da SV 24; 3.1 Mitigação da Súmula Vinculante 24; 3.2 Crimes Materiais e Formais e a Admissão de Tentativa; 3.3 “Tentativa Impunível”; 4 Conclusão; 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A estrutura estatal tem dimensão orgânica que muitas vezes as pessoas não conseguem visualizar. Isso tem um custo de manutenção que é arcado pelo povo por meio dos tributos.

Alguns contribuintes de fato ou de direito¹²¹ não se sentem compelidos em recolher os devidos tributos aos cofres públicos, buscando maneiras de burlar o pagamento. Assim, o Estado desenvolveu a Administração Tributária – o Fisco –, que tem o condão de fiscalizar e arrecadar os tributos gerados no dia a dia das relações negociais entre os cidadãos.

Cooperando com o Fisco no combate a esses desvios – sonegação –, os legisladores promovem o devido debate parlamentar e editam leis que buscam minimizar a prática. A lei objeto deste estudo é a 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

¹²¹ Contribuinte de fato é aquele que efetivamente sofre a carga tributária e retira de suas riquezas os valores referentes aos tributos, sejam eles diretos ou indiretos. O indireto é embutido nos preços de produtos e serviços, como, por exemplo, ICMS e ISS; o direto é pago diretamente pelo contribuinte de fato, como, por exemplo, o Imposto de Renda. O contribuinte de direito é aquele que, devido à sua atividade econômica, embute no preço de seus produtos ou serviços o valor do tributo pago pelo contribuinte de fato, ficando responsável por repassar esses valores ao Fisco.

A seu turno, o Poder Judiciário busca equilibrar a relação Fisco x contribuinte quando é provocado por aqueles que queiram discutir em seu âmbito o lançamento tributário. No entanto, há certos abusos que podem provocar desequilíbrio entre o polo ativo e passivo da relação jurídico-tributária, respaldando posicionamentos que influenciam negativamente para a arrecadação. Um exemplo está identificado no tema deste artigo científico: “Supremo Tribunal Federal – Súmula Vinculante 24, erro de grafia ou de entendimento?”.

O conteúdo da SV 24 do STF dispõe que “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. Significa dizer que o STF retirou a força normativa dos incisos de I a IV, submetendo-a à efetiva ação do Fisco, inclusive o Ministério Público (MP), fica de mãos atadas mesmo que receba uma denúncia, podendo agir somente após o lançamento definitivo do crédito tributário.

A Constituição Federal exige que a conduta para ser considerada crime esteja tipificada em lei, conforme definido no inciso XXXIX do art. 5º: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Lei 8.137/90 tipifica condutas consideradas crimes contra a ordem tributária, sendo que são dois os núcleos do tipo penal grafados no art. 1º objeto deste artigo científico: “suprimir e reduzir tributo”.

Não são difíceis de ocorrerem lacunas legislativas que, ao serem preenchidas pelo Judiciário ao ser provocado por um jurisdicionado, colocam sob o holofote o fenômeno do “ativismo judicial”¹²². Entretanto, em alguns momentos, esse ativismo pode acontecer mesmo com norma em vigor, como é o caso da Súmula Vinculante 24.

Em uma análise horizontal, depara-se com uma questão que se pode considerar a problemática desta pesquisa, pois seriam os crimes previstos, nos incisos I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90, materiais apenas com a constituição definitiva do crédito tributário ou a natureza do tipo penal por si só é suficiente para a caracterização da condição finalística do tipo?

122 Miarelli (citada por LÚCIO, 2019, *on-line*) assim define: “Por ativismo judicial entende-se o **papel criativo dos tribunais** ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade ao caso concreto, **formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei**. Diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. **Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito**” (grifos nossos).

Este artigo tem como objetivo geral demonstrar a interferência da Súmula Vinculante 24 ao considerar a tipificação do crime contra a ordem tributária somente após o lançamento definitivo do crédito tributário, afastando a possibilidade de que as condutas contidas nos incisos de I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90 possam preencher os requisitos de crime antes que seja definitivamente constituído o crédito tributário.

Para tanto, é necessário que se estabeleçam os objetivos específicos: i) procurar o entendimento sobre a plataforma jurídica que levou o STF a tomar essa decisão sobre o crime material referente aos incisos I a IV do dispositivo estudado, assim como entender a natureza dos crimes materiais, formais e mera conduta, dessa forma, indicando em qual desses o excerto legal estudado se enquadra; ii) demonstrar se o STF errou em classificar as condutas descritas no tipo penal dos incisos I a IV em formal, condicionando a um lapso temporal determinado pela constituição definitiva do crédito tributário; iii) demonstrar se as condutas típicas contidas nos incisos de I a IV da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária são unissubsistentes ou plurissubsistentes e se admitem tentativa.

O estudo dos fatores que envolvem esse tema é de grande importância para a sociedade em sentido lato, pois a Ordem Tributária¹²³ é constantemente agredida no que se refere às tentativas por parte de muitos sonegadores, principalmente os contumazes, de esconder os fatos geradores da obrigação tributária principal, que é a obrigação de recolher aos cofres públicos os tributos de responsabilidade própria ou de terceiros.

Este estudo se justifica porque a cada dia a sociedade está exigindo mais a presença do Estado, isso porque a população está crescendo em número¹²⁴, em conhecimento de seus direitos e de sua função como cidadão. Esse complexo conjunto faz com que as pessoas passem a cobrar mais, principalmente no que se refere a investimentos primários, como saúde, educação, segurança, infraestrutura etc.

A metodologia de estudo deste tema será desenvolvida com pesquisa bibliográfica, analisam-se a legislação e decisões jurídicas pertinentes, artigos, monografias e doutrina. É indispensável que seja feito estudo das normas legais que tratem da questão

¹²³ Lima e Lyra (2014, *on-line*) indicam o significado de Ordem Tributária: “[...] é o conjunto de normas jurídicas relacionadas à tributação, ou seja, são aquelas normas que garantirão a existência e a continuidade da relação jurídico-tributária do contribuinte com o Fisco [...]”.

¹²⁴ O IBGE divulgou que o crescimento populacional brasileiro, em 1º de julho de 2021, chegou a 0,74% em comparação ao ano anterior. Atualmente, há um total de 213.317.639 milhões de habitantes (BRASIL, 2021).

com foco na Lei 8.137/90. Percorrido esse caminho, entende-se que será possível atingir o escopo deste artigo científico.

No item 2, é abordado o entendimento sobre os conceitos que envolvem o tema: crime material; plurissubsistente; admissibilidade de tentativa; teoria finalista da ação; origem da Súmula Vinculante 24 e sua força normativa; lançamento e ação penal. O item 3 trata da mitigação da SV 24; crimes materiais e formais e a admissão de tentativa; “tentativa impunível”; Nas conclusões, são apresentadas respostas aos quesitos estudados.

2 ENTENDIMENTO SOBRE OS CONCEITOS QUE ENVOLVEM O TEMA

Antes de adentrar no tema, é importante que se tenha entendimento sobre premissas legais de grande valia para que se possa ter domínio e amplitude do debate a ser travado.

Considerando que a grafia da Súmula Vinculante 24 traz em sua essência o “crime material”, é condição indispensável seu estudo. “Não se tipifica crime material [...]”.

2.1 CRIMES MATERIAIS, FORMAIS E DE MERA CONDUTA

Em rica abordagem sobre a classificação segundo a descrição de um resultado lesivo, Martinelli e Bem (2019, p. 436) ensinam que “alguns tipos descrevem e exigem a ocorrência de um resultado naturalístico”, ou seja, a inteligência da grafia da lei estabelece um resultado que o legislador entendeu ser inadequado e, portanto, “quer evitar com a proibição do comportamento”. Trata-se de crimes materiais. Há ainda outros tipos que “descrevem um resultado, mas esse não é necessário para a consumação”, sendo esses crimes formais. E, por último, tipos que “não fazem referência ao resultado naturalístico”, mera conduta.

Em mais detalhes sobre o crime material, observa-se, ainda com o auxílio desses doutrinadores, que “o tipo legal descreve uma lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, do qual depende a consumação do crime”. Citam um exemplo que é o “crime de dano, art. 163 do CP”, cuja descrição típica é “destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia”, ou seja, para que o crime seja consumado, é necessário que os núcleos do tipo estejam presentes: destruição, inutilização ou deterioração da coisa.

O crime formal também “descreve o comportamento e o resultado que se quer evitar”, entretanto não é necessário que haja a consumação do intento, basta que seja dado início ao procedimento criminoso, tentativa de obtenção de uma vantagem indevida, por

exemplo.

Por fim, o crime de mera conduta “não possui nenhum resultado na sua descrição típica, descreve apenas um comportamento que se quer evitar”. Um exemplo seria “deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”.

Fortalecendo o entendimento, Masson (2019, p. 169) aponta que os crimes podem ser: a) materiais ou causais, que são os crimes em que, no tipo penal, estejam contidos “uma conduta e um resultado naturalístico”, sendo condição *sine qua non* que esse último ocorra para que haja a consumação. Como exemplo, destaca que, no “homicídio, art. 121 do CP, é preciso que ocorra a morte para que o resultado naturalístico se apresente”; b) crimes formais, de consumação antecipada ou de resultado cortado, igualmente, nesse caso, é necessário que haja uma “conduta e um resultado naturalístico, mas esse último não é condição para que haja caracterizada consumação”. O crime se considera consumado com a prática da conduta apenas. Como exemplo, o autor menciona que, na “extorsão mediante sequestro, art. 159 CP, não é necessário o recebimento do resgate por parte do contraventor, o crime está caracterizado com a prática da conduta somente”; c) crime de mera conduta ou de simples atividade é aquele em que o tipo penal descreve uma conduta sem que haja um resultado naturalístico, por essa razão sua verificação se torna impossível. Exemplo exposto pelo autor é “ato obsceno, art. 223 CP”.

2.2 CRIME COMISSIVO PLURISSUBSISTENTE E UNISSUBSISTENTE

Martinelli e Bem (2019, p. 433) explicam que, para a ocorrência da consumação do crime comissivo plurissubsistente, é necessário que sejam praticados vários atos, dessa forma, é possível fazer o desmembramento desses. Um dos exemplos é o de furto. Nessa hipótese, “pode-se desmembrar a conduta do agente em se aproximar da coisa, movimentar-se, pegá-la e deixar o local”.

Os doutrinadores prosseguem esclarecendo que, devido à possibilidade de desmembramento de atos, “suporta a tentativa, pois essa sequência pode ser interrompida antes de o agente atingir a consumação”.

Expõem ainda que há um outro grupo de crimes que atingem a “consumação com apenas um ato”, são os crimes comissivos unissubsistentes. Não há que se falar em desmembramento de procedimentos e tão pouco admitir a possibilidade de tentativa, pois, uma vez praticado pelo agente, o ato é suficiente e necessário para que haja a consumação,

o objetivo criminoso foi alcançado. Citam como exemplo “a injúria verbal (art. 140 CP)”.

A seu turno, concordando com Martinelli e Bem, Masson (2019, p. 172) destaca que os crimes plurissubsistentes são os que a conduta se apresenta pela prática de dois ou mais atos, e esses atos em conjunto é que produzem a consumação. Cita como exemplo o “crime de homicídio praticado por diversos golpes de faca”. Informa ainda que “é possível a tentativa devido à pluralidade dos atos executórios”.

Masson (2019, p. 172) continua dizendo que os crimes unissubsistentes são aqueles em que a “conduta é revelada em um único ato de execução, capaz de por si só produzir a consumação”. Essa modalidade de crimes “não admite a tentativa, pois não há como fracionar a conduta”.

2.3 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O art. 14 do Código Penal revela, em sua grafia, as duas possibilidades: “Art. 14 - Diz-se o crime: I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; II - tentado, quando iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

Para Junqueira e Vanzolini (2021, p. 442), a tentativa se apresenta a partir do momento em que se inicia a execução do crime e este “não se consuma por motivos alheios à vontade do agente”. Analisando pelo prisma “subjetivo”, iguala-se ao “crime consumado”, pois, nos dois casos, o dolo é idêntico. “A vontade de quem furta não é em nada diferente da de quem tenta furto, mas não consegue”. Os doutrinadores ensinam ainda que, como não foi completado o *iter criminis*, “pode haver tentativa”. De forma radical, estendem a possibilidade da existência da tentativa para todos os delitos, sejam eles formais, materiais ou de mera conduta, desde que a conduta seja plurissubsistente, ou mesmo com a não consumação por falta do resultado. Indicam os elementos necessários do crime tentado: “a) início da execução; b) não consumação; c) interferência de motivos alheios à vontade do sujeito; d) o dolo do tipo consumado”.

Harada, Musumeci Filho e Polido (2014, p. 139-140) asseveram que o “crime é consumado quando o tipo penal for integralmente realizado pelo agente, o que permite sua perfeita adequação ao tipo penal em abstrato”. Esses conceituados doutrinadores indicam ainda que o crime é tentado quando há “a realização incompleta da conduta típica”.

2.4 TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

De acordo com Brambilla (2010, *on-line*), a “Teoria Finalista da Ação tem como preceito fundamental o estudo do crime como atividade humana”. De acordo com essa teoria, é necessário que se observe a finalidade incutida na intenção do agente e a este ser imputada. A ação ou a omissão são ingredientes indispensáveis para que seja composta a conduta.

A seu tempo, Harada, Musumeci Filho e Polido (2014, p. 102) esclarecem que a “conduta é toda ação ou omissão humana, exclusivamente humana, consciente e dirigida a determinada finalidade”, e destacam a necessidade de se adotar a Teoria Finalista da ação assim como proposta por Welzel. A finalidade com que a ação é praticada indica se a transgressão é culposa ou dolosa. Uma vez a conduta sendo praticada com dolo, a intenção final é criminosa, e, no caso da ação praticada com culpa, não há a intenção mais gravosa e sim “é dirigida a um fim lícito”.

2.5 ORIGEM DA SÚMULA VINCULANTE 24

Govinda (2017, *on-line*) salienta que a SV 24 se originou do julgamento do “Habeas Corpus (HC) n. 81.611” em que ficou decidido pelo STF que “falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento”. Esse entendimento oscilou com o tempo. O lançamento, em um primeiro momento, era “elemento normativo do tipo”, em outro, “era condição objetiva de punibilidade”. No julgamento do HC n. 84.555, ficou decidido pela Corte “que o lançamento era elemento normativo do tipo penal. Já no HC n. 86.032, curiosamente, decidiu-se que o lançamento era condição objetiva de punibilidade e, ao mesmo tempo, elemento do tipo”.

Esse relato é importante para que se entenda que nem mesmo o STF tem uma posição sólida sobre a verdadeira face sob a qual se apresentam os incisos de I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90.

2.6 FORÇA NORMATIVA DE UMA SÚMULA VINCULANTE

O cerne da questão é que o STF, por meio da SV 24, posterga os efeitos do tipo penal dos incisos de I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90 para depois do lançamento definitivamente constituído. O contribuinte, depois da esfera administrativa, pode apelar para o Judiciário. Sobre esse ponto, Harada, (2021, *on-line*) ensina que “o contribuinte

sempre terá a oportunidade de recorrer ao Poder Judiciário por força do princípio da universalidade da jurisdição”. Esse princípio está encrustado na inteligência do art. 5º, XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nesse caso, o crédito tributário somente se considerará definitivo após a decisão judicial.

Verifica-se nos julgados que os procedimentos na esfera penal que tenham se iniciado antes da fase conclusiva da constituição definitiva do crédito tributário têm sido rechaçados pelos tribunais, isso lógico ancorados na SV 24, porque uma súmula vinculante não sugere, ela determina os procedimentos que devem ser seguidos pelos demais tribunais. No caso em tela, impede inclusive a atuação do Ministério Público.

Essas vinculações de decisões às súmulas vinculantes emanadas pelo STF estão previstas no art. 103-A da CF, que também estabelece a quem essa vinculação se direciona, quais sejam: “[...] demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Uma súmula vinculante não é algo a vigorar *ad aeternum*, isso está demonstrado na grafia do final do artigo que diz que o STF pode promover “sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Observa-se como exemplo a decisão do eminente Min. Dias Toffoli na ementa do ARE 1047419 AgR, em que é levantada a ilegalidade do Ministério Público por sua atuação antes que se tenha feita a constituição definitiva do crédito tributário:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Crime contra a ordem tributária. Ausência de constituição definitiva do crédito tributário. Trancamento da ação penal por inexistência de justa causa. Súmula Vinculante nº 24. Pretendida absolvição sumária. Impossibilidade. Agravo regimental não provido. 1. **A ausência de constituição definitiva do crédito tributário inviabiliza o desenvolvimento válido da persecução criminal, acarretando o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, o que não impede o oferecimento de nova denúncia** (ou aditamento da já existente) após o exaurimento da via administrativa, a teor do disposto na Súmula Vinculante nº 24. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (grifo nosso).

2.7 LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Importa estabelecer que o lançamento é fruto da prática do fato gerador da obrigação tributária, que, de acordo com o art. 114 do Código Tributário Nacional (CTN), “é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”. Assim, entende-se que o fato gerador é a situação hipotética descrita na lei e que, se o contribuinte pratica essa circunstância, então o fato gerador acontece. São exemplos: o fato gerador do Imposto Sobre a Propriedade de Veículo Automotor (IPVA) é a propriedade de um veículo automotor, sem a qual o cidadão não se submete a esse imposto; o fato gerador do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) é a circulação de uma mercadoria ou uma prestação de serviço de transporte ou de comunicação, sem que ocorram essas circunstâncias, não haverá ocorrência do fato gerador.

Também para a obrigação acessória ocorre o fato gerador, prevista no art. 115 do mesmo diploma: “é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal”. Diz o § 3º do art. 113 do CTN que o descumprimento da obrigação acessória a “converte em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”.

Observa-se que a verificação da ocorrência do fato gerador pela autoridade fiscal, no caso do não recolhimento do tributo, exige dessa autoridade que faça o devido lançamento por meio do auto de infração constituindo o crédito tributário. Seguindo a inteligência do art. 142 do CTN, esse lançamento é feito por uma autoridade administrativa, sendo que nesse ato “determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e, sendo caso, propõe a aplicação da penalidade cabível”.

2.8 AÇÃO PENAL

O art. 15 da Lei 8.137/90 determina que a ação penal é pública. Vieira (2015, *on-line*) acrescenta que, “por atentarem contra o patrimônio da União, Estados e Municípios, será a ação pública incondicionada”. Observa-se que não há dispositivo nessa Lei que indique a necessidade da “representação do ofendido”, conforme determina o art. 24 do CPP. A falta dessa indicação fortalece o entendimento do estudioso.

Tampouco a Lei em comento traz algum dispositivo que postergue a ação penal para após a ocorrência do lançamento definitivo do crédito tributário, o que ocorre após

esgotados todos os recursos administrativos e judiciais à disposição dos contribuintes que querem discutir o lançamento. Mas a SV 24 impede a atuação do Ministério Público, que, mesmo tendo a competência para impetrar a devida ação penal, deve aguardar o final desses recursos.

Importante observar que, mesmo depois da final decisão favorável ao lançamento, o sonegador ainda poderá se livrar da ação penal pagando o tributo devido. Essa é a inteligência do art. 34 da Lei 9.249/95, que permite essa possibilidade se o pagamento for realizado antes do recebimento da denúncia. Ou seja, o cidadão teve sua tentativa de sonegação frustrada pelo Fisco, utilizou-se de todo o expediente de defesa que poderia e, ao final, paga ou se utiliza do disposto no § 1º do art. 83 da Lei 9.430/96 fazendo o parcelamento do valor do tributo que já sabia dever e fica livre para tentar novamente a sonegação fiscal.

A seu turno, a Lei 10.684/03, art. 9º e § 2º, também abona a possibilidade da extinção da punibilidade no caso do pagamento e a suspensão no parcelamento. Fato é que, se o contribuinte não cumprir com o parcelamento, será excluído desse benefício e, assim, o Fisco fará a devida denúncia ao MP, que promoverá a ação penal.

Nessa linha, Neto (2015, *on-line*) frisa que a extinção da punibilidade, caso o contribuinte faça o pagamento, sendo que isso pode ocorrer a qualquer momento do processo ou após ele, mas antes do oferecimento da denúncia ao MP, “traz divergências quanto à verdadeira função do Direito Penal nos crimes tributários e qual o bem jurídico por ele tutelado”.

Sobre a extinção da punibilidade mediante o pagamento do débito levantado pelo Fisco, Pontieri (2020, *on-line*), à luz da Lei 10.684/03, traz várias decisões do STF e STJ das quais se utiliza uma de cada Tribunal:

CRIME TRIBUTÁRIO. PAGAMENTO DO TRIBUTO E CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. APLICAÇÃO REATROATIVA DA LEI FEDERAL Nº 10.684/2003. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] 3. In casu, a Lei Federal nº 10.684/2003, ao se referir a casos dos crimes descritos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, dispôs expressamente em seu parágrafo segundo sobre a extinção da punibilidade dos crimes acima referidos, quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais,

inclusive acessórios, razão pela qual o Tribunal Regional Federal, ante a comprovação do pagamento do débito tributário pela pessoa jurídica a qual vinculados os agentes, declarou a extinção da punibilidade, o que está em consonância com a jurisprudência assente no Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus nº 81.828-0/RJ, redator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ de 27.02.2004, e Habeas Corpus nº 85.452, relator Ministro Eros Grau, julgado em 17.05.2005, iter alia. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 575071 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013) (grifo nosso).

(HC 362.478/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/20017)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. [...]

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PAGAMENTO DO TRIBUTO. CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARTIGO 9º, § 2º, DA LEI 10.684/2003. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Com o advento da Lei 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, **o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador**, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite.

2. **Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em**

Julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado. [...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003 (grifos nossos).

Nota-se que a posição dessas cortes é a de extinguir a punibilidade com a efetivação do pagamento, independentemente do momento em que foi feito, até mesmo após a sentença penal condenatória. Machado (2010, p. 524-525) segue o mesmo entendimento ao dizer que a extinção da punibilidade deve, diante ao pagamento, ser feita a qualquer momento, “mesmo com o trânsito em julgado”:

E o Supremo Tribunal Federal já consagrou o entendimento segundo o qual, em face dessa lei, o pagamento do débito tributário a qualquer tempo extingue a punibilidade de qualquer desses crimes, mesmo depois do recebimento da denúncia. E, a nosso ver, mesmo depois da sentença condenatória, mesmo com trânsito em julgado.

Diante do que foi exposto, observa-se a provocação feita por Neto (2015), citado anteriormente, sobre o verdadeiro papel do Direito Penal nas questões ligadas aos crimes contra a ordem tributária, pois tanto a legislação quanto os tribunais são favoráveis a não aplicação de penalidades aos sonegadores desde que, em algum momento do curso do processo, ou mesmo após decisão com trânsito em julgado, façam o pagamento ou o parcelamento.

Percebe-se que o ramo de Direito que deveria ser a *ultima ratio* está sendo usado para apenas ameaçar, com uma ação penal, o contribuinte/sonegador e não aplicar uma lição pedagógica para que aqueles que têm o espírito sonegatório abandonem essa prática, o contrário é o que ocorre.

3 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS EM FACE DO ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO PELO STF COM A EDIÇÃO DA SV 24

Neste tópico, são analisados os argumentos doutrinários apresentados no tópico 2 em face do posicionamento do STF relativamente ao art. 1º, incisos de I a IV, da Lei 8.137/90.

3.1 MITIGAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 24

Mesmo com o poder vinculativo inerente às súmulas vinculantes, a de nº 24 traz uma característica importante, pois, em alguns casos, não deve ser observado o momento do lançamento definitivo para se iniciar a competente persecução penal, quando estiverem presentes o embaraço à fiscalização ou outros crimes que não tenham natureza tributária.

Embaraço à fiscalização são as ações tomadas pelos contribuintes que, de maneira dolosa, tenham o objetivo de impedir que o Fisco acesse informações, tanto em meios magnéticos ou físicos, estabelecimentos, veículos etc. Nesses casos, pode o agente fiscal convocar a participação de força policial para que sua tarefa seja cumprida.

Há outras situações em que não é necessário aguardar o final do processo administrativo para iniciar a persecução penal. Gonçalves e Baltazar Junior (2021, p. 1.329) evidenciam que, “em regra, nem sequer inquérito policial poderá ser instaurado (STF, RHC 83.717, M. Aurélio, 1ª T., u., 16/03/2004; STF, HC 90.957, Mello, 2ª T., u., 11/09/2007)”, entretanto, caso o inquérito policial seja “imprescindível para a apuração do débito tributário (STF, HC 95.443, Ellen, 2ª T., u., 02/02/2010),” pode ser iniciado.

Esses doutrinadores continuam, em sua lição, dizendo que o “teor da conclusão administrativa” não vincula a persecução penal, pois não se exige para esta que a solução administrativa indique que houve fraude, pois essa hipótese será abordada e decidida pelo “Poder Judiciário, até porque não é esse o objetivo do ato administrativo do lançamento (TRF2, AC 199351010379281, Abel Gomes, 1ª TE, u., 12/08/2009)”.

Várias são as decisões dos tribunais superiores nesse sentido. Um exemplo recente do STJ, em 15/02/2022, segundo matéria escrita por Silva (2022, *on-line*), considerou a mitigação dos efeitos da SV 24. Veja-se que a decisão fala também em embaraço à persecução penal:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO TERCEIRO MANDAMENTO. CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS E LAVAGEM DE DINHEIRO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO EM NOME DE EMPRESAS FANTASMAS, CRIADAS COM DOCUMENTAÇÃO FALSA. SÚMULA VINCULANTE N. 24 DO STF. MITIGAÇÃO, QUANDO HÁ EMBARAÇO À PERSECUÇÃO PENAL, POR MEIO DO COMETIMENTO DE OUTROS CRIMES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. RISCO À ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA.

NECESSIDADE DE SE INTERROMPER ATUAÇÃO DE GRUPO CRIMINOSO. CONTEMPORANEIDADE. INSUFICIÊNCIA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA, NO CASO. (...) 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de admitir a mitigação da Súmula Vinculante n. 24 (...) **quando o modus operandi utilizado na conduta delituosa passa pelo cometimento de outros crimes, como forma de burlar a fiscalização tributária**, notadamente como no caso, em que foram constituídas empresas fantasmas para transferir a cobrança dos impostos para pessoas jurídicas e físicas inexistentes, a fim de beneficiar as empresas que efetivamente recebiam e comercializavam as mercadorias, além de haver ainda o crime de lavagem de dinheiro. (...) 9. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem. Prejudicado o pedido de reconsideração da decisão liminar. (HC 715.307/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/02/2022, DJe 25/02/2022) (grifo nosso).

A possibilidade de mitigação é, sem dúvida, um passo importante para a aplicação das lições pedagógicas necessárias que visem diminuir a sonegação fiscal. Verifica-se, no grifo do item 2 da Ementa imediatamente acima, que se justifica a mitigação indicando o fato da “conduta delituosa passar pelo cometimento de outros crimes, como forma de burlar a fiscalização tributária”.

Essa grafia permite que a opinião já emitida neste artigo encontre amparo merecendo sintética reprodução: a Lei 8.137/90, em particular, os incisos de I a IV do art. 1º, condena as condutas que visam à redução ou à supressão do pagamento de tributos e cujo *modus operandi* leva ao resultado final, sonegação tributária. As condutas encontram tipificação nos arts. 298, 299 e 304, todos do Código Penal. São condutas que, independentemente da efetivação da sonegação fiscal, por si já são criminosas e, por isso, não se justifica aguardar o final das discussões sobre a procedência ou não do lançamento para que se possa criar o ambiente adequado para a propositura da ação penal por parte do Ministério Público.

Seguindo o que diz Govinda (2017, *on-line*), as recentes decisões das cortes superiores estão revelando a “tendência de se flexibilizar a incidência dessa súmula, o que, em um futuro não muito distante, poderá significar a revisão desse enunciado, para o bem do Direito e do combate à sonegação fiscal”.

3.2 CRIMES MATERIAIS E FORMAIS E A ADMISSÃO DE TENTATIVA

Harada (2012, *on-line*), ao tratar sobre o 20º Simpósio Nacional de Direito Tributário, declara que a maioria dos tributaristas presentes, ao discutirem sobre os crimes contra a ordem tributária, pronunciaram que são crimes de “resultado ou seja, crimes de natureza material”. Entretanto, ao considerar se esses crimes admitem ou não a tentativa, as opiniões se dividiram. Segundo Harada (2012, *on-line*), “Não se pode, *a priori*, firmar a tese pela possibilidade ou pela impossibilidade da tentativa”.

O doutrinador diz que, para afirmar se pode ou não haver a tentativa, é recomendado analisar cada um dos incisos e exemplifica mencionando o inciso I do art. 1º da Lei 8.137/90: “I – omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias”. Explica que residem nesse inciso a “conduta omissiva e comissiva,” sendo que aquela não admite tentativa por “configurar crime omissivo próprio”. Mas, no caso desta, a “falsa declaração poderá caracterizar a tentativa de sonegação fiscal à luz do art. 14, II do Código Penal”.

Observa Harada (2012, *on-line*) que, “Se a declaração falsa destinava-se a suprimir ou reduzir um tributo que, para a consumação do crime exige mais de uma conduta comissiva ou omissiva, é possível a caracterização da tentativa”. Exemplifica com o Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), afirmando que, no caso de o Fisco descobrir a fraude evitando a restituição indevida, não haverá a consumação do crime, entretanto, houve a tentativa.

Não parece adequado imaginar que o contribuinte de direito, ao praticar condutas previstas nos incisos de I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90, o faz de forma ingênua, pois são situações que por si só já indicam o caminho para a sonegação fiscal.

A intenção existente nos verbos *omitir, prestar, fraudar, falsificar, alterar, elaborar, distribuir, fornecer* revelam circunstâncias que não acontecem por acaso, é necessário que haja preparação anterior à prática. Esse preparativo é no mínimo psicológico, que é quando o promotor do ato se enche de determinação e coragem para, de forma dolosa, praticá-lo.

O contribuinte decide pela prática de atos que levem à sonegação, podendo ou não obter sucesso em seu intento. Algumas vezes não atinge seu objetivo, por causa da ação administrativa do Fisco, que, por intermédio de seus agentes auditores fiscais, faz a fiscalização e verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal e/ou

acessória, lavrando o competente auto de infração e notificando esse procedimento ao contribuinte.

Mesmo com a ação sendo interrompida, a intenção era fraudar o erário público com a redução ou a eliminação total do repasse do tributo. Soa estranho dizer que, com a descoberta por parte do Fisco dessa intenção o que a faz cessar, não houve crime contra a ordem tributária simplesmente porque não houve a sonegação efetiva dos tributos oriundos daquele fato gerador. Nessa ótica, está-se apoiando a impunidade.

A atuação estatal deve ser no sentido de promover uma ação pedagógica para que aquele que não se sente responsável pelo repasse dos tributos ao tesouro público lembre-se das sanções sofridas e não se sinta livre para tentar novamente a sonegação.

Junqueira e Vanzolini (2021, p. 442-443) observam que, "**em todos os delitos** (salvo os unissubsistentes), **é possível a tentativa** quando a própria conduta criminosa é interrompida antes de ser finalizada" (grifos nossos). A essa circunstância denomina-se de "tentativa imperfeita", porque aquele que tem o ânimo de sonegar o tributo devido por aquela operação que pretende esconder é descoberto antes de concluir seu intento. Bitencourt (citado por JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021, p. 443) assevera que, nesse caso, o agente "não exaure toda a sua potencialidade lesiva". Junqueira e Vanzolini (2021, p. 443) continuam ensinando que, nos crimes materiais e em nenhum outro, é "possível uma segunda situação de tentativa". Nessa hipótese, todos os meios necessários para aquela "atividade criminosa são integralmente" empregados, e o "resultado naturalístico descrito no tipo ainda assim não é alcançado". Trata-se da tentativa perfeita.

Algo de muita relevância para este estudo é afirmado por Junqueira e Vanzolini (2021, p. 443): "o ordenamento jurídico brasileiro não distingue, seja no tratamento, seja na consequência jurídica, as figuras da 'tentativa propriamente dita' (tentativa imperfeita) e o 'delito frustrado' (que corresponde à tentativa perfeita)". Qualquer das duas modalidades são "tratadas como espécies de tentativa, e a diferença entre elas tem impacto somente na dosimetria da pena". Pode-se depreender da inteligência desses autores que é perfeitamente admitida a tentativa para os crimes previstos no art. 1º da Lei 8.137/90.

Machado (2010, p. 528-529) nos permite entender que, se no caso do inciso I do art. 2º se configura a possibilidade de tentativa, pois, são condutas que visam suprimir ou reduzir tributos, fica entendido que, nas hipóteses do art. 1º, também se admite a tentativa, pois são de mesma natureza:

O dolo específico é elemento essencial do tipo, tanto no crime definido no art. 1º, como no crime definido no art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990. Pode parecer que este último é um crime formal, ou de mera conduta. Não é. Para que o tipo se complete é necessário que a conduta descrita na lei seja apta a impedir o conhecimento, pela autoridade lançadora do tributo, da situação de fato que enseja o lançamento deste. Podemos, então, afirmar que no art. 2º, inciso I, é descrita **conduta que configura a tentativa** da prática do crime previsto no art. 1º, posto que é conduta apta a suprimir ou reduzir tributo (grifo nosso).

De acordo com o que dispõe Meira (2007, *on-line*), pelo que tenta regram o STF, o fato de necessitar da decisão definitiva do lançamento significa que este está como elemento do tipo. A inteligência contida na SV 24 é a de transformar o ato administrativo do lançamento em “elemento normativo do tipo” penal, citando o “(HC 83414-RS e PETQO. 3593-3/SP). Sendo assim, sem tal elemento, não há crime a ser punido, ou seja, a conduta é atípica”. Esse autor fala ainda que somente estará concretizado o crime tributário após lançamento definitivo, o que determina a existência do crédito tributário e seu valor, até então não há tipicidade.

Segundo o autor, no caso do art. 1º, não se admite tentativa por causa da exigência da definitividade do lançamento, sendo que nos artigos 2º e 3º não sofre a ação da SV 24 e, portanto, admite-se a tentativa.

Por fim, a tentativa nas condutas criminosas, previstas em alguns dos incisos dos artigos 2º e 3º, é plenamente possível, posto que não há a necessidade da constituição definitiva do crédito tributário para a deflagração da ação penal nestes casos (MEIRA, 2007, *on-line*).

Depreende-se que esse estudioso afasta a possibilidade da tentativa para os incisos de I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90 não por força legislativa, não pela inteligência da grafia desses incisos, não pela intenção da Lei em si, mas, nesse caso, pelo ativismo judicial praticado pelo STF exarado na SV 24.

As considerações de Meira (2007) fazem completo sentido, segundo Harada, Musumeci Filho e Polido (2014, p. 155): “para confundir o estudioso, o art. 2º da nova lei

prescreve que 'constitui crime da mesma natureza', isto é, crime contra a ordem tributária, e institui cinco hipóteses criminais misturando crimes de resultado com crimes de mera conduta". A riqueza do que é exposto por esses doutrinadores é notadamente singular. Então, o STF deveria ter estendido o poder da SV 24 por toda a superfície da Lei em comento, onde residisse um crime de resultado (material), ela deveria mergulhar e provocar seus efeitos, entretanto, limitou-se aos incisos de I a IV do art. 1º.

Se o STF quer estabelecer um padrão aceitável para o momento em que se torna definitiva a constituição do crédito tributário, vedando que se faça a devida persecução penal, então, deveria observar que, no art. 2º, também há os crimes formais ou de resultado. Assim, os crimes materiais ou de resultado grafados no texto da Lei 8.137/90 somente não admitem tentativa nos incisos abrangidos pela SV 24, nos demais sim.

Há possibilidade de se produzir muitas páginas trazendo a posição de estudiosos e doutrinadores sobre esse ponto, entretanto, a fala de Harada (2012, *on-line*) é cabal, pois traz a posição esboçada pelos especialistas participantes do 20º Simpósio Nacional de Direito Tributário. Considerando o atrevimento típico dos neófitos no direito, pede-se a devida venha para filiação à corrente majoritária ou não de que é sim admitida a tentativa nesses crimes em comento, isso porque não se pode conceber que a força normativa contida na Lei 8.137/90 tenha o condão de punir apenas o resultado final, que é a sonegação fiscal, mas também o caminho percorrido ou iniciado que não inocentemente leva à sonegação.

É necessário que o praticante das condutas verbalizadas nos incisos de I a IV do art. 1º tenha vontade e disposição para tal. Assim, ele inicialmente tenta e, se não for impedido, levará às últimas consequências seu intento. Na realidade do que se estuda aqui, os procedimentos administrativo e judicial têm seu escopo próprio. Este julga a conduta criminosa presente nos verbos *omitir, prestar, fraudar, falsificar, alterar, elaborar, distribuir, fornecer*, aquele julga se, com a prática dessas ações, houve a tentativa de esconder o fato gerador e, por consequência, a sonegação fiscal.

Fica claro, portanto, que esses campos de atuação não se confundem, claro que, como disse Harada (2021, *on-line*), em citação anterior, sempre caberá ao contribuinte a possibilidade de recorrer ao Judiciário. Mas que fique claro que, quando isso ocorre, é porque esse contribuinte não concorda com a decisão tomada na esfera administrativa e recorre dela ao Judiciário. Esses recursos versam sobre matéria tributária e não matéria penal. Nesses casos, o Judiciário atuará como o fiel da balança, mas, nos demais casos, a atuação desse Poder não deveria esperar pela decisão administrativa.

As condutas especificadas nos incisos de I a IV do art. 1º da Lei podem muito bem ser praticadas, o que é crime sem que haja a sonegação tributária correspondente ao ato. Desse modo, não há por que esperar o processo administrativo que discute o lançamento, pois não tem o condão de entrar na seara criminal, o processo criminal discutirá, por exemplo, falsificação documental, prestação de informação inverídicas etc. A descoberta pelo Fisco do fato gerador interrompe o *iter criminis* impedindo os efeitos sonegatórios desejados pelos contribuintes praticantes das condutas censuradas pela Lei 8.137/90.

3.3 "TENTATIVA IMPUNÍVEL"

Usufruindo do trabalho de Govinda (2017, *on-line*), observa-se que, na grafia da SV 24, está exposta a "expressão 'tipifica' não por casualidade ou querendo indicar um sentido coloquial". O estudioso explica que a tipicidade relacionada ao Direito Penal "significa o enquadramento de uma determinada conduta ocorrida concretamente ao fato descrito abstratamente no tipo penal, chamado fato típico".

Diante dessa afirmação, chega-se à conclusão de que o lançamento faz parte do tipo penal e, seguindo a tese desse estudioso, faz parte do ato criminoso, sem o qual não há a configuração de crime contra a ordem tributária. Isso é no mínimo estranho. A Lei e o artigo em comento, em momento algum, ancoram as condutas ali previstas à necessidade do lançamento do crédito tributário por parte do Fisco.

Continua esse autor indicando que, da forma como o STF enquadrando os incisos de I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90, leva ao entendimento de que o "lançamento é elemento do fato típico significando que aquele que realizar o lançamento terá, em tese, concorrido para a infração, na medida em que contribuiu para a formação do fato típico penal". Destaca ainda que houve por parte do STF uma inovação, no momento em que "inseriu no tipo penal um elemento que não o integra na sua descrição legislativa".

Também no ordenamento jurídico cabe o adágio popular, "cada ação corresponde a uma reação", pois esse novo elemento do fato típico traz várias situações, considerando que há possibilidade de tentativa para esses crimes. Assevera ainda o estudioso que, com a persecução penal tendo início somente após o lançamento definitivo, a SV 24 cria uma hipótese de "tentativa impunível", pois, caso não haja o lançamento do crédito tributário, todos os "atos executórios do crime ficarão impunes, não sendo investigados":

[...] já se estaria diante de um crime consumado, e não tentado. Portanto, o crime tentado não pode ser punido. Conclusão: a SV 24 criou uma hipótese muito peculiar de tentativa impunível, na medida em que, caso o lançamento, por qualquer motivo, não seja efetuado, todos os atos executórios do crime tributário já praticados pelo contribuinte ficarão impunes porque não serão nem sequer investigados (GOVINDA, 2017, *on-line*).

Não se tem o atrevimento de dizer que o STF errou ao editar a SV 24, mas por que o fez para apenas parte do art. 1º? Também o inciso V desse artigo assim como outros da mesma lei trazem em seu conteúdo a mesma classificação descrita para os incisos de I a IV do art. 1º. Govinda (2017, *on-line*) também levanta essa questão e comenta que, para o inciso I do art. 2º, por exemplo, “não se cogita de lançamento para fins de configuração do delito, apesar de o tipo penal exigir o especial fim de agir consistente em se eximir total ou parcialmente de pagamento de tributo”.

O crime previsto não é somente o de sonegação de tributos, mas também o meio inadequado que é utilizado para se chegar ao fim desejado. As condutas contidas nos incisos de I a IV do art. 1º revelam o desejo de sonegar e não somente isso, essas práticas estão tipificadas no Código Penal como crimes que, uma vez cometidos, carecem da devida ação penal. Omitir informações que como contribuinte de determinado tributo é obrigado por lei; prestar declaração falsa (art. 299 do Código Penal); fraudar a fiscalização tributária não escriturando operações que deram nascimento ao fato gerador da obrigação tributária (art. 299 do Código Penal); falsificar, calçar nota fiscal, fatura ou qualquer documento que se origine de uma operação tributável (art. 298 do Código Penal); elaborar e utilizar distribuindo ou fornecendo documentos com ou sem o conhecimento de falsidade (art. 298 e 304 do Código Penal) – todas essas condutas são tipificadas no Código Penal, não necessitam ser acompanhadas por sonegação fiscal e muito menos pelo lançamento, para que reste caracterizada a conduta necessária para a consolidação de crime.

Na maior parte do tempo, o debate gira em torno da sonegação fiscal, o que é um equívoco. Nova direção deve ser tomada, pois o travamento colocado pelo STF e estampado na SV 24 não pode ser entendido como vedação somente à questão tributária, mas também às condutas que levam às implicações penais.

A seu turno e nessa mesma linha, Govinda (2017, *on-line*) afirma que o lançamento não é a única prova do crime e que as autoridades do Ministério Público e policial deveriam promover as devidas investigações com o objetivo de apurar as fraudes condutoras à

sonegação fiscal. E uma vez apuradas, “o lançamento revela-se não só dispensável como absolutamente desnecessário”, pois essas investigações seriam suficientes para lastrear a denúncia criminal. E “havendo o lançamento, tanto melhor para a acusação”, mas esse ato administrativo não seria a única chave a abrir a porta para a “investigação criminal”.

4 CONCLUSÃO

De todo o exposto, depreende-se que há uma desarmonia doutrinária em relação à SV 24. Se não era a intenção, o STF conseguiu que um grande debate fosse travado, e até mesmo houvesse divisão e dúvida dos estudiosos do assunto se cabe ou não a tentativa de crime. Ou por que a SV 24 trata de parte do artigo 1º e ignora totalmente o restante do mesmo e o art. 2º, por exemplo, não se tem explicação.

Debate-se que os crimes materiais não comportam a tentativa. Parte da doutrina diz que sim, desde que plurissubsistentes e, nesse caso, há um erro de argumento na grafia da tão debatida Súmula. Fica claro que não basta dizer que o sonegador não poderá ser processado penalmente antes do lançamento definitivo do tributo, pois isso deixa a impressão de que tudo que se passa antes disso não tem tipificação, o que não é verdade.

Os crimes previstos nos incisos de I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90 são considerados materiais porque carecem de finalização para comprovar sua ocorrência completa, ou seja, o homicídio, a sonegação fiscal, o estelionato e tantos outros que são crimes materiais precisam ser consumados, claro que as tentativas devem sofrer as sanções penais previstas em lei.

O STF não errou em classificar as condutas descritas no tipo penal dos incisos de I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90 em material, mas para isso o Tribunal Supremo nem precisaria se manifestar, pois, conforme foi exposto no decorrer deste artigo, os doutrinadores e os estudiosos citados concordam que esses crimes são materiais (resultado). O ponto discordante é se admitem tentativa, no que a maioria dos autores concordam que sim, esses crimes admitem tentativa desde que plurissubsistentes.

Outro ponto de discordância é se, como admitem tentativa, os crimes de natureza penal que são praticados para atingir o fim do projeto de sonegação fiscal devem ser combatidos com a deflagração da persecução penal antes do lançamento definitivo. É tênue a linha que separa a prática da sonegação fiscal e dos crimes perpetrados para esse fim, pois as ações omitir, prestar, fraudar, falsificar, alterar, elaborar, distribuir, fornecer por

si só identificam o desejo de que haja a efetivação, a finalização da tentativa instalada. O agente quer a sonegação, que é o prêmio buscado.

Para atingir o intento sonegatório, condutas criminais vão sendo praticadas, de modo que falsificar uma nota fiscal e utilizá-la, por exemplo, são crimes tipificados no art. 298 do Código Penal. Insistir em não iniciar a persecução penal aguardando a finalização do debate em torno do lançamento para que seja definitivo é o mesmo que fechar os olhos para as condutas criminosas que foram sendo praticadas em direção à sonegação fiscal.

Dizer que, caso não prospere o lançamento do crédito tributário, o caminho percorrido pelo contribuinte em busca de fraudar o Fisco não se tipifica vai na contramão da teoria finalista da ação adotada pelo Código Penal, pois sempre que o agente promove uma ação que tenha característica preparatória à sonegação fiscal, e sendo ainda revestida por tipos penais devidamente estabelecidos em lei, não tem como negar que sua intenção final é criminosa.

Desse modo, verifica-se que há uma ruptura a ser reparada, pois a Lei 8.137/90 trata de crimes contra a ordem tributária, mas, para se chegar a esses crimes, o agente precisa necessariamente cometer outros que são revelados nos verbos que identificam os incisos de I a IV do art. 1º dessa Lei.

Afirmar que a jurisprudência é maciça no que se refere à SV 24 é inadequado, pois os julgadores não têm oportunidade de formar seu juízo de cognição sobre cada ação que chega às mãos, isso porque são compelidos a seguir o que determina a SV 24, não têm outra opção, a ela estão suas decisões vinculadas.

Nota-se que o próprio Tribunal Supremo entende que deve haver mitigação dos efeitos vinculativos dessa Súmula. Caso haja embaraço à fiscalização tributária ou sejam cometidos crimes que não tenham ligação com a sonegação tributária, como formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, empresa fantasma, por exemplo, pode-se iniciar a persecução penal, independentemente da solução dada ao lançamento do crédito tributário em discussão.

Entende-se que esse debate é salutar, no entanto, no que se refere ao objeto estudado, os tribunais e a legislação poderiam ser um pouco menos benevolentes, deixando de utilizar o Direito Penal, *ultima ratio*, como forma de apenas compelir ao pagamento dos tributos aqueles que burlam ou tentam burlar o Fisco. Além do auxílio dado pela força vinculativa da SV 24, esses têm ainda a seu alcance a possibilidade de, a

qualquer momento do processo administrativo ou judicial ou mesmo após este, mesmo com sentença penal condenatória com trânsito em julgado, efetuar o pagamento ou parcelar o valor do tributo e de seus acréscimos e ter a ação penal extinta com a finalização do pagamento.

Com o forte debate instalado pela grafia da SV 24 e pela necessidade de mitigação proposta pelo próprio STF, depreende-se que o teor dessa Súmula pode passar por alterações no sentido de deixá-la mais adequada ao que se espera de uma lei que tenha por objeto coibir a sonegação fiscal em todas as instâncias.

5 REFERÊNCIAS

BRAMBILLA, L. V. No que consiste a teoria finalista da ação? 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2148295/no-que-consiste-a-teoria-finalista-da-acao-leandro-vilela-brambilla>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 maio 2022.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 19 maio 2022.

_____. **Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 19 maio 2022.

_____. **Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.** Altera a legislação do Imposto de Renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9249.htm>. Acesso em: 19 maio 2022.

_____. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm>. Acesso em: 19 maio 2022.

_____. **Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003.** Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 19 maio 2022.

_____. Ministério da Economia/Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Portaria nº PR-268, de 26 de agosto de 2021. **Diário Oficial da União**, ed. 163, p. 60, 27 ago. 2021. Disponível em: <<https://portal.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-pr-268-de-26-de-agosto-de-2021-341037196>>. Acesso em: 25 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo.** Matéria criminal. Crime contra a ordem tributária. Ausência de constituição definitiva do crédito tributário. Trancamento da ação penal por inexistência de justa causa. Súmula Vinculante nº 24. Pretendida absolvição sumária. Impossibilidade. Agravo regimental não provido. 1. A ausência de constituição definitiva do crédito tributário inviabiliza o desenvolvimento válido da persecução criminal, acarretando o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, o que não impede o oferecimento de nova denúncia (ou aditamento da já existente) após o exaurimento da via administrativa, a teor do disposto na Súmula Vinculante nº 24. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. ARE 1047419 AgR, Min. Dias Toffoli. Julgamento: 27/03/2018. Publicação: 23/04/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=85000&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 30 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 24**. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

GONÇALVES, V. E. R.; BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Legislação Penal Especial**: Esquematizado. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

GOVINDA, L. G. M. **Revisitando a Súmula Vinculante n. 24**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57928/revisitando-a-sumula-vinculante-n-24>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

HARADA, K. **Crimes tributários**: cabe tentativa? 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20763/crimes-tributarios-cabe-tentativa>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

_____. **Revisão judicial das decisões administrativas favoráveis ao contribuinte**. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/88339/revisao-judicial-das-decisoes-administrativas-favoraveis-ao-contribuinte>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

HARADA, K.; MUSUMECCI FILHO, L.; POLIDO, G. M. **Crimes contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JUNQUEIRA, G.; VANZOLINI, P. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LIMA, H. A. B.; LYRA, D. H. S. **Crimes contra a Ordem Tributária**: eleição do objeto jurídico e implicações constitucionais. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33429/crimes-contra-a-ordem-tributaria>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

LÚCIO, H. **O STF e o ativismo judicial**. 2019. Disponível em: <<https://hlsilvajunior.jusbrasil.com.br/artigos/724748429/o-stf-e-o-ativismo-judicial>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

MACHADO, H. B. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARTINELLI, J. P. O.; BEM, L. S. de. **Lições fundamentais de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MASSOM, C. **Direito Penal**: parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MEIRA, M. B. **A tentativa nos crimes contra a ordem tributária**. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10385/a-tentativa-nos-crimes-contr-a-ordem-tributaria>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

NETO, A. P. **Os efeitos do pagamento nos crimes tributários**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31361/os-efeitos-do-pagamento-nos-crimes-tributarios>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

PONTIERI, A. **A jurisprudência atual do STF e do STJ sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo**. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/79570/a-jurisprudencia-atual-do-stf-e-do-stj-sobre-a-extincao-da-punibilidade-pelo-pagamento-do-tributo?msclid=fc7b210acf0811ec93b9a2b741fc4dc7>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

SILVA, B. C. M. STJ admite a mitigação da Súmula Vinculante n. 24. 2022. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/stj-admite-a-mitigacao-da-sumula-vinculante-n-24/>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

VIEIRA, T. N. **Análise à Lei de Sonegação Fiscal (LEI 8.137/90)**. 2015. Disponível em: <<https://thiagonvieira.jusbrasil.com.br/artigos/153070628/analise-a-lei-de-sonegacao-fiscal-lei-8137-90#:~:text=A%20Lei%20n.%208137%20%2F90%2C%20por%20sua%20vez%2C,a%20estes%20cominadas%2C%20na%20medida%20de%20sua%20culpabilidade%E2%80%9D>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

A (IM)POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS CIVIS PELOS APÁTRIDAS

FRANCULINO JOSÉ DA SILVA FILHO: Advogado graduado pelo Instituto Camillo Filho (ICF), pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Escola do Legislativo da ALEPI, pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior de Advocacia (ESA - OAB-PI).

FRANCISCO DE SOUSA VIEIRA FILHO

. ADAUTO DE GALIZA DANTAS FILHO

(orientadores)

RESUMO: Este trabalho teve por objetivo fazer uma análise da (im)possibilidade do exercício dos direitos civis pelos apátridas no Brasil. Isso porque o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR – ONU, 2014) estima que existam mais de 12 milhões de apátridas no mundo. Negar a nacionalidade a uma pessoa é negar a possibilidade de exercício dos direitos civis mais básicos que um ser humano deve ter. Por conta disso, no presente trabalho analisou-se os critérios de aquisição da nacionalidade adotado pela maioria dos países, inclusive o Brasil; o conceito, os tipos, as causas e as consequências da apatridia; a situação jurídica dos apátridas em uma perspectiva positivista e jusnaturalista; abordou a legislação aplicável aos apátridas no âmbito internacional; e verificou o tratamento jurídico dado aos apátridas no Brasil. Para tanto, adotou-se uma metodologia de pesquisa de natureza qualitativa com o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica. Ao final constatou-se que a ausência de nacionalidade não impossibilita os apátridas de exercer os direitos civis previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Apátridas. Direitos Civis. Nacionalidade.

ABSTRACT: The presented study aims to do an analysis on the (im)possibility of exercise of civil rights by stateless people in Brazil. That is because the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR – UN, 2014) estimates the existence of more than 12 million stateless people in the world. To deny the nationality of a person is to deny the possibility of exercising the simplest civil rights that a human being should have. Therefore, in this academic paper we analyzed the criteria for acquiring nationality followed by the majority of countries, including Brazil; the concept, types, causes and consequences of statelessness; the juridical situation of stateless people through the perspective of

positivism and natural law; tackled the applicable legislation to stateless people in the international scope; and verified the juridical treatment given to them in Brazil. To do so, we adopted a research methodology of qualitative nature with the technical procedure of bibliographical research. In the end, we noted the absence of nationality does not imply in the impossibility of exercise of civil rights stated in Brazilian juridical system.

Keywords: Stateless people. Civil Rights. Nationality.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA DEFINIÇÃO DA NACIONALIDADE. 2.1 CRITÉRIOS DEFINIDORES DA NACIONALIDADE NO BRASIL. 3 CONCEITOS, CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA APATRIDIA. 3.1 CONCEITO DE APATRIDIA. 3.1.1 Tipos de Apátrida. 3.1.2 Diferença entre Imigrante, Apátrida, Refugiado e Asilado. 3.2 CAUSAS DA APATRIDIA. 3.3 CONSEQUÊNCIAS DA APATRIDIA. 4 SITUAÇÃO JURÍDICA DOS APÁTRIDAS EM UMA PERSPECTIVA POSITIVISTA E JUSNATURALISTA. 5 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AOS APÁTRIDAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL. 6 TRATAMENTO JURÍDICO DADO AOS APÁTRIDAS NO BRASIL. 7 A (IM)POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS CIVIS PELOS APÁTRIDAS. 7.1 OS PRIMEIROS CASOS DE APATRIDIA RECONHECIDOS E CONCESSÃO DE NACIONALIDADE SIMPLIFICADA À APÁTRIDAS PELO BRASIL. 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 9 REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Nos sistemas jurídicos predominantes pelo mundo a nacionalidade é o pilar fundante para o exercício dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos por cada estado. Cada país, em seu sistema jurídico, estabelece os critérios para o reconhecimento e aquisição da nacionalidade.

Ocorre que os critérios estabelecidos pelos países para o reconhecimento da nacionalidade muitas vezes fazem com que determinadas pessoas não sejam reconhecidas como nacionais, ou seja, as pessoas ficam sem nacionalidade tornando-se um apátrida. Os movimentos migratórios provocados pelas duas grandes guerras mundiais e os conflitos internos e a delimitações de fronteiras de cada estado acentuaram o crescimento do número de pessoas consideradas apátridas, pessoas sem nacionalidade.

Paralelamente ao crescimento do número de pessoas consideradas apátridas, o constitucionalismo e a comunidade internacional evoluíram no reconhecimento de direitos ao homem, em especial a dignidade da pessoa humana. Mas a problemática dos apátridas ainda persiste.

A apátrida é uma das piores formas de violência contra o ser humano, pois pode impossibilitar o exercício dos direitos humanos e fundamentais mais básicos que devem ser reconhecidos a qualquer ser humano. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os

Refugiados (ACNUR – ONU, 2014) estima que existam mais de 12 milhões de apátridas no mundo. Negar a nacionalidade a uma pessoa é negar a possibilidade de exercício dos direitos civis mais básicos que um ser humano deve ter.

A impossibilidade do exercício dos direitos mais básicos de uma pessoa acarreta a impossibilidade de uma existência digna, ferindo de morte a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, é de fundamental importância a abordagem da situação jurídica dos apátridas para a construção de conhecimento para fomentar o debate e embasar uma possível resolutividade do problema.

Diante da situação jurídica dos apátridas, o foco norteador do presente trabalho é questionar sobre a (im)possibilidade do exercício dos direitos civis pelos apátridas, além de verificar se a ausência de uma nacionalidade é um impeditivo para o exercício pleno dos direitos civis.

A problemática do trabalho em questão pode ser resumida da seguinte forma: existe a (im)possibilidade do exercício dos direitos civis pelos apátridas no Brasil?

O objetivo geral do trabalho é fazer uma abordagem da situação jurídica dos apátridas abordando o regramento legal aplicável em relação a (im)possibilidade do exercício dos direitos civis. Os objetivos específicos são: analisar os critérios de aquisição da nacionalidade adotado pela maioria dos países, inclusive o Brasil; analisar o conceito, os tipos, as causas e as consequências da apatridia; analisar a situação jurídica dos apátridas em uma perspectiva positivista e jusnaturalista; abordar a legislação aplicável aos apátridas no âmbito internacional; e verificar o tratamento jurídico dado aos apátridas no Brasil.

A relevância do tema e os motivos que o justificam é a existência de pessoas apátridas que podem ficar sem proteção jurídica. A impossibilidade do exercício dos direitos mais básicos de uma pessoa acarreta a impossibilidade de uma existência digna, ferindo de morte a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, é de fundamental importância a abordagem da situação dos apátridas para a construção de conhecimento para embasar uma possível resolutividade do problema.

Diante de todo esse panorama, a academia, sendo um ambiente de discursão e produção de conhecimento, não pode ficar de fora e deixar de debater um tema tão importante que afeta a dignidade da pessoa humana. Assim, a importância da pesquisa desse tema está no fato de discutir a problemática dos apátridas e a (im)possibilidade do exercício dos direitos civis pelos apátridas, produzindo conhecimento e buscando caminhos mais adequados para lidar com esse problema.

Para tanto, o presente trabalho é dividido da seguinte forma: primeiramente serão abordados os critérios de aquisição da nacionalidade originária e derivada adotado pela maioria dos países, bem como os critérios adotados pelo Brasil. Em um segundo momento será abordado o conceito, os tipos, as causas e as consequências nefastas da apatridia. Posteriormente será feita a análise da situação jurídica dos apátridas em uma perspectiva positivista e jusnaturalista e sua relação com o exercício dos direitos fundamentais e direitos humanos. Em seguida será abordada a legislação aplicável aos apátridas no âmbito internacional, em especial as convenções internacionais que tratam do tema. Logo em seguida discorrerá-se sobre o tratamento jurídico dado aos apátridas no Brasil, abordando os principais aspectos. Para responder o problema de pesquisa será abordado a (im)possibilidade do exercício dos direitos civis pelos apátridas. Será abordado ainda os primeiros casos de apatridia reconhecidos e concessão de nacionalidade simplificada à apátridas pelo Brasil, para ao final tecer-se as considerações finais.

Como metodologia de pesquisa adotou-se um estudo de natureza qualitativa com o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica. Serão utilizadas como fontes da pesquisa bibliográfica a legislação, a doutrina, princípios, relatórios, livros e artigos publicados em revistas científicas e na rede mundial de computadores.

2 CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA DEFINIÇÃO DA NACIONALIDADE

A aquisição da nacionalidade de um sujeito vai definir o regime jurídico o qual se submeterá e, conseqüentemente, os direitos e deveres deste indivíduo perante o regime jurídico. A nacionalidade é o vínculo jurídico entre o ser humano e o Estado ao definir o sistema jurídico de proteção do ser humano, possibilitando-o o exercício dos direitos fundamentais mais básicos. Nesse sentido, Morais (2016, p. 367) explica que a:

Nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos.

Discorrendo ainda sobre a nacionalidade, Tavares (2020) destaca que a nacionalidade é a ligação juridicamente estabelecida entre um indivíduo e determinado Estado, extraindo-se dessa definição a distinção entre nacionais e estrangeiros. Abordando um conceito mais abrangente de nacionalidade Masson (2015, p. 307) destaca que a nacionalidade é o:

Vínculo jurídico-político que liga o indivíduo a um determinado Estado, tornando-o um componente do povo, o que o capacita a exigir a proteção estatal, a fruição de prerrogativas ínsitas à condição

de nacional, bem como o sujeita ao cumprimento de deveres. Referida associação - entre indivíduo e Estado - é que determina e permite a identificação dos sujeitos que compõe a dimensão pessoal do Estado, um dos seus elementos constitutivos básicos.

Do conceito de nacionalidade informado acima percebe-se que a nacionalidade é uma das fontes do vínculo jurídico entre o Estado e um indivíduo, sendo que este se torna um dos elementos do Estado (povo) que passar a usufruir de todos os direitos, prerrogativas e deveres previstos no sistema jurídico do Estado. Em outras palavras, ter nacionalidade é ter proteção e garantias do sistema jurídico do Estado.

No âmbito internacional o Artigo XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) proclama que "Todo homem tem direito a uma nacionalidade" e destaca ainda que "Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade" (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

Nessa perspectiva podemos afirmar que a nacionalidade é um direito humano fundamental inerente a pessoa humana; é o pilar fundante para o exercício dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos por cada Estado. Feito essa introdução quanto a conceituação da nacionalidade passamos agora a análise dos critérios utilizados para à aquisição da nacionalidade.

A nacionalidade é adquirida a partir do preenchimento dos critérios estabelecidos por cada país, geralmente previstos nas constituições. A doutrina de Mendes (2013) esclarece que cabe a cada Estado definir os critérios e a forma de aquisição da nacionalidade. Nesse sentido, Lenza (2018, p. 2.058) explica que "a doutrina costuma distinguir a nacionalidade em duas espécies: a) primária ou originária (involuntária); b) secundária ou adquirida (voluntária)."

Discorrendo sobre os critérios para à aquisição da nacionalidade primária/originaria e secundaria/adquirida, Sousa (2017, s/p) explica que:

Quanto aos critérios e regras para sua **aquisição**, eles são estabelecidos de forma soberana por cada país. Alguns adotam o critério do *ius sanguinis*, por meio do qual o que define a nacionalidade primária é o **sangue**, não o local do nascimento. Em outras palavras, usa-se como critério para a nacionalidade a **ascendência parental**.

O critério do *ius sanguinis* é normalmente utilizado por países de **emigração**, a exemplo da maioria dos países europeus, com o intuito de manter os vínculos com os seus descendentes.

O outro critério para definição da nacionalidade primária é o do *ius solis*, ou critério da territorialidade. Neste critério, o que importa é o **local** do nascimento, e em geral é utilizado em países de **imigração**. Dessa forma, os descendentes dos imigrantes são considerados nacionais do país em que se encontram, não do país de origem dos pais, diferentemente do critério do *ius sanguinis*.

A outra espécie de nacionalidade é a **secundária**, ou adquirida, que é obtida por **vontade própria**, depois do nascimento, normalmente pelo processo de **naturalização**. A nacionalidade secundária pode ser requerida tanto por estrangeiros quanto por apátridas.

Além dos critérios de aquisição da nacionalidade originária demonstrados acima, *ius sanguinis* (origem sanguínea) e *ius solis* (origem territorial, do solo), existe um terceiro critério chamado de misto. Tal critério nada mais é do que a junção do *ius sanguinis* e *ius solis*, ou seja, para aquisição da nacionalidade por esse critério é necessário que os pais sejam nacionais do país e que a criança nasça no território do país. Vale destacar que existem outros critérios definidores da nacionalidade menos usuais.

2.1 CRITÉRIOS DEFINIDORES DA NACIONALIDADE NO BRASIL

A aquisição da nacionalidade brasileira é disciplinada no art. 12 da CF/88 (BRASIL, 1988). No referido dispositivo, o Brasil adota tanto o critério da nacionalidade primária ou originária (involuntária) como a secundária ou adquirida (voluntária).

No Brasil para aquisição da nacionalidade originária é utilizado tanto critério do *ius sanguinis* (origem sanguínea, como exceção) como do *ius solis* (origem territorial, como regra), nesse sentido art. 12, I, da CF/88, estabelece que:

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007) (BRASIL, 1988)

Dos dispositivos citados acima percebe-se quatro hipóteses de aquisição da nacionalidade brasileira nata, quais sejam: 1- nascer em território brasileiro (critério *ius solis*), ressalvados os casos em que os genitores estejam a serviço do seu país de origem (alínea a); 2- nascidos no estrangeiro filho de brasileiro a serviço do Brasil (critério *ius sanguinis*, alínea b); 3- nascidos no estrangeiro de pai ou mãe brasileiro, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente (critério *ius sanguinis*, alínea c); e 4- nascidos no estrangeiro de pai ou mãe brasileiro que venha residir no Brasil, a qualquer tempo, e depois de atingido a maioridade civil opte pela nacionalidade brasileira competente (critério *ius sanguinis*, alínea c).

Além disso, o inciso II do art. 12, da CF/88, traz os critérios para a aquisição da nacionalidade secundária ou adquirida (naturalização), nos seguintes termos:

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994) (BRASIL, 1988).

Das alíneas indicadas acima podemos dividir a naturalização em ordinária (alínea a) e extraordinária (alínea b). Quanto a naturalização extraordinária o próprio texto constitucional traz os requisitos exigidos. Já em relação a naturalização ordinária os requisitos estão previstos na Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), que também traz outros tipos de naturalização, quais sejam: 1- naturalização ordinária propriamente dita prevista nos arts. 65 e 66; 2- naturalização especial prevista nos arts. 68 e 69; e 3- naturalização provisória prevista no art. 70 (BRASIL, 2017).

Embora a Constituição Federal de 1988 vede a distinção entre brasileiros natos e naturalizados (art. 12, § 2º da CF/88), o próprio texto constitucional traz cargos e prerrogativas que só podem ser exercidos por brasileiros natos. Além disso, percebe-se que o Brasil adota critérios bastantes amplos de aquisição de nacionalidade, isso se deve ao fato do Brasil ser uma país formado por imigrantes e também para evitar os efeitos nefastos da apatridia.

As distinções indicadas acima dos critérios definidores da nacionalidade e as formas de aquisição da nacionalidade, brasileiros natos e naturalizados, é importante para podermos compreender a situação dos apátridas. Feito essas distinções, passamos agora análise do conceito de “apátrida”, abordando a situação dos mesmos, buscando quantificá-los e qualificá-los.

3 CONCEITOS, CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA APATRIDIA

Neste capítulo será abordado o conceito e tipos de apatridia; a distinção entre Imigrante, Apátrida, Refugiado e Asilado; as causas que levam a apatridia e as consequências da apatridia.

3.1 CONCEITO DE APATRIDIA

Apátrida ou *heimatlos* é o termo para designar um indivíduo sem pátria, sem nacionalidade. A doutrina afirma que em relação aos apátridas há um conflito negativo de nacionalidade, pois nenhum país reconhece aquele indivíduo como sendo nacional de seu país. Por outro lado, os indivíduos que tem duas ou mais nacionalidades podem ser designados como polipátridas ou multinacionalidade. De forma magistral Masson (2015, p. 308) traz o conceito de apátrida nos seguintes termos:

Os apátridas, também identificados como *heimatlos*, são aqueles desprovidos de pátria; não detêm com nenhum Estado o vínculo jurídico-político que os converteria em nacionais, uma vez que não se enquadram nos critérios de aquisição de nacionalidade de Estado algum.

Do conceito mencionado acima percebe-se que a situação de apatridia não decorre de um ato voluntário do indivíduo e sim da ação dos países ao estabelecer critérios de aquisição da nacionalidade.

Sendo assim, quando uma pessoa nasce em um país em que não preencha os critérios de aquisição da nacionalidade primária/originária ou secundária essa pessoa se torna um apátrida, pessoa sem nacionalidade. No âmbito internacional, conceitualmente, o art. 1º da Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 define o termo “apátrida”

como sendo “toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional” (ONU, 1954). No mesmo sentido, a legislação brasileira no art. 1º, § 1º, VI, da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) define o termo “apátrida” como sendo:

[...]

VI - apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro. (BRASIL, 2017)

Note que o conceito de apátrida trazida pela Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) tem como base é fundamento a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954. Isso demonstra que o Brasil está alinhado com a Organização das Nações Unidas (ONU) na problemática dos apátridas. Depois de conceituar apatridia passamos agora para uma breve análise dos tipos de apatridia.

3.1.1 Tipos de Apatridia

A doutrina diferencia os apátridas em dois tipos, nesse sentido Barbosa (2015) explica que: “apátridas de *jure*, jurídicos ou de direito e os apátridas de fato ou de *facto*.” Nesse sentido Reis (2016, p. 28) explica que os apátridas de *jure*, jurídicos ou de direito “são os indivíduos cuja carência de nacionalidade deriva de um conflito negativo de ordens jurídicas”, ou seja, é o tipo de apatridia reconhecida pelo o art. 1º da Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e pelo art. 1º, § 1º, VI, da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração).

Por outro lado, os apátridas de fato ou de *facto* são considerados nacionais de determinado país, ou seja, tem uma nacionalidade, mas por questões diversas o indivíduo não consegue exercer os direitos e prerrogativas decorrente da nacionalidade. Sendo assim, é como se o indivíduo não tivesse uma nacionalidade, pois de nada lhe serve o reconhecimento de uma nacionalidade se não pode exercer os direitos e prerrogativas decorrente dela. Nesse sentido, Barbosa (2015, p. 145) explica que:

Sobre os apátridas de fato, pode-se dizer que são aqueles que por insuficiência da máquina administrativa de seu Estado de origem, ou por situações peculiares que lá ocorrem como guerras civis ou tragédias humanitárias, como ações da natureza, pobreza extrema e

epidemias, ou até tudo isto combinado com muitos outros aspectos, não conseguem exercer de forma efetiva seus direitos, liberdades e bens oriundos de sua nacionalidade, seja no seu próprio país de origem ou em outro Estado estrangeiro. Assim, são as pessoas, que apesar de oficialmente possuírem uma nacionalidade e um Estado para se amparar quando houver necessidade, não exercem tais pressupostos de forma plena, já que seu Estado de origem se faz omisso, insuficiente nas políticas públicas ou até negligente no devido socorrer aos seus cidadãos, tanto em seu próprio território ou no de outros países. Deste modo, tornam-se apátridas na prática, de fato, e na realidade do dia a dia, visto que a própria concepção de nacionalidade denota uma assistência estatal de proteção política, jurídica e diplomática por trás de seus nacionais como alicerce da soberania, e no caso dos apátridas *de facto*, essa assistência se mostra falha, omissa ou mesmo inexistente. E em matéria de nacionalidade, um título de cidadão nacional de determinado Estado de nada adianta se o exercício e gozo da acepção de nacionalidade se mostra impossível, inconsistente e irreal, e de nada diferencia em termos práticos, de quem sequer o possui.

No mesmo sentido Reis (2016, pp. 30-31) destaca que:

os apátridas *de facto* não possuem conceituação normativa ou mesmo são protegidos por qualquer instrumento internacional. Consistem eles nos indivíduos que, embora formalmente devessem gozar de uma nacionalidade pelo enquadramento nos critérios *jus soli* ou *jus sanguinis*, não têm êxito em receber a proteção de nenhum Estado por razões comumente afetas a perseguições políticas, práticas discriminatórias etc. O vínculo de nacionalidade destas pessoas, apesar de existir no campo formal, não tem efetividade.

A apatridia de fato ou de *facto* por não ser uma negativa do reconhecimento da nacionalidade não está amparado pelos sistemas normativos que protegem os apátridas de *jure*, jurídicos ou de direito. Pois o que ocorre na apatridia de fato ou de *facto* é a insuficiência da atuação estatal na promoção dos direitos e prerrogativas decorrentes do reconhecimento da nacionalidade. A apatridia de fato ou de *facto* não é tão distante da realidade do Brasil, pois existem estimativas que o Brasil tem mais de três milhões de brasileiros sem sequer ter o registro de nascimento.

3.1.2 Diferença entre Imigrante, Apátrida, Refugiado e Asilado

Embora os termos imigrante, apátrida, refugiado e asilado possam ter pontos em comum, tais institutos são diferentes. Destaca-se de início que o imigrante é uma “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”, nos termos do art. 1º, § 1.º, II, da Lei nº 13.445/2017 - Lei de Migração (BRASIL, 2017). O termo imigrante pode abranger tanto o apátrida como o refugiado.

O conceito de apátrida, conforme já visto acima, pode ser definido como “toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional” (ONU, 1954).

Já o refugiado, que pode ser um imigrante e/ou apátrida, é todo indivíduo que por motivos de perseguição “de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país” ou ainda por “grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”, nos termos dos incisos I e II do art. 1º da Lei 9.474/1997 (BRASIL, 1997).

O asilado é o indivíduo que sofre perseguição política em seu país de origem e solicita o asilo político em outro país. O asilo político tem assento constitucional (art. 4º, X, da CF/88) constituído um dos princípios que regem as relações do Brasil com os outros países. Feito esta diferenciação entre imigrante, apátrida, refugiado e asilado, adiante discorreremos sobre as causas da apatridia.

3.2 CAUSAS DA APATRIDIA

De início é importante destacar que a apatridia é provocada por diversos motivos, sendo assim, adiante discorreremos sobre os mais importantes. Um dos aspectos negativos das duas grandes Guerras Mundiais foi o grande volume de deslocamentos forçados das pessoas de sua terra natal, milhões de pessoas foram obrigadas a deixarem seus países em decorrência da guerra. Além disso, outros conflitos internos em diversos países provocaram grandes movimentos migratórios, nesse sentido Barbosa (2015, pp. 120-121) destaca:

Todavia, já no século XX, com o desencadear das duas Guerras Mundiais, principalmente da Segunda Guerra Mundial, e posteriormente, com a bipolarização do mundo em capitalismo e socialismo durante a Guerra Fria, a situação se agravou ainda mais, ganhando proporções mundiais, já que os sistemas políticos, culturais, jurídicos e nacionais apresentados durante esses conflitos, como o nazismo alemão, o fascismo italiano e o comunismo soviético

previam a perda da nacionalidade e a total inoperância e falta de proteção estatal para aqueles que fugissem e desertassem dos ideais políticos apresentados e sustentados pelos respectivos regimes. A partir daí, com a intensa instabilidade política e institucional na África, e o surgimento de inúmeros conflitos no Oriente, sobretudo na Ásia, fez a problemática virar uma bola de neve, e hoje a apatridia apresenta-se como uma questão a nível global, já que não constitui-se num desafio de apenas um único país, mas do ser humano em si na luta pelos seus direitos, igualdades e liberdades fundamentais.

Outro motivo que pode ensejar a apatridia bastante comum nos países do oriente médio é a própria escolha do país por definição de critérios de aquisição de nacionalidade restritivo por motivos religiosos. Tratando dessa causa de apatridia Reis (2016, pp. 30-31) informa que:

Muitos países, especialmente localizados no Oriente Médio (p. ex., Kuwait, Bahrein, Líbano, Omã, Arábia Saudita etc.), possuem legislações discriminatórias que, até hoje, proíbem as mulheres de, ao casarem-se, transmitirem a sua nacionalidade aos seus maridos. Se uma nacional destes Estados porventura tiver um filho com um estrangeiro, a criança não terá direito a receber o vínculo jurídico-político estatal, uma vez que os seus ordenamentos jurídicos somente aceitam tal transmissão pela ascendência paterna.

O cancelamento da nacionalidade é uma outra causa de apatridia. Tal situação ocorre mais em países ditatoriais como forma de perseguição política. Anexação ou desmembramentos de países ou territórios pode também ocasionar apatridia, principalmente de minorias étnicas e religiosas. Sintetizando, todas as causas de apatridia tem em comum o conflito negativo de nacionalidade, nesse sentido Masson (2015, pp. 308-309) explica:

A condição de apátrida deriva, principalmente, de um conflito negativo de nacionalidade, no qual não há nenhum Estado interessado em proclamar o indivíduo como seu nacional. Este ocorre, por exemplo, quando nasce uma criança nos domínios geográficos do Estado "A", que reconhece exclusivamente o sistema *jus sanguinis* (baseado na ascendência) como critério de concessão de nacionalidade, filha de pais nacionais do Estado "B", que adota, de modo exclusivo, o critério territorial (*jus soli*) - ou seja, que concede nacionalidade apenas aquele que nascer em seu território. Esta criança não adquirirá a nacionalidade dos pais, haja vista não ter

nascido no território do Estado "B", do qual eles são nacionais, tampouco ganhará a nacionalidade do Estado "A", em cujo território nasceu, por não serem seus pais nacionais dali. Como conclusão, será apátrida. O fenômeno da apatridia se origina, também, de circunstância na qual o indivíduo se naturaliza e, em razão disso, perde a nacionalidade de origem, vindo depois a ter cancelada a sua naturalização. Como se desvinculou da nacionalidade originária para se naturalizar e, posteriormente, perdeu a nacionalidade secundária adquirida, torna-se apátrida.

Pela própria dinâmica da sociedade e as relações entre os países com o seu sistema normativo, as causas da apatridia deixam de existir ou passam existir de acordo com os critérios estabelecidos para aquisição da nacionalidade, ou seja, o surgimento e o desaparecimento da apatridia depende da vontade política e social de cada país. A Organização das Nações Unidas atenta a essa situação e se mobiliza para evitar as causas da apatridia (ONU, 2018).

3.3 CONSEQUÊNCIAS DA APATRIDIA

A O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR – ONU, 2018) estima que existam mais de 12 milhões de apátridas no mundo. É uma situação alarmante, visto que se não forem adotadas medidas eficazes para reduzir o número de pessoas sem nacionalidade a tendência é que este número cresça cada vez mais.

A apatridia é a causa de diversas consequências nefastas que recaem sobre os apátridas. A primeira consequência é que ao nascer o indivíduo não vai ser considerado nacional de qualquer país, ou seja, não terá a nacionalidade. Não tendo nacionalidade, o indivíduo não poderá usufruir dos direitos e prerrogativas mais básicos e essenciais do ser humano, saúde, educação, trabalho, participação política etc. Ao nascer o apátrida não poderá fazer o seu registro de nascimento e conseqüentemente não poderá retirar demais documentos que possibilitam o indivíduo exercer seus direitos. Nesse sentido Wentzel (2018, s/p) explica que:

Esses indivíduos não têm certidão de nascimento e, portanto, não existem enquanto cidadãos. Conseqüentemente, os apátridas não conseguem obter outros documentos de identificação e sofrem inúmeras dificuldades para ter acesso a direitos fundamentais. Para muitos, por exemplo, é impossível frequentar uma escola, consultar

um médico da rede pública, trabalhar com carteira assinada ou até mesmo abrir uma conta bancária.

O apátrida é excluído da sociedade passando a viver a margem da sociedade em situações deploráveis sem o mínimo existencial de dignidade. Os estrangeiros gozam de mais direitos do que os apátridas, pois estes sequer “existem” juridicamente. Nesse sentido Maha Mamo (ex-apátrida) relata que (2018, s/p):

Eu vivi 26 anos no Líbano sem documentos, sem nada, sem existir. Sem direito à nacionalidade você não existe no mundo, é apenas uma sombra que está andando. [...] Entendo bem que a apatridia não é uma questão religiosa nem política, mas humanitária. A pessoa não escolhe onde vai nascer nem quem são seus pais, simplesmente nasce.

Sempre sentia que tinha algo errado, que eu era menor do que as outras pessoas. Minha vida sempre foi acordar e pensar: ‘E hoje? Será que vou sobreviver?’

Outra consequência nefasta da apatridia é que os filhos dos apátridas podem se tornar apátridas também se o país onde eles nascerem não adotar o critério do *ius solis* de aquisição da nacionalidade, isso pode se tornar um processo cíclico aumentado cada vez mais o número de pessoas apátridas.

Como os apátridas geralmente não tem a proteção do sistema normativo do país onde está termina por contribuir com os processos migratórios, deslocamento de pessoas. Isso pode provocar a desagregação familiar, a perda de costumes e valores históricos e culturais inestimáveis, além de deixar mais precário a situação do atendimento dos países que recebem imigrantes.

A apatridia pode gerar ainda perseguição e discriminação de ordem religiosa, política e social. A apatridia pode influenciar a saúde física e mental dos apátridas, pois estes vivem em condições precárias. Sob todas as óticas da vida do ser humano a apatridia só traz consequências negativas. Além das consequências deletérias mencionadas acima existem outras.

4 SITUAÇÃO JURÍDICA DOS APÁTRIDAS EM UMA PERSPECTIVA POSITIVISTA E JUSNATURALISTA

O Positivismo e o Jusnaturalismo são correntes jurídicas que abordam temas sensíveis a Ciência do Direito, como por exemplo a origem e o fundamento do Direito e do Estado, a noção de justiça, dentre outros temas importantíssimos. As diversas

perspectivas do Positivismo e do Jusnaturalismo foram apresentadas por pensadores dos mais diversos ramos do conhecimento humano como a filosofia, a sociologia, a teologia, a história, a política e ciências naturais e do direito, nesse sentido Reale (2012, p. 221) destaca que:

A ideia de um Direito Natural, distinto do Direito Positivo, é muito antiga. Nós a encontramos nas manifestações mais remotas da civilização ocidental a respeito do problema da lei e da justiça, o mesmo ocorrendo na cultura do Oriente.

O Jusnaturalismo ou o direito natural tem como características a universalidade e imutabilidade e seu fundamento transcende a ideia de Estado, nesse sentido Vanin (2015, s/p) explica que:

O jusnaturalismo também denominado direito natural é universal, imutável e inviolável, é a lei imposta pela natureza a todos aqueles que se encontram em um estado de natureza. A Corrente do Jusnaturalismo defende que o direito é independente da vontade humana, ele existe antes mesmo do homem e acima das leis do homem, para os jusnaturalistas o direito é algo natural e tem como pressupostos os valores do ser humano, e busca sempre um ideal de justiça.

Percebe-se que o direito natural, ao contrario do direito positivo, não retira o seu fundamento de validade do Estado e sim do estado de natureza do ser humano em que esses direitos naturais são inerentes ao ser humano. Destacando a vertente de diversidade de correntes do direito natural, Garcia (2015, p. 20) informa que:

O Jusnaturalismo (ou Escola do Direito Natural) abrange diversas vertentes que, embora apresentem certas peculiaridades próprias, envolvem aspectos essenciais em comum, defendendo a existência de leis naturais, imutáveis e universais quanto aos seus primeiros princípios (como “o bem deve ser feito”), asseverando que o Direito Natural antecede ao Direito positivo, sendo inerente à natureza humana.

Destaca-se que o Jusnaturalismo com os contratualistas Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau “foi, quase sempre, um instrumento jusnaturalista para justificar racionalmente a existência do direito e do Estado” (OLIVEIRA, 2012, p. 38).

O direito natural ou jusnaturalismo não se contenta com a norma posta pelo Estado, o direito como ele é, pois, a norma editada pelo Estado tem que está de acordo com os valores universais para ser considerada justa, o direito como ele deve ser, tendo como norte o ideal de justiça.

Por outro lado, o Positivismo buscando dar um maior rigor científico ao Direito se despe de juízos valorativos de outros ramos do conhecimento, nesse sentido Garcia (2015, p. 20) destaca que:

O Positivismo Jurídico (ou Escola do Direito Positivo) procura afastar a Ciência do Direito de valores morais, políticos, religiosos, filosóficos (como o relativo à justiça), bem como do Direito natural, defendendo a neutralidade do conteúdo do Direito, o qual passa a ser visto como o conjunto de normas (sistema normativo, ordenamento jurídico), cabendo à ciência do Direito o conhecimento e a descrição das normas jurídicas. Um de seus principais representantes é Kelsen.

No mesmo sentido o saudoso e eterno Bobbio (1995, p. 135) explica que:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (Por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: "o céu é rubro", formulo um juízo de fato; se digo "este céu rubro é belo", formulo um juízo de valor.)

Dos trechos indicados acima percebe-se que o Positivismo jurídico busca o rigor científico estatelando preceitos que vão de encontro dos estabelecido pelo Jusnaturalismo.

Para o Positivismo a norma é fruto da vontade política do Estado devendo ser observada, nesse sentido Vanin (2015, s/p) observa que o:

Juspositivismo, positivismo ou positivismo jurídico é uma corrente de filósofos que utilizam do método empírico (científico) para adequar o direito apenas em seu direito positivo (leis), ou seja, apenas será trabalhado as questões positivadas. Essas normas positivadas são feitas pelo poder político do Estado, e assim são aplicadas pelas autoridades efetivamente competentes. O direito positivo é aquele que o Estado impõe à coletividade, e que deve estar adaptado aos princípios fundamentais do direito natural. Portanto, a norma tem natureza formal, independem de critérios externos ao direito, como exemplo: moral, ética e política. Definido por elementos empíricos e mutáveis (fator social), onde a sociedade está em constante mutação. Ao contrário do que defende a corrente jusnaturalista (jusnaturalismo), a Corrente Juspositivista (juspositivismo) acredita que só pode existir o direito e conseqüentemente a justiça através de normas positivadas, ou seja, normas emanadas pelo Estado com poder coercivo, podemos dizer que são todas as normas escritas, criadas pelos homens por intermédio do Estado.

Traçando um paralelo entre o Jusnaturalismo e Positivismo jurídico com os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais fica evidente que os Direitos Humanos têm forte ligação com o Jusnaturalismo, pois estes são reconhecidos pela ordem jurídica internacional e não dependem de previsão no ordenamento jurídico interno para ter validade, tendo em vista que são inerentes ao ser humano.

Por outro lado, os Direitos Fundamentais têm forte ligação com o Positivismo jurídico, pois os Direitos Fundamentais, em regra, são estabelecidos pelo ordenamento jurídico interno, ou seja, se não estiverem previstos formalmente não tem como evocar tais direitos.

Dessa forma, tendo como base os preceitos do Jusnaturalismo abordada acima, podemos afirmar que os apátridas estariam em gozo pleno de todos os seus direitos Humanos e Fundamentais, independentemente de serem reconhecidos pelos Estados como nacionais, pois sob a ótica Jusnaturalista esses direitos independem do reconhecimento pelo Estado, tendo em vista que são inerentes ao ser humano. Em outras palavras, a nacionalidade não é a fonte do nascedouro dos direitos e sim próprio ser humano, independentemente ter ou não uma nacionalidade.

Por outro lado, com base na corrente Positivista exposta acima, os apátridas não poderiam exercer todos os direitos fundamentais previstos em determinado Estado, pois lhe faltaria a condição jurídica de ser nacional daquele Estado. Mesmo que a legislação positivada determinasse que os apátridas estariam em gozo de todos os direitos reconhecidos aos nacionais de determinado país existiria óbices para o pleno exercício destes direitos por diversos motivos.

Sendo assim, percebe-se que a ausência de uma nacionalidade definida é um óbice para o exercício pleno dos direitos fundamentais e/ou humanos reconhecidos por determinado Estado sob uma ótica Positivista. Por outro lado, o Jusnaturalismo reconhece ao ser humano, independentemente ter ou não uma nacionalidade, o pleno exercício dos direitos fundamentais e/ou humanos.

5 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AOS APÁTRIDAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

No âmbito internacional o principal documento normativo aplicável aos apátridas é a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 28 de setembro de 1954 adotada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas que entrou em vigor desde 6 de junho de 1960. Atualmente a Convenção conta com 88 países signatários (ONU, 1954).

A Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 é fruto da preocupação da Organização das Nações Unidas (ONU) com a problemática dos apátridas que se agravou após a Segunda Guerra mundial (ACNUR – ONU, 2014) pelo fato do Estatuto dos Refugiados de 1951 não tratar especificamente da apatridia.

Embora o Brasil tenha assinado a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 28 de setembro de 1954 nessa mesma data, o processo de internalização desta Convenção só veio ocorrer 48 anos após a sua assinatura por meio do Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002 (BRASIL, 2002). Nesse sentido, Bichara (2017, p. 244) explica que:

[...] deve-se destacar que a sua força executória decorre do Decreto presidencial nº 4.246, de 22 de maio de 2002, emanado 48 anos após a assinatura da Convenção pelo Brasil, em 28 de setembro de 1954. Tamanho lapso temporal advém do rito constitucional de incorporação (ou internalização) de tratados internacionais (arts. 49, I, e 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988) – que, nesse caso, prolongou-se consideravelmente.

A Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 é bastante ampla quanto a proteção jurídica dos apátridas e traz disposições sobre: Definição do Termo "Apátrida"; disposições de não discriminação dos apátridas; prerrogativas; liberdades; direitos e

obrigações; medidas de proteção, documentação e deslocamento dos apátridas; expulsão; naturalização, dentre outras disposições.

O artigo 3º da Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas estabelece que “os Estados Contratantes aplicarão as disposições desta Convenção aos apátridas, sem discriminação por motivos de raça, religião ou país de origem” (ACNUR – ONU, 1954). Além disso, o artigo 4º da Convenção estabelece que os Estados signatários garantirão aos apátridas pelo menos as mesmas liberdades e direitos religiosos garantidos aos seus nacionais.

Um dos dispositivos mais importantes da Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas é o artigo 7º que estabelece que “Ressalvadas as disposições mais favoráveis previstas por esta Convenção, todo Estado Contratante concederá aos apátridas o regime que concede aos estrangeiros em geral” (ACNUR – ONU, 1954). Tal dispositivo garante aos apátridas, que antes poderiam não ter nenhuma proteção jurídica, receberem o tratamento jurídico dado aos estrangeiros. Ressaltando que “O estatuto pessoal de todo apátrida será regido pela lei do país de seu domicílio ou, na falta de domicílio, pela lei do país de sua residência” conforme prevê o artigo 12 da referida convenção (ACNUR – ONU, 1954).

Em diversos outros dispositivos a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas determina que o Estado signatário aplique aos apátridas o regime jurídico concedido aos estrangeiros ou aos nacionais do seu país, a depender o direito exercido. Tais previsões são importantes porque retira o apátrida da ausência de proteção jurídico. Além disso, o artigo 32 da Convenção determina que “Os Estados Contratantes facilitarão, na medida do possível, a assimilação e a naturalização dos apátridas” (ACNUR – ONU, 1954), ou seja, essa medida visa acabar com a apatridia.

Outra Convenção muito importante quando o tema é a apatridia é a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 30 de agosto de 1961 que atualmente conta com 64 países signatário, dentre os quais está o Brasil (ONU, 1961).

Destaca-se que o Brasil é signatário da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 30 de agosto de 1961, cuja a sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro se deu pelo Decreto Legislativo nº 274, de 4 de outubro de 2007 e Decreto nº 8.501, de 18 de agosto de 2015 (BRASIL, 2015).

Se o enfoque da Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas visa principalmente dar garantias, direitos e deveres aos apátridas, a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia visa reduzir os casos de apatridia. Para tanto, a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia tem dois grandes nortes: um é a alteração e/ou unificação de critérios

mínimos de aquisição da nacionalidade originária para evitar a ocorrência da apatridia e o segundo é alteração e/ou unificação de critérios mínimos de aquisição da nacionalidade secundária, naturalização.

A Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia é bastante ambiciosa e abstratamente efetiva do ponto de vista jurídico. Ambiciosa porque determina que os países signatários revejam os critérios de aquisição da nacionalidade originária e derivada para evitar a apatridia, mas toca em pontos sensíveis do ordenamento jurídico interno de cada país, qual seja: os critérios de aquisição da nacionalidade que conforme visto anteriormente são definidos por influências políticas, culturais, religiosas, históricas, jurídicas dentre outros. Abstratamente efetiva do ponto de vista jurídico porque evita novos casos de apatridia, bem como os casos de apatridia já existentes.

A título de exemplo se um país só adota o critério do *ius sanguinis* ou *ius solis* para aquisição da nacionalidade originária, a vanguardista Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia determina que esse país adote os dois critérios (*ius sanguinis* e *ius solis*) para evitar a apatridia. Já em relação à aquisição da nacionalidade derivada a Convenção traz disposições e critérios mínimos de facilitação da aquisição da nacionalidade. Em relação as disposições constitucionais da Constituição Federal de 1988 quanto aos critérios de aquisição da nacionalidade originária e derivada estão em consonância com a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, pois o Brasil adota critérios amplos de aquisição da nacionalidade.

Inobstante a existência da Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961, todos os direitos humanos reconhecidos no âmbito internacional são perfeitamente aplicáveis aos apátridas, pois os predicados dos direitos humanos (historicidade, universalidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e relatividade) permitem tal aplicação.

Do ponto de vista da proteção jurídica no âmbito internacional, os apátridas têm uma proteção razoável. Mas essa proteção só se torna efetiva se os países subscreverem a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961 e buscarem dar efetividade aos seus dispositivos normativos.

6 TRATAMENTO JURÍDICO DADO AOS APÁTRIDAS NO BRASIL

A legislação aplicada e a proteção jurídica aos apátridas no Brasil seguem uma evolução histórica que será demonstrada adiante. Conforme já mencionado no item anterior, o Brasil é signatário da Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961, ambas devidamente internalizadas no ordenamento jurídico Brasileiro pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002 e Decreto nº 8.501, de 18 de agosto de 2015, respectivamente.

Vale destacar que a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961 entraram no ordenamento jurídico brasileiro com status de legislação ordinária, assumindo o Brasil as obrigações e vedações que constam nessas convenções. Sendo assim, as disposições previstas na Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961 são juridicamente válidas e aptas a produzirem efeitos no Brasil.

No plano da Constituição Federal de 1988 o tratamento jurídico dado aos apátridas é o mesmo dado aos estrangeiros. Embora o art. 5º, *caput*, da CF/88 mencione que os “brasileiros e aos estrangeiros residentes no País” (BRASIL, 1988) são os destinatários dos direitos previsto na Constituição, nada impede que os estrangeiros não residentes e os apátridas sejam destinatário destes direitos, conforme destaca a melhor doutrina e jurisprudência de Masson (2020, p. 249), destacando que alguns direitos exigem a qualidade de brasileiro nato e/ou cidadão para serem exercidos. Ademais, o art. 7º da Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 estabelece que “Ressalvadas as disposições mais favoráveis previstas por esta Convenção, todo Estado Contratante concederá aos apátridas o regime que concede aos estrangeiros em geral” (ONU, 1954, s/p). Além disso a Lei de Migração respalda esse entendimento, conforme será demonstrado adiante.

Dessa forma, tanto da interpretação do art. 5º, *caput*, da CF/88 como do art. 7º da Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, percebe-se que os direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988 são aplicáveis aos apátridas, exceto os direitos que exigem a qualidade de brasileiro nato e/ou cidadão para serem exercidos.

No plano infraconstitucional a alteração legislativa mais recente que trata do tema da apatridia é a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 – Lei de Migração (BRASIL, 2017). Tal diploma legislativo veio para substituir a Lei nº 818, de 18 de setembro de 1949 e a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro).

A Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) traz disposições sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, bem como regula a sua entrada e estada no Brasil e a naturalização (BRASIL, 2017). Vários dispositivos legais do referido diploma legal tratam da apatridia, mas especificamente o art. 1º, § 1.º, VI, da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) define o conceito de apátrida e a seção II do capítulo III intitulado “Da Proteção do Apátrida e da Redução da Apatridia” traz dispositivos importantíssimos que merecem ser transcritos a seguir:

Art. 26. Regulamento disporá sobre instituto protetivo especial do apátrida, consolidado em processo simplificado de naturalização.

§ 1º O processo de que trata o caput será iniciado tão logo seja reconhecida a situação de apatridia.

§ 2º Durante a tramitação do processo de reconhecimento da condição de apátrida, incidem todas as garantias e mecanismos protetivos e de facilitação da inclusão social relativos à Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002 , à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, promulgada pelo Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961 , e à Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997 .

§ 3º Aplicam-se ao apátrida residente todos os direitos atribuídos ao migrante relacionados no art. 4º.

§ 4º O reconhecimento da condição de apátrida assegura os direitos e garantias previstos na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002 , bem como outros direitos e garantias reconhecidos pelo Brasil.

§ 5º O processo de reconhecimento da condição de apátrida tem como objetivo verificar se o solicitante é considerado nacional pela legislação de algum Estado e poderá considerar informações, documentos e declarações prestadas pelo próprio solicitante e por órgãos e organismos nacionais e internacionais.

§ 6º Reconhecida a condição de apátrida, nos termos do inciso VI do § 1º do art. 1º, o solicitante será consultado sobre o desejo de adquirir a nacionalidade brasileira.

§ 7º Caso o apátrida opte pela naturalização, a decisão sobre o reconhecimento será encaminhada ao órgão competente do Poder Executivo para publicação dos atos necessários à efetivação da naturalização no prazo de 30 (trinta) dias, observado o art. 65.

§ 8º O apátrida reconhecido que não opte pela naturalização imediata terá a autorização de residência outorgada em caráter definitivo.

§ 9º Caberá recurso contra decisão negativa de reconhecimento da condição de apátrida.

§ 10. Subsistindo a denegação do reconhecimento da condição de apátrida, é vedada a devolução do indivíduo para país onde sua vida, integridade pessoal ou liberdade estejam em risco.

§ 11. Será reconhecido o direito de reunião familiar a partir do reconhecimento da condição de apátrida.

§ 12. Implica perda da proteção conferida por esta Lei:

I - a renúncia;

II - a prova da falsidade dos fundamentos invocados para o reconhecimento da condição de apátrida; ou

III - a existência de fatos que, se fossem conhecidos por ocasião do reconhecimento, teriam ensejado decisão negativa. (BRASIL, 2017).

Embora os dispositivos estejam apenas em um artigo são fundamentais para o enfrentamento da problemática da apatridia. Logo no *caput* do art. 26 é previsto o “instituto protetivo especial do apátrida, consolidado em processo simplificado de naturalização” (BRASIL, 2017). Tal instituto é previsto tanto no Estatuto dos Apátridas de 1954 como na Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961.

A partir do § 5º do art. 26 da Lei de Migração é previsto o processo de reconhecimento da condição de apátrida. Tal processo de reconhecimento é fundamental para que incida as garantias e os direitos previstos nos diplomas legais já mencionados.

Os parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 26 da Lei de Migração elenca diplomas legais e rol de direitos reconhecidos aos apátridas, merecendo destaque o § 3º do art. 26 que faz menção ao rol de direitos previstos no art. 4º da Lei de Migração que estabelece:

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;

- II - direito à liberdade de circulação em território nacional;
- III - direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;
- IV - medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos;
- V - direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável;
- VI - direito de reunião para fins pacíficos;
- VII - direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;
- VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
- IX - amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;
- X - direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
- XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
- XII - isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento;
- XIII - direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 ;
- XIV - direito a abertura de conta bancária;
- XV - direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e

XVI - direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória.

§ 1º Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte. (BRASIL, 2017).

O *caput* do art. 4º da Lei nº 13.445/2017 menciona os mesmos direitos previstos no *caput* do art. 5º da CF/88 e o rol dos 16 incisos do art. 4º trazem previsões importantíssimas e estão em consonância com a Constituição Federal de 1988 e as Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961.

Apesar da inovação e evolução legislativa importantíssima trazida pela Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), Bichara (2017 pp. 247-48) faz uma crítica contundente quanto a falta de indicação do órgão competente para operacionalizar administrativamente as disposições da Lei de Migração em relação aos apátridas, nesse sentido ele destaca:

Contudo, como já sinalizado, existem lacunas administrativas quanto à determinação do órgão responsável para atender aos pedidos de apatridia e, eventualmente, encaminhar os pedidos de naturalização em regime simplificado, conforme posto no artigo 26 da Lei. No silêncio da nova Lei de Migração, uma opção possível seria de ampliar o alcance da Lei nº 9.474/97, que poderia precisar o conceito de apátrida e aumentar as competências do CONARE. [...] Na nova Lei de Migração, fica totalmente ausente o órgão competente para atender o tratamento de uma demanda de um apátrida.

Inobstante a crítica mencionada acima e diversamente da solução sugerida, o Ministério da Justiça e Segurança Pública do Brasil editou a Portaria Interministerial nº 5, de 27 de fevereiro de 2018 para estabelecer “procedimentos a serem adotados em relação à tramitação dos requerimentos de reconhecimento da condição de apatridia e do procedimento facilitado de naturalização aos apátridas” (BRASIL, Portaria Interministerial nº 5, 2018, art. 1º). Ademais, a decisão de reconhecimento da condição de apátrida foi delegada ao Secretário Nacional de Justiça conforme prevê o art. 2º da Portaria Interministerial nº 5 de 2018 (BRASIL, 2018).

O processo simplificado de naturalização previsto no *caput* do art. 26 da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) é de competência do Ministério da Justiça e está regulamentado nos arts. 16 ao 21 da Portaria Interministerial nº 5 (BRASIL, 2018), merecendo destaque o art. 16 que assim dispõem:

Art. 16. Aquele que tiver reconhecida sua condição de apatridia poderá requerer a naturalização ordinária, desde que:

I - seja civilmente capaz, segundo a lei brasileira;

II - tenha residência, no mínimo, há dois anos em território nacional, observado o disposto no parágrafo único do art. 99 e no art. 221, do Decreto nº 9.199, de 2017;

III - inexistir condenação penal ou haja comprovação de reabilitação, nos termos da legislação vigente; e

IV - tenha capacidade de se comunicar em língua portuguesa, consideradas suas condições, comprovada por meio do Certificado de Proficiência em Língua Portuguesa (Celpe-Bras), emitido pelo Ministério da Educação, independente do nível alcançado.

§ 1º O pedido de naturalização, endereçado ao Ministério da Justiça, deverá ser apresentado em uma das unidades da Polícia Federal e instruído com os seguintes documentos:

I - requerimento de naturalização ordinária, previsto nos sítios eletrônicos da Polícia Federal e do Ministério da Justiça na internet;

II - carteira de registro nacional migratório emitida pela Polícia Federal, com fundamento na Portaria de reconhecimento de situação de apatridia;

III - comprovante de endereço no Brasil, ou declaração escrita, informando seu atual local de moradia, nos termos do art. 1º da Lei nº 7.115, de 1983;

IV - certidões de antecedentes criminais expedidas pelos Estados da federação onde tenha residido nos últimos dois anos e, se for o caso, certidão de reabilitação;

V - certidão de antecedentes criminais ou documento equivalente emitido pelos países onde residiu nos últimos cinco anos; e

VI - declaração de interesse em traduzir ou adaptar seu nome à língua portuguesa.

§ 2º Sendo impossível apresentar as certidões constantes do inciso V, o requerente deverá apresentar justificativa por escrito contendo as razões de fato e de direito que o impossibilitaram.

§ 3º O documento cuja exigência seja vedada por força do art. 2º do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, poderá ser voluntariamente apresentado pelo requerente a fim de agilizar a análise processual.

§ 4º O prazo de residência mínima previsto no caput será reduzido para um ano, mediante a apresentação de documento que comprove as condições previstas no art. 235 do Decreto nº 9.199, de 2017.

Os dispositivos citados acima operacionalizam a naturalização dos apátridas de forma simplificada para cessar os efeitos nefastos da apatridia concedendo-lhes a nacionalidade brasileira. Ademais, os procedimentos previstos na Portaria Interministerial nº 5 (BRASIL, 2018) estão em consonância com a Constituição Federal de 1988, com a Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), com a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961.

De todo o regramento jurídico a respeito dos apátridas exposto acima percebe-se que o Brasil demorou a adotar as medidas legislativas cabíveis para o enfrentamento da apatridia, mas o atual sistema jurídico de amparo aos apátridas está em consonância com o fundamento basilar da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Ademais, do ponto de vista jurídico, o Brasil cumpre a contento as disposições internacionais para o enfrentamento da apatridia.

7 A (IM)POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS CIVIS PELOS APÁTRIDAS

O presente tópico, diante das informações já apresentadas, tem por finalidade verificar a (im)possibilidade do exercício dos direitos civis pelos apátridas, mas antes disso se faz necessário tecer algumas considerações sobre os direitos civis. Vale destacar que quando for mencionado direitos civis no presente trabalho o seu âmbito de alcance está relacionado estritamente com os direitos disciplinados pelo direito civil e não na acepção mais ampla utilizada pelo direito constitucional.

Nessa perspectiva, o direito civil é o ramo do direito mais presente na vida do ser humano, pois rege as relações pessoais e patrimoniais privadas desde a concepção do indivíduo até depois da morte, nesse sentido Gonçalves (2012 p. 33) ensina que:

Direito civil é o direito comum, o que rege as relações entre os particulares. Disciplina a vida das pessoas desde a concepção — e mesmo antes dela, quando permite que se contemple a prole eventual (CC, art. 1.799, I) e confere relevância ao embrião excedentário (CC, art. 1.597, IV) — até a morte, e ainda depois dela, reconhecendo a eficácia post mortem do testamento (CC, art. 1.857) e exigindo respeito à memória dos mortos (CC, art. 12, parágrafo único). [...] No vasto campo do direito privado destaca-se o direito civil como direito comum a todos os homens, no sentido de disciplinar o modo de ser e de agir das pessoas. Costuma-se dizer que o Código Civil é a Constituição do homem comum, por reger as relações mais simples da vida cotidiana, os direitos e deveres das pessoas, na sua qualidade de esposo ou esposa, pai ou filho, credor ou devedor, alienante ou adquirente, proprietário ou possuidor, condômino ou vizinho, testador ou herdeiro etc. Toda a vida social, como se nota, está impregnada do direito civil, que regula as ocorrências do dia a dia.

Do conceito de direito civil apresentado acima percebe-se que a vida do indivíduo é permeada pelo direito civil. Nas relações humanas sociais mais simples e básicas até as mais complexas o direito civil está presente, nesse sentido Diniz (2012, p. 61) destaca que:

O direito civil é, pois, o ramo do direito privado destinado a reger relações familiares, patrimoniais e obrigacionais que se formam entre indivíduos encarados como tais, ou seja, enquanto membros da sociedade. É o direito comum a todas as pessoas, por disciplinar o seu modo de ser e de agir, sem quaisquer referências às condições sociais ou culturais. Rege as relações mais simples da vida cotidiana, atendo-se às pessoas garantidamente situadas, com direitos e deveres, na sua qualidade de marido e mulher, pai ou filho, credor ou devedor, alienante ou adquirente, proprietário ou possuidor, condômino ou vizinho, testador ou herdeiro. Como se vê, toda a vida social está impregnada do direito civil, que regula as ocorrências do dia a dia, pois, como exemplifica Ferrara, a simples aquisição de uma carteira de notas e *contrato de compra e venda*; a esmola que se dá a um pedinte é *doação*; o uso de um ônibus é *contrato de transporte*;

o valer-se de restaurante automático no qual se introduz uma moeda para obter alimento e *aceitação de oferta ao público*.

Do trecho apresentado acima não dá para imaginar uma sociedade minimamente organizada juridicamente sem a presença do direito civil. Assim, o direito civil tem como destinatário as pessoas, seja ela física ou jurídica.

Nesse sentido, o art. 1º do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) estabelece que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Veja que o único requisito para ser titular de direitos na ordem civil é ser pessoa, ter personalidade jurídica, não fazendo qualquer distinção entre brasileiros, estrangeiros ou apátridas. Nesse sentido Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 111) informa que a:

Personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito. [...] Essa disposição, como já se infere, permite a ilação de que a personalidade é atributo de toda e qualquer pessoa, seja natural ou jurídica, uma vez que a própria norma civil não faz tal distinção de acepções.

A personalidade jurídica é inerente ao ser humano que nasce com vida, ou seja, para ter personalidade basta que o ser humano exista. Destacando a universalidade da personalidade jurídica inerente ao ser humano Santos e Cascaldi (2015, p. 37) ensinam que:

O simples fato do ser humano existir, de estar vivo, fora do ventre materno, confere-lhe aptidão para contrair direitos e deveres. Essa aptidão genérica para ser titular de direitos e obrigações é inerente a todos os seres humanos e não se admite que exista um único homem ou mulher que não seja considerado pessoa para o Direito.

Feitas essas considerações indaga-se: como os apátridas não tem nacionalidade eles estariam impedidos de exercer os direitos civis? Ter uma nacionalidade é requisito para exercer os direitos civis?

Para responder tais questionamentos devemos analisar a legislação internacional e nacional aplicadas aos apátridas quanto ao exercício dos direitos civis.

Nesse sentido, a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 no art. 7º estabelece que “Ressalvadas as disposições mais favoráveis previstas por esta Convenção,

todo Estado Contratante concederá aos apátridas o regime que concede aos estrangeiros em geral” (ACNUR – ONU, 1954). No mesmo sentido dessa previsão o § 3º do art. 26 da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 – Lei de Migração (BRASIL, 2017) determina que se aplica aos apátridas residentes no Brasil o sistema jurídico aplicável aos estrangeiros. Como os estrangeiros residentes no Brasil gozam dos direitos civis (art. 5º, *caput*, da CF/88 e art. 1º do CC) a conclusão lógica é de que os apátridas também gozam dos direitos civis, ou seja, os apátridas podem exercer os direitos civis previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, a resposta não é tão simples assim, isso porque o art. 12 da Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 (ACNUR – ONU, 1954) estabelece que:

Artigo 12 - Estatuto Pessoal:

1. O estatuto pessoal de todo apátrida será regido pela lei do país de seu domicílio ou, na falta de domicílio, pela lei do país de sua residência.
2. Os direitos anteriormente adquiridos pelo apátrida e que decorrem do estatuto pessoal, notadamente os que resultem do casamento, serão respeitados por todo Estado Contratante, ressalvado, se for o caso, o cumprimento das formalidades previstas pela legislação do referido Estado, desde que, todavia, o direito em causa seja daqueles que seriam reconhecidos pela legislação do referido Estado, se o interessado não se houvesse tornado apátrida.

Conforme explica Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 160) o estatuto pessoal é o instituo jurídico pelo qual a “norma de um Estado acompanha seu nacional para regular seus interesses em outro país”. O mesmo instituto do estatuto pessoal é previsto no art. 7º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) que estabelece que:

Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. [...]

§ 8º Quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre.

Tecendo algumas considerações sobre o estatuto pessoal Gonçalves (2017, p. 88) ensina que:

Denomina-se estatuto pessoal a situação jurídica que rege o estrangeiro pelas leis de seu país de origem. Baseia-se ele na lei da nacionalidade ou na lei do domicílio. [...] Verifica-se que, pela atual Lei de Introdução, o estatuto pessoal funda-se na lei do domicílio, na lei do país onde a pessoa é domiciliada (STF, Súmula 381), ao contrário da anterior, que se baseava na nacionalidade. Em determinados casos, o juiz aplicará o direito alienígena, em vez do direito interno. Por exemplo, se uma brasileira e um estrangeiro residente em seu país pretenderem casar-se no Brasil, tendo ambos vinte anos de idade, e a lei do país de origem do noivo exigir o consentimento dos pais para o casamento de menores de vinte e dois anos, como acontece na Argentina, precisará ele exibir tal autorização, por aplicar-se no Brasil a lei de seu domicílio. No entanto, dispensável será tal autorização se o noivo estrangeiro aqui tiver domicílio. Aplicar-se-á a lei brasileira, porque o casamento realizar-se-á no Brasil e o estrangeiro encontra-se aqui domiciliado.

Percebe-se assim que o estatuto pessoal de um indivíduo engloba direitos como os relacionados a personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família, mas não engloba todos os direitos civis. Ademais, para fins de aplicação do estatuto pessoal utiliza-se a definição de domicílio trazida pelo art. 70 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002).

Diante da apresentação do regramento legal aplicado aos apátridas podemos afirmar que a ausência de nacionalidade não os impossibilita de exercer os direitos civis previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto deverá ser observado o instituto do estatuto pessoal, o domicílio do apátrida e qual é o direito civil que se pretende exercer para estabelecer qual regramento jurídico deverá incidir no exercício dos direitos civis pelos apátridas.

7.1 OS PRIMEIROS CASOS DE APATRIDIA RECONHECIDOS E CONCESSÃO DE NACIONALIDADE SIMPLIFICADA À APÁTRIDAS PELO BRASIL

O sistema jurídico de proteção aos apátridas não tem um fim em si mesmo, pois tão importante quanto a eficácia jurídica, a capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos, é a eficácia social da norma, efetivo respeito da norma pelos destinatários concretizando a finalidade da norma.

Como visto anteriormente, embora atualmente o Brasil tenha um sistema capaz de proteger e reduzir os casos de apatridia nem sempre foi assim, pois o sistema de proteção

e redução dos casos de apatridia no Brasil é fruto de uma evolução histórica que só recentemente possibilitou a eficácia social do sistema jurídico de proteção dos apátridas. E para exemplificar a eficácia social do sistema jurídico de proteção dos apátridas apresentaremos os dois primeiros casos de reconhecimento de apatridia e naturalização simplificada pelo Brasil em 2018.

Os irmãos Maha Mamo, Souad Mamo e Edward Mamo apátridas chegaram no Brasil em 2014 quando o Brasil começou a receber refugiados Sírios que fugiam da guerra no país (MARQUES, 2018, s/n). Os três irmãos apátridas são filhos de pais Sírios (a Síria adota o critério do *ius solis* para aquisição da nacionalidade originária) e nasceram no Líbano (que adota o critério do *ius sanguinis* para aquisição da nacionalidade originária) e por conta disso não conseguiram nacionalidade Libanesa e nem Síria se tornando assim apátridas. Nesse sentido Wentzel (2018, s/p) explica que:

As irmãs Maha e Souad Mamo viviam em um limbo jurídico desde que nasceram. Sem um país para chamar de pátria, elas se encontravam na estranha situação de não possuir documentos. [...]

Os irmãos Mamo - Maha, Souad e Edward - nasceram no Líbano, filhos de pais sírios. Mas, porque o pai Jean Mamo era cristão e a mãe Kifah Nachar era muçulmana, o casamento deles nunca foi registrado na Síria, o que impediu a retirada de certidões de nascimento para os filhos no Líbano. As crianças não puderam ser reconhecidas nem como sírias, nem como libanesas.

Mesmo chegando ao Brasil em 2014 só foi em 2016 que foi concedida a condição refugiados para as irmãs Maha Mamo e Souad Mamo, o Edward Mamo faleceu vítima de um assalto meses antes de ser reconhecido como refugiado (MARQUES, 2018, s/n). Note que mesmo o Brasil tendo internalizado a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961 as irmãs Maha Mamo e Souad Mamo, inicialmente, foram reconhecidas como refugiados e não como apátridas, isso se deu por falta de efetividade social das Convenções e por falta de vontade política para regulamentar e instrumentalizar as disposições das Convenções. Mas tal situação mudou com a entrada em vigor da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 – Lei de Migração (BRASIL, 2017) e a Portaria Interministerial nº 5, de 27 de fevereiro de 2018 do Ministério da Justiça.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 – Lei de Migração (BRASIL, 2017) e a Portaria Interministerial nº 5, de 27 de fevereiro de 2018 do Ministério da Justiça, as irmãs Maha Mamo e Souad Mamo deram entrada no pedido de reconhecimento da condição de apátrida e em 26/6/2018 tiveram sua condição de apátrida

reconhecido pelo estado Brasileiro, ressalta que esse foi o primeiro caso de reconhecimento da apatridia no país (BRASIL, 2018).

Com o reconhecimento da condição de apátrida pelo Brasil as irmãs Maha Mamo e Souad Mamo deram entrada no processo simplificado de naturalização previsto no *caput* do art. 26 da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) e regulamentado nos arts. 16 ao 21 da Portaria Interministerial nº 5 (BRASIL, 2018). Chagas (2018) destaca que em 04/10/2018 na Suíça, durante encontro da Agência da Organização das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) o Ministério da Justiça concedeu a naturalização brasileira as irmãs Maha Mamo e Souad Mamo. No ato do recebimento da naturalização brasileira Maha Mamo afirmou que "Agora, é o final feliz de uma da história e o começo da minha vida" (WENTZEL, 2018, s/p).

Do exposto acima percebe-se que embora o Brasil tenha aderido à Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 nesse mesmo ano e ao decorrer dos anos aderiu a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961 que posteriormente foram internalizadas só em 2018 é os direitos previstos nestas convenções ponderam ganhar eficácia social com a edição da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) e com a Portaria Interministerial nº 5 do Ministério da Justiça (BRASIL, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A definição da nacionalidade de uma pessoa é essencial para verificar qual é o regime jurídico o qual se submeterá e, conseqüentemente, os direitos e deveres deste indivíduo perante o Estado. A definição dos critérios e a forma de aquisição da nacionalidade cabe a cada Estado que levam vários fatores em consideração. O Brasil adota critérios amplos de aquisição de nacionalidade, isso se deve ao fato do Brasil ser uma país formado por imigrantes e também para evitar os efeitos nefastos da apatridia.

Quando o ser humano não é considerado nacional de nenhum país, ou seja, não tem nacionalidade ele é considerado uma apátrida ou *heimatlos*. As conseqüências negativas da apatridia podem privar o ser humano dos direitos mais básicos e essenciais para se viver com o mínimo de dignidade humana.

A apatridia pode provocar a desagregação familiar, a perda de costumes e valores históricos e culturais inestimáveis, além de deixar mais precário a situação do atendimento dos países que recebem imigrantes apátridas. O ponto positivo (ou não) para a redução da apatridia é que ela só depende da vontade política e social dos países.

Em uma perspectiva jurídica da situação dos apátridas sobre a ótica Jusnaturalismo e Positivista percebe-se que a ausência de uma nacionalidade definida é um óbice para o exercício pleno dos direitos fundamentais e/ou humanos reconhecidos por determinado Estado sob uma ótica Positivista. Por outro lado, o Jusnaturalismo reconhece ao ser humano, independentemente de ter ou não uma nacionalidade, o pleno exercício dos direitos fundamentais e/ou humanos. Pois a nacionalidade não é a fonte do nascedouro dos direitos e sim o próprio ser humano, independentemente ter ou não uma nacionalidade.

Quanto a proteção jurídica no âmbito internacional, os apátridas têm uma proteção razoável dada pela Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961. Mas essa proteção só se torna efetiva se os países subscreverem a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961 e buscarem dar efetividade aos seus dispositivos normativos no âmbito interno.

Como o direito civil é o ramo do direito mais presente na vida do ser humano, pois rege as relações pessoais e patrimoniais privadas desde a concepção do indivíduo até depois da morte é que surge a indagação da (im)possibilidade do exercício dos direitos civis pelos apátridas. É dessa amplitude e simbiose do direito civil com a jornada da vida do ser humano que nasceu o problema de pesquisa do presente trabalho, qual seja: a (im)possibilidade do exercício dos direitos civis pelos apátridas e se a inexistência de uma nacionalidade definida seria um óbice ao exercício dos direitos civis.

Nessa perspectiva, da análise da legislação aplicada aos apátridas, em especial o art. 5º, *caput*, da CF/88; o art. 7º da Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954; o art. 26 da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) e o art. 1º do CC/2002 percebe-se que os apátridas residentes no Brasil gozam de todos os direitos civis, ou seja, os apátridas podem exercer os direitos civis previstos no ordenamento jurídico brasileiro, ressalvados as vedações legais.

Entretanto, a resposta não é tão simples assim, isso porque o art. 12 da Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e o art. 7º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro determina que o "estatuto pessoal de todo apátrida é regido pela lei do país de seu domicílio". Ou seja, os direitos civis que compõem o estatuto pessoal do apátrida são regidos pela lei do domicílio do apátrida.

Sendo assim, diante da apresentação do regramento legal aplicado aos apátridas podemos afirmar que a ausência de nacionalidade não os impossibilita de exercer os direitos civis previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto deverá ser observado o instituto do estatuto pessoal, o domicílio do apátrida e qual é o direito civil que se

pretende exercer para estabelecer qual regramento jurídico deverá incidir no exercício dos direitos civis pelos apátridas.

Por fim, no âmbito interno, a proteção jurídica dos apátridas é fruto de uma evolução histórica e legislativa que demonstra que o Brasil demorou à adotar as medidas legislativas cabíveis para o enfrentamento da apatridia, mas o atual sistema jurídico de amparo aos apátridas está em consonância com o fundamento basilar da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Prova disso são os dois primeiros casos de reconhecimento de apatridia e naturalização simplificada concedidos pelo Brasil em 2018 às irmãs Maha Mamo e Souad Mamo, demonstrando assim a eficácia social do sistema jurídico de proteção dos apátridas. Ademais, do ponto de vista jurídico, o Brasil cumpre a contento as disposições internacionais para o enfrentamento da apatridia, possibilitando o exercício dos direitos civis.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR – ONU). **ACNUR apela a ação dos países para ajudar 12 milhões de apátridas do mundo.** Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/11/1647281>. Acesso em: 16 jun. 2020.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR – ONU). **Manual de proteção aos apátridas de acordo com a convenção de 1954 sobre o estatuto dos apátridas.** Genebra, 2014. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_prote%C3%A7%C3%A3o_aos_ap%C3%A1tridas.pdf. Acesso em: 5 jul. 2020.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BARBOSA, Guilherme Vieira. **A ausência de nacionalidade como fator de risco à condição do cidadão estrangeiro: a questão jurídico-social dos apátridas como uma nova construção do pensamento jurídico internacional.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca: p. 385, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/138403/000864501.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BICHARA, Jahyr-Philippe. **O tratamento do apátrida na nova lei de migração: Entre avanços e retrocessos**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 2, 2017 p. 236-252. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4619>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. — São Paulo: ícone, 1995.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - institui o Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração)**. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002 (Promulga a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas)**. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm. Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 8.501, de 18 de agosto de 2015 (Promulga a Convenção para a Redução dos Casos de Apátrida)**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8501.htm#:~:text=DECRETA%20%3A-Art.,%E2%80%9D%2C%20anexa%20a%20este%20Decreto.. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 274 de 2007 (Aprova o texto da Convenção para a Redução dos Casos de Apátrida, celebrada em 30 de agosto de 1961)**. Brasília, 2007. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2007/decretolegislativo-274-4-outubro-2007-560578-convencao-83678->

pl.html#:~:text=promulgo%20o%20seguinte-
,DECRETO%20LEGISLATIVO%20N%C2%BA%20274%2C%20DE%202007,O%20Congresso
%20Nacional%20decreta%3A&text=2%C2%BA%20Este%20Decreto%20Legislativo%20en
tra%20em%20vigor%20na%20data%20de%20sua%20publica%C3%A7%C3%A3o.. Acesso
em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portaria Interministerial nº 5, de 27 de fevereiro de 2018**. Brasília, 2018. Disponível em:
[http://www.in.gov.br/web/guest/materia/-
/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/4716363/do1-2018-02-28-portaria-
interministerial-n-5-de-27-de-fevereiro-de-2018-4716359](http://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/4716363/do1-2018-02-28-portaria-interministerial-n-5-de-27-de-fevereiro-de-2018-4716359). Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Ministro da Justiça assina o primeiro reconhecimento de apátrida do país**. Brasília, 2018. Disponível em:
<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-67>. Acesso em: 21 jul. 2020.

CARVALHO, Diana. **"Eu só queria existir": ativista Maha Mamo viveu 30 anos como apátrida**. Ecoa – 2019. Disponível em: [https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-
noticias/2019/11/25/maha-mamo.htm](https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2019/11/25/maha-mamo.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.

CHAGAS, Paulo Victor. **Brasil concede nacionalidade a duas irmãs apátridas**. Agência Brasil – Brasília, 2018. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-
humanos/noticia/2018-10/brasil-concede-nacionalidade-duas-irmas-apatridas](https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-10/brasil-concede-nacionalidade-duas-irmas-apatridas). Acesso
em: 21 jul. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. 29. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. - 14. ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. - 19. ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito**. - 3. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. - 15. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral.** - 10. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** - 23. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIGABUE, Rebeca. **Em busca de uma pátria: conheça a história de Maha e Souad.** Metrôpoles – 2018. Disponível em: <https://www.metropoles.com/vida-e-estilo/comportamento/em-busca-de-uma-patria-conheca-a-historia-de-maha-e-souad> . Acesso em: 21 jul. 2020.

MARQUES, Marília. **'Vivi 26 anos sem existir', diz refugiada que nunca teve nacionalidade.** G1 – 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/brasil-reconhece-apatrida-pela-1a-vez-na-historia-vivi-26-anos-sem-existir.ghtml>. Acesso em: 21 jul. 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito constitucional.** - 3ª. ed. rev. e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito constitucional.** - 8ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** – 8. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. **Filosofia do direito.** São Paulo: Saraiva, 2012.

ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954,** Nova Iorque-EUA, 1954. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf?view=1. Acesso em: 04 de jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 30 de agosto de 1961,** Nova Iorque-EUA, 1961. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reduc_ao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf. Acesso em: 11 de jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Brasil promulga Convenção da ONU para Redução da Apatridia,** Brasil, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil->

promulga-convencao-da-onu-para-reducao-da-apatridia/#:~:text=Com%20a%20publica%C3%A7%C3%A3o%20de%20um,Apatridia%20que%20%C3%A9%20de%201961.. Acesso em: 11 de jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Brasil reconhece pessoas apátridas pela 1ª vez**, Brasil, 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-reconhece-pessoas-apatridas-1avez/#:~:text=Pela%20primeira%20vez%2C%20o%20governo,tem%20nacionalidade%20%E2%80%94%20de%20duas%20pessoas.&text=Maha%20e%20Souad%20Mamo%20moram,anos%20no%20Brasil%20como%20refugiadas..> Acesso em: 21 de jul. 2020.

1avez/#:~:text=Pela%20primeira%20vez%2C%20o%20governo,tem%20nacionalidade%20%E2%80%94%20de%20duas%20pessoas.&text=Maha%20e%20Souad%20Mamo%20moram,anos%20no%20Brasil%20como%20refugiadas.. Acesso em: 21 de jul. 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. — 27. ed. — São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Ulisses Levy Silvério dos. **O Brasil e o combate à apatridia no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa: p. 147, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/8680/2/arquivototal.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

SOUSA, Gustavo. Direito **Constitucional - Nacionalidade: conceitos, espécies e aquisição**. Disponível em: <http://direitoconstitucional.blog.br/nacionalidade/>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida; CASCALDI, Luís de Carvalho. **Manual de direito civil [livro eletrônico]**. — 1 ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. — 18. ed. — São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VILELA, Pedro Rafael. **Brasil reconhece condição de apátrida pela primeira vez na história**. Agência Brasil – Brasília, 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-06/brasil-reconhece-condicao-de-apatrida-pela-primeira-vez-na-historia>. Acesso em: 21 jul. 2020.

WENTZEL, Marina. **Com base em lei pioneira, Brasil concede cidadania a irmãs sem pátria**. BBC News Brasil – Suíça, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45738226>. Acesso em: 21 jul. 2020.

JUIZ DAS GARANTIAS: AFETAÇÃO DA IMPARCIALIDADE

VARTINI COUTINHO POLICARPO ARRAIS:

Graduando do curso de Direito no Centro
Universitário Santo Agostinho ¹²⁵,

PAULO VINÍCIUS BORGES E SILVA ¹²⁶

(coautor)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL ¹²⁷

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa tem como espinha dorsal compreender e analisar a importância da garantia constitucional da imparcialidade no processo penal, junto com as consequências da implementação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como norte o impacto que o juiz das garantias teria na fase pré-processual e a sua importância na preservação da imparcialidade do juiz da instrução e julgamento. A relevância dessa pesquisa está na demonstração dos prejuízos pelo fato de no atual ordenamento jurídico não existir a distinção do juiz que atua na fase investigativa e na fase processual. Além disso, através da teoria da dissonância cognitiva de Bernd Shunemann, a pesquisa visa mostrar a necessidade da atuação de um juiz na fase pré-processual para que seja preservada a cognição do juiz da instrução e julgamento. Para fazer essas análises, a presente pesquisa utilizou método dedutivo com pesquisas bibliográficas por meio de análises doutrinárias na busca de enfatizar a importância de ter o juiz das garantias e garantir a imparcialidade de fato em um processo penal justo.

PALAVRA CHAVE: Juiz das Garantias, Imparcialidade e Dissonância Cognitiva.

ABSTRACT: This research has as its backbone to understand and analyze the importance of the constitutional guarantee of impartiality in criminal proceedings, along with the consequences of the implementation of the judge of guarantees in the Brazilian legal system, having as a guide the impact that the judge of guarantees would have in the pre-

¹²⁵, *E-mail:* coutinhovartini@gmail.com.

¹²⁶ Graduando do curso de Direito no Centro Universitário Santo Agostinho, *E-mail:* pv26@hotmail.com.

¹²⁷ Doutorando em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, *E-mail:* julianoleonel@hotmail.com.

procedural phase and its importance in the preservation of the impartiality of the judge of the investigation and judgment. The relevance of this research is in the demonstration of the damages due to the fact that in the current legal system there is no distinction between the judge who works in the investigative phase and in the procedural phase. In addition, through Bernd Shunemann's theory of cognitive dissonance, the research aims to show the need for a judge to act in the pre-procedural phase so that the judge's cognition of the instruction and judgment is preserved. To make these analyses, the present research used a deductive method with bibliographic research through doctrinal analysis in the search to emphasize the importance of having the judge of guarantees and guaranteeing impartiality in fact in a fair criminal process.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como espinha dorsal o aprofundamento do entendimento das consequências do juiz das garantias ante a imparcialidade que é devida e esperada a um julgador de um processo penal brasileiro.

Desse modo, é importante ressaltar que o problema de pesquisa volta-se a entender que: a imparcialidade do juiz é uma garantia essencial para que se haja um processo justo e sem vícios de cognição do juiz, porém, quando o próprio Estado viola essa garantia e legaliza a mesma, quais seriam os desdobramentos legais que podem por em risco o ordenamento jurídico de um estado democrático de direito?

Ademais, a pesquisa bibliográfica é aquela realizada com base material já publicado (GIL, 2019), logo, a presente pesquisa será desenvolvida através de uma pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, fazendo análise de premissas até chegar a uma conclusão satisfatória sobre o presente tema discutido nesse artigo.

Objetiva-se nessa pesquisa, em uma perspectiva mais ampla, a análise da conduta de um julgador com base a garantia legal da imparcialidade e de como sua conduta desde a fase pré-processual até durante o processo pode vir a violar essa garantia, tendo o julgador como norte vertentes inquisitivas que ainda ocorre nos dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro.

Também, é objetivo da presente pesquisa ponderar a importância do juiz das garantias para que seja preservada a imparcialidade e analisar as eventuais consequências

ao processo penal pela a imparcialidade do juiz, tudo com base em análises de bibliográficas e doutrinas sobre o tema aqui pesquisado.

Ainda, essa pesquisa justifica sua importância para o contexto social e legal, pois no momento em que se admite um estado democrático de direito é necessário atenção para a defesa de um processo penal justo com finalidade de evitar violações para que todas as pessoas possam passar por um processo penal justo com um juiz imparcial e todas as demais garantias asseguradas.

Diante o exposto, para chegar ao objetivo final dessa pesquisa, primeiramente, será trabalhado os tipos de sistemas processuais penais, destacando as garantias e sujeições que cada sistema garante as partes do processo penal.

Ademais, após análise dos sistemas processuais penais, a presente pesquisa busca entender como funciona a fase de investigação, fazendo a distinção de atos de prova e atos de investigação e analisando qual valor cada ato terá ao final do processo com base as características de cada fase, seja ela a investigatória ou a processual.

Para concluir, o objeto final será analisar as interferências da fase pré-processual na cognição do juiz do processo e por fim chegar às implicações que a implementação do juiz das garantias levaria para um processo penal justo.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Para adentrar na análise da atuação do juiz no sistema acusatório, primeiramente é necessário analisar sua atuação sobre óptica dos diferentes sistemas processuais que antecederam no decorrer da historia. De acordo com LOPES JÚNIOR (2010, p.1), os sistemas processuais inquisitivos e sistema processual acusatório, são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época.

Diante o exposto, cada momento histórico que houve um tipo de sistema processual era a exteriorização de um sentimento político que existia em cada época, pois o processo penal nada mais é que um reflexo da política em que vive determinado povo.

Ademias, para analisar os tipos de imparcialidade, é necessário ter ciência do papel do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), na qual entende que em um sistema acusatório, na qual é garantida a imparcialidade do juiz, este não deve possuir poderes investigativos, pois o mesmo estaria se contaminando e com isso comprometendo sua convicção para proferir uma decisão limpa e justa.

Portanto, é de suma importância o estudo de cada sistema processual penal para entender como a imparcialidade do juiz é importante no curso de um processo, tendo em vista que em cada sistema a atuação do juiz vai impactar diretamente no resultado do processo, pois em um julgamento que o próprio juiz é o produtor de prova a imparcialidade do juiz será altamente comprometida.

2.1 Sistema inquisitivo

Esse modelo foi sendo implementado gradativamente entre o século XII até o XIV. De acordo com JACINTO COUTINHO, O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal, p. 23. “ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”. Nesse sentido, observa-se que não há separação de funções, sendo que o juiz concentra o poder de julgar e acusar. Nesse sistema, a imparcialidade do juiz está altamente comprometida, visto que a inexistência de um órgão independente para formular a acusação contamina o pensamento do juiz na hora de proferir o julgamento, pois no momento que a produção de provas está sobre tutela do juiz, tente ele a proferir uma decisão em consonância com a sua ação de obtenção de prova. Ainda, esse modelo processual possui outras características, tais como inexistência do contraditório pleno, atuação do juiz de ofício e desigualdade entre os sujeitos processuais na busca do convencimento do juiz.

Ademais, para corroborar com o que já dispunha, diz LOPES, JR, Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 56. “é da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juizator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu”. Portanto, de acordo com as disposições dos doutrinadores aqui citados e também a doutrina majoritária, o sistema inquisitivo pode ser considerado prejudicial ao processo penal justo, pois nele é suprimida a imparcialidade do julgador, que é uma garantia constitucional.

2.2 Sistema acusatório

Esse sistema é o adotado no Brasil, assegurado tanto pelo código de processo penal após a alteração do pacote anticrime, mas também pela constituição federal de 1988. Segundo LOPES JR, Direito processual penal, 2019, p.47 “a configuração do “sistema processual” deve atentar para a garantia da “imparcialidade do julgador”, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição”. Desse modo, uma das características do sistema acusatório é justamente a garantia da imparcialidade do juiz, pois nesse modelo ele não atua mais como um gestor de prova, visto que esse papel cabe a um órgão independente ou ao particular ofendido. No Brasil, o órgão institucional que tem a competência de ser o acusador é o Ministério Público, também pode o particular ser o produtor de provas, desde que este siga as determinações legais.

Ainda, devido ao sistema acusatório ser contraposto ao inquisitivo, aquele possuem características como, a impossibilidade da atuação de ofício pelo juiz, a distinção entre quem será o acusador e o julgador, juiz parcial e previamente constituído.

Portanto, é notório que em uma sociedade democrática, na qual haja respeito pelos direitos dos cidadãos, o sistema acusatório seria o ideal, primeiramente por ser uma previsão constitucional e ainda, por respeitar todos os direitos e garantias necessários, como por exemplo, a imparcialidade do julgador, que é necessário para um processo penal justo e que possa minimizar o máximo possível os abusos estatais, pois com o respeito ao contraditório e ampla defesa, a vedação do juiz em agir de ofício, vedação de prova tarifada, e outras características do sistema acusatório, a pessoa que estiver em um processo penal vai ter a certeza que será julgada com base um processo justo.

2.3 Inexistência do sistema misto

A maioria dos doutrinadores ao classificar os tipos de sistemas processuais inclui o sistema misto. Esse sistema surgiu na ideia de uma separação do processo, onde primeiro iria existir a fase de produção de prova e posteriormente haveria um juízo de fato sobre o caso concreto. Desse modo, com a separação do processo, primeiramente na fase de produção de provas seria baseado nos moldes do sistema inquisitivo, tendo em vista que a supressão das garantias previstas no sistema acusatório poderia “atrapalhar” a fase de produção de prova, sendo então o sistema inquisitivo o mais ideal para essa fase. Ademais, na segunda fase, que se iniciaria com a instauração do processo, seria norteado nos moldes do sistema acusatório com todos os direitos e garantias inerentes desse sistema, nessa fase, a produção de prova seria feita totalmente diferente da primeira fase, tendo em vista a contraposição dos sistemas que cada fase adota, logo, nesse sistema a imparcialidade do

juiz seria altamente comprometida, tendo em vista que ao considerar a inexistência das garantias processuais na produção de prova na primeira fase, o julgador poderia se contaminar no processo e de nada adiantaria essas garantias na segunda fase, pois a cognição do juiz seria a estabilização da busca e do que foi feito na primeira fase.

Diante do exposto, existem doutrinadores que admitem a existência do sistema misto no Brasil, apesar de na Constituição ser expresso a adoção do sistema acusatório. De acordo com NUCCI, 2016, a Constituição Federal de 1988 trouxe vários princípios que tendem a indicar um sistema processual acusatório, porém não existe uma imposição da carta magna para que esse seja o sistema adotado, tendo em vista que o código de processo penal seria aquele que ditaria as regras do processo penal.

Conforme o pensamento de Guilherme de Sousa Nucci, levar as disposições constitucionais na literalidade seria desconexo com a realidade, isso pode ser corroborado, pois o código de processo penal é de 1941 e dentro dele existem diversas disposições inquisitoriais, como já visto na introdução desse capítulo, o código de processo penal de 1941 será a expressão da conjuntura política e social da época que foi elaborado. Desse modo, os defensores do sistema misto acreditam que apesar da não conformidade de muitos dispositivos do código de processo penal com a Constituição Federal de 88, ocorreu inúmeras alterações no código no sentido de trazer mais a materialidade constitucional para o código de processo penal, contudo não se pode falar que o processo é todo inquisitivo ou todo acusatório, tendo em visto que ainda existem contradições entre a Constituição e o código, e apesar da Constituição ser um documento de maior hierarquia no mundo jurídico, ela não impõe o sistema acusatório, além de ser mera ingenuidade acreditar que atualmente o processo seria baseado nos ditames do sistema acusatório puro sem a existência de disposições inquisitoriais.

2.4- Imparcialidade objetiva.

Depois de visto os tipos de sistemas processuais e saber qual foi o adotado pelo Brasil, agora é possível a análise dos tipos de imparcialidade, primeiramente a objetiva.

Essa imparcialidade esta relacionada à forma em que o juiz demonstra ou se aparenta não ser imparcial, visto que a atuação do juiz no atual sistema processual brasileiro pode sofrer questionamentos da sociedade, logo a atuação do juiz deve demonstrar que este não esta ferindo o princípio constitucional da imparcialidade. Desse modo, o juiz das

garantias, cuja eficácia esta suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, seria de suma importância, pois as decisões judiciais na fase pré-processual não seria tomada pelo juiz da instrução e julgamento, dessa forma não haveria questionamento quanto à parcialidade objetiva do juiz do julgamento.

Contudo, de acordo com JIMÉNEZ, 2002, p. 199, “mediante análise caso a caso, será possível apreciar, analiticamente, quais são as atividades cujo concurso prévio por parte do juiz afetam seu futuro juízo, e quais, pelo contrário, não representam prejuízo ou condicionamento da futura resolução”. Portanto, apesar do juiz das garantias esta com a eficácia suspensa, não significa que todos os processos atuais estão contaminados pela imparcialidade objetiva do juiz, pois é necessária a análise concreta de cada caso, logo a imparcialidade objetiva não pode ser presumida. Para exemplificar, quando um juiz é provocado pelo Ministério Público para a decretação de uma prisão preventiva e o juiz aceita o requerimento, não significa que o mesmo esta fazendo um juízo de valor acerca da condenação ou absolvição do acusado, é necessário analisar os fundamentos invocados pelo Ministério Público, caso a pedido se fundamente na possibilidade da fuga do acusado com demonstrações reais, fáticas e contemporânea, o juiz analisara o mérito daquele pedido em específico, que por ventura pode ou não influenciar na sentença condenatória no final do processo. Diante do exposto, é incontestável que um juiz na fase pré-processual traria mais segurança, porém como sua aplicabilidade não está vigorando, é necessário fazer a ponderação e saber que nem todo ato do juiz na fase processual vai causar a imparcialidade objetiva.

2.5- Imparcialidade subjetiva.

De acordo com LOPES JR, AURY, 2019, p.73 “Desde o caso Piersack, de 1982, entende-se que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de “pré-juízos”.”.

Diante o exposto, fica evidente que a imparcialidade subjetiva, diferentemente da imparcialidade objetiva, esta ligada ao foro íntimo do julgador, no momento em que o caso é posto em julgamento o juiz de acordo com suas próprias convicções realizaria pré-conceitos sobre o objeto em julgamento. Nota-se que essa imparcialidade é mais complexa de se analisar por ser algo intrínseco, diferente da imparcialidade objetiva, pois nessa para detectar se o juiz esta sendo imparcial basta analisar as suas condutas que são exteriorizadas.

3. INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial é um procedimento de natureza administrativa e presidido pelo delegado de polícia, o senso comum tende a achar que a investigação realizada no inquérito já é de natureza judicial pelo fato de o inquérito ser privativo da polícia judiciária, tais como a polícia civil e a polícia federal, e em alguns casos a polícia militar quando atua como polícia judiciária militar, contudo, esses órgãos estão vinculados ao poder executivo, seja no âmbito federal como no estadual. Nesse contexto, a finalidade básica do inquérito é elucidar a possível autoria de um crime e a prova da materialidade criminal para subsidiar o titular da ação penal no oferecimento da inicial acusatória. Contudo, diferente de um processo criminal, o inquérito possui característica inquisitória.

A característica inquisitiva é a principal demonstração de diferença do inquérito para o processo penal, visto que no inquérito, devido à característica inquisitiva, o contraditório e a ampla defesa não são obrigatórios. De acordo com (RANGEL, 2010, p. 95). "O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas, sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial". Portanto, é possível ocorrer uma produção de prova que seja conveniente para a investigação sem que haja a oportunidade do acusado participar e até mesmo contraditar, desse modo, fica evidente da necessidade dessas provas serem refeitas ou confirmadas perante o juiz da instrução e julgamento.

3.1 Valor probatório do inquérito policial.

Ao se fazer uma pesquisa sobre a influência de atos no procedimento pré-processual nas decisões de um processo de fato, é indispensável a análise do inquérito policial, visto que é nesse procedimento administrativo que é feita inúmeras provas que ao final serão relatadas ao titular da ação penal na formação da sua *opinio delictae*.

Diante disso, é possível notar vertentes na doutrina sobre o real valor probatório do inquérito, primeiramente há doutrinas que rechaça a usura das provas obtidas via inquérito policial de forma irrestrita, de acordo LOPES JR, 2019, p.144, "o inquérito policial busca apenas a verossimilhança do crime, a mera fumaça (*fumus commissi delicti*), não havendo possibilidade de plena discussão das teses, pois a cognição plenária fica reservada para a fase processual". Portanto, conforme entendimento dessa doutrina entende-se que no inquérito policial vigora o princípio inquisitivo e não poderia as provas nele obtidas ser

albergado em um processo onde se norteia as garantias processuais como a do contraditório, sendo que a peça pré processual serviria como elemento informativo para a admissibilidade e para o curso do processo penal, não sendo possível ter o condão de contaminar o juízo em suas decisões e na sentença por ele proferida, pois no inquérito é feito um juízo de probabilidade.

Ademais, também nota-se que é quase extinta a doutrina que admite que as provas obtidas no inquérito possam ser usadas como fundamento da sentença do magistrado sem necessidade de comprovação, conforme MODIM, 1979, p.71, se a base probatória de provas feitas no inquérito for firme, estas não precisam ser comprovadas em sede de processo, apenas bases de prova fraca necessitam ser comprovada no processo. Logo, de acordo com o entendimento da doutrina que admite absolutamente o valor probatório do inquérito, esses tem como base maior a ideia que as provas obtidas no inquérito podem se perder e não ser mais possível realizar no curso do processo. Dito isso, posto casos que ocorre a impossibilidade de reproduzir as provas no processo e considerando a legitimidade e presunção de veracidade dos atos do órgão público, é factível a usura dessas provas no processo criminal sem a necessidade de comprovação.

Por fim, a doutrina majoritária em conjunto com a maioria da jurisprudência, admite que o valor probatório do inquérito é relativo, segundo AVENA (2014, p. 207) registra que “há muito tempo consolidaram-se os tribunais pátrios no sentido de que o inquérito policial possui valor probante relativo” e que sua “utilização como instrumento de convicção do juiz condicionada a que as provas nele produzidas sejam renovadas ou ao menos confirmadas pelas provas judicialmente realizadas sob o manto do devido processo legal e dos demais princípios informadores do processo”. Logo, de acordo com essa doutrina, é possível a utilização de provas feitas no inquérito policial, contudo, a relativização se do no momento que essas provas precisam ser renovadas ou caso não seja possível que sejam confirmadas no processo penal em conformidade a todos os direitos e garantias assegurados no curso do processo.

3.2 Diferença entre atos de prova e atos de Investigação

A distinção dos atos de investigação e dos atos de prova se da basicamente por conta da valoração jurídica que cada ato possui. Desse modo, em conformidade com o princípio inquisitivo do inquérito, segundo LOPES JÚNIOR (2019, p.186) “o IP somente gera atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo”.

Seguindo essa linha de entendimento, os atos de investigação no curso do inquérito policial não tem o condão de gerar um juízo de certeza para subsidiar uma sentença, pois esses atos visa um juízo de mera probabilidade, por exemplo, no momento em que o delegado de polícia indicia um acusado, esse ato é baseado estritamente em uma cognição probabilista do *fumus commissi delicti*, e por isso, não existe a obrigatoriedade do órgão acusatório seguir o entendimento do relatório final de um inquérito policial (o que evidência a característica dispensável do inquérito), pois os atos de investigação feitos no curso do inquérito não tem observância do contraditório ou tem ele limitado, sendo assim impossível exigir que esses sejam capazes por si só de subsidiar uma sentença. Ademais, vale ressaltar que as provas renováveis são atos de investigação, como exemplo disso tem-se a prova testemunhal realizada no curso do inquérito, esta é necessária ser renovada em juízo, sendo necessário novo comparecimento da testemunha para prestar o depoimento perante o julgador do processo criminal (LOPES JÚNIOR, 2019).

Já os atos de prova, são aqueles que são produzidos sobre o manto do processo penal ou aqueles feitos sob o instituto da prova antecipada, constituindo atos albergados pelos princípios e garantias constitucionais de proteção do réu sobre o autoritarismo estatal, portanto, esses atos de prova são aqueles que integram o processo penal e tem como função convencer o juízo e conseqüentemente influenciar na sentença, diferente dos atos de investigação, nos atos de prova pelo fato de serem observados princípios que regem o sistema acusatório, tais como ampla defesa, contraditório, publicidade dos atos probatórios, esses atos não se busca um juízo de probabilidade e sim de certeza (LOPES JUNIOR, 2019).

4- JUIZ DAS GARANTIAS

O juiz das garantias, primeiramente, é aquele responsável pelo controle de legalidade no curso do inquérito policial e também responsável pela proteção dos direitos individuais sujeitos a apreciação do poder judiciário com atuação limitada ate o recebimento da denúncia.

Ademais, a implementação do juiz das garantias é, sobretudo, a busca do legislador em adequar o código de processo penal às disposições constitucionais, sendo que a proposta do juiz das garantias é fazer uma divisão de atuação do juiz responsável pela fase investigatória e o juiz da instrução e julgamento, uma forma de garantir a efetivação do princípio da imparcialidade no processo penal. Portanto, a principal finalidade do juiz das

garantias é promover o distanciamento dos elementos colhidos na fase investigativa do juiz do processo (SILVEIRA, 2011, p. 256).

4.1- Origem da teoria da dissonância cognitiva.

Essa teoria esta ligada a psicologia social, um ramo da psicologia que procura entender os pensamentos e as reações do indivíduo e a forma que isso pode influenciar as pessoas. A teoria em análise foi feita por Leon Festinger nos anos 50, ele era professor de psicologia na universidade de Stanford.

Basicamente, o estudo de Festinger buscou entender as reações psicológicas que o ser humano possa ter quando este se depara com crenças diferentes da que possui. Para Festinger no momento em que uma crença é desconstruída por outra crença o ser humano tende a entrar em um estado de dissonância cognitiva.

Para RITTER, 2017, p.162, "Pode-se afirmar que há uma tendência, no ser humano, à estabilidade cognitiva, intolerante a incongruências, que são inevitáveis nos casos de tomada de decisões (...)". Diante do exposto, já é possível fazer uma correlação da atuação do juiz com base nessa teoria, afinal o juiz é uma sujeito como qualquer outro e suscetível as minucias dos efeitos psicológicos que o ser humano possui.

4.2- Dissonâncias do juiz.

Com base no que já foi explicado, agora já é possível analisar casos hipotéticos em que o juiz pode sofrer dissonância cognitiva e conseqüentemente afetar a sua imparcialidade. Suponha que um juiz receba um requerimento do MP pedindo que decrete a prisão preventiva de um indivíduo, ao analisar o caso o juiz ver que possui todos os elementos suficientes para decretar a prisão preventiva. Essa atuação do juiz na fase pré-processual o faz criar uma consonância de que o acusado possa ser culpado, contudo, pelo principio constitucional da presunção de inocência o acusado até o transito em julgado deve ser considerado inocente. Essa consonância criada pelo juiz ao decretar a prisão preventiva no decorrer do processo penal, pode ser demonstrado pelo acusado de que foi injusta e que houve algum equívoco na pedida do MP, desse modo o juiz tende a entrar em dissonância cognitiva ou buscar meios para que a sua convicção seja mantida. Nesse caso, nota-se que há prejuízo do magistrado quanto à imparcialidade subjetiva, pois no momento em que faz um pré-conceito sobre o caso julgado, o juiz esta abrindo mão de fazer um julgamento livre de interferências.

Ademais, a dissonância cognitiva do juiz não serve apenas para prejudicar o réu, imagina que o juiz rejeite a inicial acusatória apresentada pelo MP sobre a justificativa de que não há lastro probatório mínimo para a abertura de um processo, o MP recorre da decisão em 2º grau e obtém sucesso. Porém, o juiz de 1º grau já proferiu uma decisão, ou seja, já possui uma consonância, logo isso vai afetar se precisar condenar o réu.

Portanto, seguindo a linha dos parágrafos anteriores, segundo LOPES JÚNIOR, 2016, p.19 "sabendo-se que a tomada de uma decisão na fase de investigação preliminar (uma conversão de prisão em flagrante em preventiva, por exemplo), pode vincular cognitivo-comportamentalmente seu responsável (magistrado) por prazo indeterminado, bem como que a primeira informação (primeira impressão) recebida pelo juiz sobre o fato, com base na qual deverá admitir ou não a abertura de um processo (ato de recebimento/rejeição da denúncia), é produto dessa investigação policial, produzida de forma unilateral; existe a possibilidade da autoridade judiciária que participou dessa primeira fase manter-se imparcial no futuro desenrolar processual?". Ante o exposto, a teoria da dissonância cognitiva, aplicada ao processo penal, evidencia a necessidade de aprimoramentos no processo penal, sobretudo para preservar a imparcialidade do juiz e garantir que o jogo processual não sobrecarregue indevidamente uma parte no processo, pois é difícil uma parte lutar contra um pré-conceito de um julgador, mesmo que a parte esteja correta, convencer um juiz contaminado é como começar um jogo de futebol com o placar negativo.

4.3- Teoria da dissonância cognitiva de Bernd Shunneman

Como disposto no artigo 3º B do Código de processo penal, o juiz das garantias visa fazer o controle da legalidade na investigação criminal e a salvaguarda de direitos fundamentais que deva ser apreciados previamente pelo poder judiciário. Desse modo, o juiz das garantias atua na fase pré-processual e é diferente do juiz da instrução e julgamento, esse conceito foi estudado pelo jurista alemão Bernd Schunemann, ligando a teoria da dissonância cognitiva de Festinger ao processo penal com base na atuação do juiz.

Segundo RITTER, 2016, p.120 "a pesquisa empírica do jurista alemão, aliás, pretende justamente responder se o conhecimento do magistrado sobre a investigação policial não acaba impedindo o processamento adequado das circunstâncias e provas do fato em apuração, na medida em que o mesmo se vê vinculado, ainda que involuntariamente, à

rota traçada exclusivamente pela polícia, que além de unilateral, contraria a versão do acusado”. Diante disso, um fundamento do juiz das garantias é evitar o comprometimento do juiz do processo por conta dos incidentes da fase investigativa, pois nessa fase como já visto nessa pesquisa, não se tem obrigatoriedade do contraditório, ampla defesa e, também, por ser um processo investigatório, a polícia aplica técnicas de obtenção de provas que muitas das vezes não condiz com a estrita legalidade, e por mais que isso seja declarado posteriormente como um abuso, a dissonância do juiz que atua no processo, dependendo do caso concreto, já pode está sendo atingida. Logo, conclui RITTER, 2016, p.121 “O que questiona Schünemann, portanto, lastreado em tal teoria, é se a leitura dos autos da investigação preliminar (inquérito policial) não acaba fixando uma imagem unilateral e tendenciosa do fato na psique do juiz, capaz de lhe vender para outras possibilidades, visto que apegado a esta, buscará comprová-la no processo, comprometendo definitivamente sua imparcialidade”.

Portanto, o juiz das garantias evitaria a dissonância cognitiva do juiz do processo, visto que esse não praticaria nenhum ato na fase investigativa, sendo essa atribuição exclusiva do juiz das garantias, até o recebimento da inicial acusatória, assim, haveria a preservação da imparcialidade do juiz do processo, contudo, o juiz das garantias, apesar de previsto no código de processo penal por força da vigência do pacote anticrime, está com a sua eficácia suspensa por decisão do ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, um dos motivos é a falta de estrutura do judiciário brasileiro, em março de 2021, o procurador geral da republica defendeu a suspensão até a regulamentação pelo CNJ.

4.4 Pacote anticrime e juiz das garantias.

Entrando nesse amplo conceito em relação à imparcialidade do pacote anticrime, temos diversas estruturas, de acordo com Marina Oliveira (2021, p. 2), O Pacote Anticrime foi, após amplas discussões no legislativo brasileiro, positivado a partir da Lei nº 13.964/2019, em 21 de dezembro. Dentre várias previsões modificativas da estrutura penal e processual brasileira, muitas das quais expressam um claro caráter punitivista do legislador, como a partir da ampliação do limite máximo de cumprimento de pena de prisão de 30 anos a 40 anos, se inclui a criação da figura do juiz de garantias, no intento de, expressamente, adequar-se o processo penal brasileiro a um sistema acusatório penal. Devido ao grande impacto que terá a implementação do juiz de garantias na prática jurídica brasileira, assim como, dogmaticamente, na visão do que é e quais as finalidades do ordenamento jurídico penal nacional, faz-se necessária uma investigação que busque delimitar os pontos de maior conflito. Desta forma, a base da presente pesquisa é a hipótese de que o juiz de garantias servirá, concretamente, e não apenas na medida dos

ditames da própria legislação, como ferramenta para aumentar o conteúdo acusatório do processo penal brasileiro ou, superada a categoria “acusatório”, efetivar a imparcialidade do juiz responsável pela instrução e julgamento.

Diante disso, fica claro que o juiz de garantias é uma peça fundamental para a eficácia buscada pelo pacote anticrime, onde a figura do juiz das garantias serviria como um escudo dos direitos e garantias fundamentais e da estrita legalidade em face dos teores inquisitivos que ocorre na fase pré processual, logo, está além de apenas julgar o caso apenas com o que está elencado na legislação, mas garantir que em uma eventual processo penal, seja resguardado o poder da parte de influenciar na decisão do magistrado sem que esse possua pré conceitos formados pela atuação na fase pré processual. Portanto, o pacote anticrime além de buscar maior eficácia da aplicação da lei penal, busca também a garantia do sistema acusatório em especial a garantia da imparcialidade de um estado que por vezes viola esse preceito tão indispensável ao processo penal justo.

5 CONCLUSÃO

Após todo desenvolvimento da presente pesquisa, é possível inferir que a aplicabilidade do juiz das garantias não é só necessária para garantir a imparcialidade do juiz da instrução e julgamento, mas também, visa fazer com que o sistema acusatório seja de fato garantido, preservando além da imparcialidade do juiz, as garantias que são derivadas, pois um juiz parcial compromete toda estrutura de direitos e garantias necessárias para proteger-se de qualquer arbitrariedade do estado.

Ademais, o presente trabalho ao destrinchar como e onde o juiz das garantias atuaria, demonstra a necessidade em garantir os direitos do acusado na fase pré-processual, pois é no curso do inquérito que a autoridade judiciária começa a ter sua formação cognitiva e tal circunstância pode influenciar no curso de um eventual processo penal, ninguém esta imune a sofrer um processo penal, logo, a atuação do juiz das garantias, que não atuaria no processo, iria garantir a atuação livre do juiz da instrução e julgamento, sem vícios de cognição e sem interferências dos atos de investigação.

Portanto, fazer justiça é seguir as regras processuais e essas regras processuais devem seguir a constituição federal de 1988, na qual prevê no seu art.5º, LIII que ninguém será julgado senão por um juiz competente, e um juiz competente é aquele, acima de tudo, juiz

imparcial e para que esse seja imparcial deve-se se abster de qualquer ato na fase pré-processual, papel a ser desempenhado pelo necessário juiz das garantias.

6 REFERÊNCIAS

NUNES, Danilo Henrique; NETO, Afonso Gonçalves Dias; LEHFELD, Lucas Souza. **DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO INSTRUMENTO PARA ASSEGURAR A IMPARCIALIDADE**. Dom Helder Revista de Direito, v. 4, n. 8, 2021.

LOPES JR, Aury. **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. 16. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019. 1. Processo penal – Brasil I. Título. 18-1084. *E-book*.

PEREIRA, F. V. **JUIZ DAS GARANTIAS**: dissonância cognitiva e imparcialidade objetiva. Uma apreciação sobre os fundamentos para a reestruturação do processo penal brasileiro. Revista CEJ, 7 maio 2021.

SANTOS, Gabriel Moizes dos. **Juiz de garantias no processo penal brasileiro**. 2021.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 162.

LUCENA, Jefferson Djair Arruda de. **A imparcialidade do ministério público como autor da ação penal**. 2018.

CORTE, Matheus Henrique. **A APLICABILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA- ISSN 21-76-8498**, v. 16, n. 16, 2020.

COSTA, Juan Felipe Gomes; RUSSI, Leonardo Mariozi. **SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**.

LONGEN, Jéssica Luiza. **A Valoração Probatória do Inquérito Policial**. 2019.

GONÇALVES, Marcelo. **A aproximação do Inquérito Policial ao Sistema Acusatório**: uma proposta através do Juízo de Garantias. Revista da Faculdade de Direito da FMP, v. 14, n. 2, p. 17-29, 2019.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Revista Brasileira de Direitos Humanos, 2016.

DA SILVA, Larissa Marila Serrano. **A construção do juiz das garantias no brasil**: A superação da Tradição Inquisitória. 2012.

O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA EM PROCESSOS COLETIVOS

JOÃO RAFAEL MONTEIRO RODRIGUES:

pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp; servidor público exercendo o cargo de analista judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

RESUMO: Com a sociedade contemporânea, a antiga visão de interesses de cunho exclusivamente individual foi abrandada. Surgiram, então, os denominados direitos transindividuais, exigindo que o processo predominantemente individualista passasse por evoluções para se adaptar à nova realidade apresentada. Com isso, surgem as ações coletivas, com o objetivo de promover o acesso à justiça das coletividades. A partir disso, passasse-se a discutir formas de controle da adequada representação dos legitimados para propor tais ações. Duas se destacam: o controle *ope legis* e o controle *ope judicis*.

ABSTRACT: On the contemporary society, the archaic understanding of exclusive individual rights was softened. Emerged, then, transindividual rights, demanding that the predominantly individualistic process went through evolutions in order to adapt to this new reality. Thereby, class actions arise, in order to promote access to justice for groups of people. From that, forms to control the adequacy of representation are discussed. Two of them stand out: *ope legis* and *ope judicis* control.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DO CONTROLE DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO DIREITO BRASILEIRO. 1.1 DO CONTROLE OPE LEGIS. 1.2 DO CONTROLE OPE JUDICIS. 1.3 Dos principais argumentos contrários ao controle ope judicis. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o tema da representatividade adequada, introduzido de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015 especificamente quanto ao *amicus curiae* (art. 138), mas cuja aplicação se estende a legitimidade para tutela coletiva.

Analisar-se-á as formas de controle da representatividade adequada (*ope legis*, *ope judicis* e misto), apresentadas como garantia à escolha de legitimados que nutram capacidade de representar a coletividade perante o Poder Judiciário e, nesse sentido, viabilizem o efetivo acesso à justiça para a defesa de direitos transindividuais.

1. DO CONTROLE DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO DIREITO BRASILEIRO

Partindo da premissa de que no processo coletivo, a defesa dos titulares do direito discutido em juízo é promovida por substitutos processuais, surge a necessidade de se certificar que tal substituição seja feita adequadamente, isto é, sem prejudicar a parte em sentido material por meio de uma má atuação no processo.

Escancarando a importância do tema proposto nesta pesquisa, GIDI (2012, p. 07) aduz que a representação adequada não é só uma questão de direito processual civil, mas, acima de tudo, uma “questão de ordem constitucional: é uma questão de devido processo legal”.

No mesmo sentido, importa colacionar lição de SCARPARO (2012, p. 22):

O processo coletivo apenas se mostra útil e necessário diante do interesse em fomentar valores e princípios processuais como o acesso a justiça e a participação democrática pelo processo. Daí, apenas se poderia utilizar essas finalidades para promoção do processo coletivo – e não, por exemplo, de milhões de processos individuais – se a coletividade restasse verdadeiramente representada. Do contrário, o acesso à justiça seria teatral, possibilitando um processo formalizado, mas isento de ligações com as perspectivas sociais

De fato, consoante sublinha ROQUE (2016, p. 157), uma ação coletiva, por definição, envolve a tutela de interesses compartilhados por outras pessoas, que não atuam formalmente no processo. Em qualquer ação dessa natureza, a pretensão deduzida estará vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo de pessoas, não pertencendo o bem tutelado, com exclusividade, às partes formais do processo.

A expressão “representação adequada” foi trazida para o Brasil a partir da tradução literal do termo “*adequacy of representation*” do direito norte-americano. A doutrina nacional, porém, critica a utilização da referida expressão, ao apontar que existe diferença entre representação e substituição processual. Nesse sentido, esclarece MAZZILLI (2009, p. 64):

A legitimação extraordinária, por meio da substituição processual, é, pois, inconfundível com a representação. Na representação processual, alguém, em nome alheio, defende o interesse alheio (como é o caso do procurador ou mandatário); já na substituição

processual, alguém, que não é o procurador ou mandatário, comparece em nome próprio e requer em juízo a defesa de um direito que admite ser alheio.

Por isso, há autores que preferem a utilização de outras expressões, como, por exemplo “atuação adequada no curso do processo”, conforme sugerido por DONIZETTI e CERQUEIRA (2010, p. 163).

Entende-se, portanto, que a tutela coletiva no Brasil deve buscar formas de assegurar a participação do grupo titular do direito tutelado no processo coletivo, ou no mínimo, assegurar que estes sejam devidamente representados naqueles autos. Essa garantia se dá por meio do controle da representatividade adequada o qual pode ser exercido com fulcro nos dispositivos legais vigentes ou pelo próprio juiz, no caso concreto.

O controle da representação adequada pode ser realizado a partir de dois sistemas diversos com características específicas: *ope legis* e *ope judicis*. Nos tópicos a seguir ambos serão analisados com maiores detalhes.

1.1 DO CONTROLE OPE LEGIS

No sistema *ope legis* de controle da representação adequada, há, de acordo com NEVES (p. 2014, p. 171), uma presunção legal absoluta de quais sejam os representantes adequados, ao que deve se conformar o juiz no caso concreto. Em outras palavras, o legislador elege, de forma prévia, determinados entes como aptos e presumidamente adequados a demandar em prol dos interesses coletivos.

SCARPARO (2012, p. 09) expõe que neste sistema, há controle prévio pelo legislador o qual indicará os requisitos necessários a fim de legitimar determinado corpo intermediário a atuar em nome de uma coletividade.

O exame das normas que compõem o denominado subsistema coletivo aponta, conforme lição de DIDIER JR. e ZANETI JR. (2010, p. 205), para a utilização de três técnicas de legitimação a saber:

- 1) legitimação do particular (qualquer cidadão, por exemplo, na ação popular, Lei 4.717/65);
- 2) legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações, partidos políticos, por exemplo, mandado de segurança coletivo, art. 5º, LXX, da CF/88); ou,
- 3) legitimação de órgãos do Poder Público (MP, por exemplo, a ação civil pública, Lei 7.347/85).

Conforme destacado anteriormente, os entes escolhidos pelo legislador gozam de presunção absoluta de legitimidade. Essa circunstância impõe ao magistrado menor

margem de liberdade para apreciar a legitimidade, sendo que sua atuação será resumida a observar o cumprimento dos requisitos exigidos na própria lei (como, por exemplo, a análise do prazo mínimo de constituição das associações tratado no art. 5º, V, 'a' da Lei nº 7.347/85).

Os críticos a esse sistema de aferição da representação adequada afirmam que sem a possibilidade de análise das efetivas condições do autor da ação coletiva no caso concreto, permite-se a existência de processos coletivos propostos por autores despreparados, desmotivados, diretamente interessados em determinado resultado que pode não ser o melhor para todos, e por vezes até imbuídos de má-fé.

Esses defeitos não combatidos pelo sistema *ope legis*, adotado no Brasil, frustram os objetivos da tutela coletiva (acesso à justiça e economia processual), permitindo que o resultado do processo coletivo não represente o resultado possível se o autor tivesse outros atributos.

A doutrina majoritária já reconhecia a insuficiência do controle *ope legis*, quando o Supremo Tribunal Federal passou a exigir a pertinência temática, característica dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, para os processos coletivos.

1.2 DO CONTROLE OPE JUDICIS

Por sua vez, no controle *ope judicis* permite-se que o magistrado avalie, ante as especificidades do caso concreto, se o substituto processual tem as condições necessárias para cumprir a representação adequadamente. Os legitimados previstos em lei, assim, passam a gozar de mera presunção relativa de legitimidade. Com isso, assegura-se que os interessados não integrados nos polos do feito sejam efetivamente representados na demanda, tendo, portanto, participação delegada a efetivos representantes de seus interesses.

Conforme escólio de NEVES (2014, p. 171), o sistema *ope judicis*

exige do juiz uma análise objetiva no caso concreto para aferição da capacidade não só de representação dos sujeitos que compõem o grupo, mas também de sua efetiva capacidade de boa condução do processo, de seu preparo e disposição para encarar o processo coletivo.

De acordo com GIDI (2012, p. 07), através do requisito da adequação da representação, o direito americano atinge três resultados: a um só tempo, minimiza o risco

de colusão, incentiva uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura que se traga para o processo a visão e os reais interesses dos membros do grupo.

Na mesma esteira, GUERRA (2016, p. 313) expõe que no sistema de controle judicial:

Deverá o magistrado verificar, dentre outros fatores, se o representante goza de capacidade, credibilidade e condições econômicas para processar uma demanda coletiva; se não atua com má-fé ou em conluio com a parte contrária; se não se mostra desidioso, bem como se seus interesses reais não se apresentam conflitantes com os dos demais membros do grupo

No mesmo sentido, relevantes são os ensinamentos de DONIZETTI e CERQUEIRA (2010, p. 168):

E, para completar o raciocínio, pode-se afirmar que é no caso concreto que a adequada atuação deve ser analisada, daí porque o controle respectivo deve ser judicial, e não legal. Como saber de antemão se um cidadão, uma associação, um partido político ou, em algumas hipóteses, até mesmo o Ministério Público irão conduzir o processo coletivo, em todas as suas fases, com seriedade, rigor técnico-científico e correspondência aos interesses da massa? Caberá ao juiz aferir, caso a caso, e durante todo o curso do processo, se a atuação está sendo adequada ou não, sob pena de ausência de pressuposto de validade do processo.

Nota-se que nessa última citação os autores mencionem a desnecessidade do controle *ope legis*. Sem embargo, discorda-se desse posicionamento doutrinário. O sistema de controle prévio existe no Brasil e, em nossa opinião, deve ser mantido. No entanto, defende-se que sua aplicação isolada não é suficiente para efetivar a garantia da adequada representação.

Por meio do controle judicial, é possível criar meios de notificação dos representados (por meio de lideranças que representassem o grupo), para que estes repassassem ao juiz as informações necessárias para avaliar se o legitimado é adequado. Com isso, de acordo com GUERRA (2016, p. 314), viabiliza-se a formação de um grupo verdadeiramente coeso e consciente de sua posição, com definição clara das condutas imputadas e solução para um ajuste de conduta.

Conveniente registrar que há referência expressa ao controle da representatividade adequada nos projetos de Código de Processo Civil Coletivo elaborados por Antônio

Gidi¹²⁸, e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual¹²⁹ e, ainda, no projeto Ibero-Americano¹³⁰.

Por mais, vale o registro de que o instituto da adequada representação, de forma inédita, ganhou previsão expressa no texto do novo Código de Processo Civil ao lado da figura do *amicus curiae* (art. 138). Para GUERRA (2016, p. 315), isso demonstra a preocupação da norma com a legitimação das decisões judiciais, já que permite o diálogo com terceiros estranhos ao processo desde que capazes de defender, de modo eficiente, os interesses discutidos em juízo, seja da sociedade, seja de um grupo específico.

Apesar de grande parte da doutrina nacional defender a aplicação do controle *ope judicis* da representação adequada, há aqueles que suscitam questionamentos acerca de sua aplicação. No tópico abaixo, serão analisados os principais argumentos contrários ao controle pelo magistrado no caso concreto.

1.3 DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO CONTROLE *OPE JUDICIS*

A doutrina refratária ao acolhimento do controle *ope judicis* apresenta como primeiro argumento contrário a ausência de previsão legal que admita ao magistrado avaliar a adequação da representatividade do legitimado. Assim, como a lei não prevê o exercício deste poder, ao Poder Judiciário estaria vedado o controle da representação adequada.

128Art. 3º. A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se: I – houver questões comuns de fato ou de direito, a permitir o julgamento uniforme da lide coletiva; II – o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros; (Vide art. 18,I) III – a ação coletiva não for uma técnica manifestamente inferior a outras técnicas de tutela viáveis na prática. 3.1 Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores: 3.1.1 a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; 3.1.2 o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo; 3.1.3 a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; 3.1.4 a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; 3.1.5 o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.

129Art. 19. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

130Par. 3o – O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 4o do artigo 3o.

Sucedem que a necessidade de controle *ope judicis* decorre, conforme pontuado por DIDIER JR. e ZANETI JR. (2010, p. 212), da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva. Nesse sentido, GRINOVER (*apud* DONIZETTI e CERQUEIRA, 2010, p. 165) afirma que o controle da legitimação *ope judicis* pode ser tranquilamente adotado no Brasil, na ausência de norma impeditiva.

Ainda sobre o tema, conclui GIDI (2012, p. 09), que apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor seja substituído por outro, adequado.

Em seguida, GIDI (2012, p. 10) expõe que:

Acontece que o Código do Consumidor e Ação Civil Pública se inserem em um contexto maior, que é a Constituição brasileira e o devido processo legal. Portanto, em verdade, pouco importa que a lei infraconstitucional brasileira não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante.

Dessa forma, deve-se reconhecer que a ausência de previsão legal expressa é argumento insuficiente para impedir o exercício do controle da representação adequada ao magistrado.

Um segundo argumento utilizado para refutar o uso do controle pelo juiz reside no regime de coisa julgada própria do sistema coletivo. Nesse ponto, é necessário dispensar algumas linhas para aprofundar a crítica apresentada pela doutrina.

A partir da redação do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que o sistema processual coletivo apresenta regime de coisa julgada diverso do processo individual. De início, cumpre assentar que os casos de procedência do pedido não trazem grande relevância para o presente trabalho, isso porque não haverá qualquer prejuízo para os demais legitimados ou para os interessados. O deferimento do pedido aproveitará a todos, sem necessidade de maiores digressões sobre o tema.

De outro lado, a improcedência do pedido referente a direitos difusos e/ou coletivos *stricto sensu* ocasionará para os demais co-legitimados a impossibilidade de ajuizar nova ação coletiva, salvo no caso de falta de provas (coisa julgada *secundum eventum probationis*). Por sua vez, a ação coletiva que vise tutelar direitos individuais homogêneos não segue a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*. Dessa maneira, em qualquer hipótese de improcedência do pedido coletivo pleiteado, estarão os demais co-legitimados impedidos de ajuizar ações coletivas.

Apesar de tudo isso, o microsistema de processo coletivo implementado no Brasil jamais¹³¹ prejudicará as pretensões individuais – nem mesmo em caso de improcedência da ação coletiva por outro motivo que não a falta de provas. Por isso, fala-se em transporte *in utilibus* (em benefício) do particular, em conformidade com o inciso III e o parágrafo 1º, ambos do art. 103 do CDC.

Nota-se, então, que a coisa julgada coletiva só vincula o resultado do processo coletivo se beneficiar os particulares. Nessa linha, NEVES (2014, p. 172) aponta que parcela da doutrina conclui que uma eventual condução insuficiente do processo coletivo jamais seria capaz de afetar os indivíduos, que mesmo diante do insucesso do processo coletivo, poderiam obter tutela jurisdicional em ações individuais.

No entanto, essa conclusão não merece prosperar. Se os interessados não terão diretamente um prejuízo pelo indeferimento de uma ação coletiva conduzida por representante inadequado, é certo dizer que haverá prejuízo à coletividade e ao próprio ordenamento jurídico.

Isso pode ser comprovado a partir de quatro constatações: (i) a economia processual proporcionada e objetivada pelas ações coletivas acabará afetada pelo ajuizamento de inúmeras ações individuais para rediscutir tema já apreciado pelo Poder Judiciário; (ii) ainda assim, nem todos os interessados conseguirão acesso à justiça por meio de petições individuais, fato que pode gerar incongruências no sistema jurídico, na medida em que alguns agentes alcançarão o interesse desejado e outros, na mesma situação, não terão o mesmo sucesso; (iii) a maior eficácia da tutela coletiva em relação à individual será abalada e, finalmente; (iv) o processo individual é simplesmente incompatível com determinados direitos coletivos, a exemplo daqueles cuja tutela individual é fosse economicamente aconselhável (tal como ocorre em relação no ramo do Direito do Consumidor).

Os fatores acima elencados permitem-nos concluir com SCARPARO as consequências negativas de não se admitir o controle *ope judicis* (2012, p. 19-20):

Em outros termos, inadmitindo-se o controle *ope judis*, apesar de haver no processo coletivo a representação manifestamente inconsistente, negligente ou inapta da coletividade, o juiz nada poderá fazer senão cruzar os braços e aceitar tão precária

¹³¹Há, porém, uma ressalva decorrente do art. 94 do CDC. Aqueles que se habilitem como litisconsortes numa ação coletiva ficarão sujeitos aos efeitos da coisa julgada, de modo que não poderão propor nova ação no plano individual.

representação. Outrossim, a coletividade mal representada apenas poderá lamentar a oportunidade perdida de ser adequadamente ouvida no processo coletivo.

Em caso de reconhecimento da inadequação da representatividade, não deve o processo coletivo ser extinto, pois essa medida iria de encontro com o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo e o princípio da primazia da solução de mérito previsto no art. 4º do CPC-15. Aplicar-se-ia, portanto, o art. 5º, §3º, da Lei de Ação Civil Pública, que determina a notificação do Ministério Público ou de outro legitimado para assumir o polo ativo da lide.

CONCLUSÃO

Nessa linha, foi possível constatar que o controle da representação adequada nos processos coletivos é necessário para a garantia da máxima eficácia, princípio de destaque na tutela coletiva. A partir do efetivo controle dos legitimados para propor as ações coletivas, é possível permitir aos verdadeiros tutelados que seus direitos sejam efetivamente protegidos na medida em que os pleiteiam.

Os estudos realizados demonstraram a insuficiência do controle *ope legis* da representação adequada. De fato, a partir das informações coligidas, constatou-se que o controle realizado pelo magistrado, com fulcro nas circunstâncias fáticas postas no caso concreto, é mais eficiente do que o mero controle prévio.

Diante do exposto, percebeu-se que o controle *ope judicis* é decorrência direta do devido processo legal, figurando como imprescindível para a efetivação dos direitos de acesso à justiça e do contraditório, na modalidade substancial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*.**

Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 20 nov. 2009. Disponível em:

<<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/75-o-controle-judicial-da-atuacao-adequada-no-processo-coletivo-e-a-desneces>

[saria-extensao-da-coisa-julgada-secundum-eventum-litis](http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/75-o-controle-judicial-da-atuacao-adequada-no-processo-coletivo-e-a-desneces)>. Acesso em 05/04/2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 1.** 14ª. ed. Salvador: JusPodivim. 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 4. Processo Coletivo**. 5ª ed. Salvador: JusPodivim. 2014.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas. 2010.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta**. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016416>. Acesso em 02/04/2016.

GUERRA, Márcia Vitor de Magalhães. **Ação coletiva passiva: uma análise quanto à formação do grupo demandado**. *In*: ZANETTI JR. Hermes. **Processo Coletivo**. Salvador: Editora JusPodivim. 2016. cap. 12, p. 305-318.

JUZINKAS, Leonardo Gonçalves. **Poderes do juiz no processo coletivo: diálogos entre o CPC e o Projeto "Gidi"**. *In*: ZANETTI JR. Hermes. **Processo Coletivo**. Salvador: Editora JusPodivim. 2016. cap. 15, p. 363-398.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015**. *In*: ZANETTI JR. Hermes. **Processo Coletivo**. Salvador: Editora JusPodivim. 2016. cap. 6, p. 185-214.

_____. **A defesa interesses difusos em juízo**. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil. Volume único**. 5ª Ed. São Paulo: Método. 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva. 2014.

ROQUE, André Vasconcelos. **As ações coletivas após o Novo Código de Processo Civil: para onde vamos?** *In*: ZANETTI JR. Hermes. **Processo Coletivo**. Salvador: Editora JusPodivim. 2016. cap. 5, p. 157-184.

SCARPARO, Eduardo. **Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil**. *Revista de Processo*, v. 208, p. 125-146, 2012.

VIOLIN. Jordão. **O contraditório no processo coletivo: amicus curiae e princípio da cooperação.** *In:* ZANETTI JR. Hermes. **Processo Coletivo.** Salvador: Editora JusPodivm. 2016. cap. 10, p. 263-284.

ZANETTI JR., Hermes; GARCIA. Leonardo de Medeiros. **Direitos difusos e coletivos.** 3a. Ed. Salvador: JusPodivm. 2012.

ZAVASCKI. Teori Albino. **Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

CONFLITOS DE ENTENDIMENTO ENTRE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL CONSIDERANDO OS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MARÍLIA MATEUS MARQUES: Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC SP). Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestranda em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC SP). Advogada da área de Contencioso Cível do escritório VNP Advogados.

BRUNA LARISSA FEITOSA DE CARVALHO¹³²

(coautora)

Resumo: O presente artigo pretende analisar as posições jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, à luz do princípio da segurança jurídica e considerando os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, discute os efeitos das súmulas vinculantes e das decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, pela via difusa, através de recursos extraordinários com reconhecimento de repercussão geral, e pela via concentrada, através das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. Posteriormente, analisa as posições jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho, em face das seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: (i) Reclamação nº 6.275, que cassou parte da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho, (ii) Recurso Extraordinários nº 586.453, que determinou como competência da Justiça Comum aqueles processos que versem sobre complementação de aposentadoria e, por fim, (iii) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324, que tornou constitucional a possibilidade de terceirização de atividades-fim de uma empresa. Por fim, expõe as

¹³² Advogada. Bacharel em Direito na Universidade Tiradentes, pós-graduação *latu sensu* em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e mestranda em Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

discrepâncias entre a jurisprudência das duas cortes e trabalha com os efeitos de tais discrepâncias.

Palavras-chave: jurisprudência; Supremo Tribunal Federal; Tribunal Superior do Trabalho; conflitos de entendimento; segurança jurídica

Abstract: This article intends to analyze the jurisprudential positions of the Supreme Federal Court and the Superior Labor Court, in the light of the principle of legal certainty and considering the effects of the decisions issued by the Supreme Federal Court. Initially, it discusses the effects of binding overviews and decisions of the Supreme Federal Court, in the context of constitutionality control, through the diffuse way, through extraordinary resources with recognition of general repercussion, and through the concentrated way, through the direct actions of unconstitutionality, actions constitutionality declarations and allegations of non-compliance with a fundamental precept. Subsequently, it analyzes the jurisprudential positions of the Superior Labor Court, in view of the following decisions of the Supreme Federal Court: (i) Complaint No. 6,275, which overturned part of Precedent 228 of the Superior Labor Court, (ii) Extraordinary Appeal No. 586,453, which determined as a competence of the Common Justice those processes that deal with supplementing retirement and, finally, (iii) the Arguition of Noncompliance with Fundamental Precept nº 324, which made the possibility of outsourcing a company's core activities constitutional. Finally, it exposes the discrepancies between the jurisprudence of the two courts and works with the effects of such discrepancies.

Key-words: jurisprudence; Supreme Federal Court; Superior Labor Court; Conflicts of understanding; legal certainty

Sumário: 1. Introdução. 2. Das Decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista. 2.1. Das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade pela via repressiva concentrada. 2.3. Das decisões em julgamento com repercussão geral. 2.4. Das súmulas vinculantes. 3. Dos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho e do efeito prático das decisões do Supremo Tribunal Federal. 3.1. Da base de cálculo do adicional de insalubridade e da atual posição do Tribunal Superior do Trabalho. 3.2. Da questão da competência para processar e julgar os processos que tratam de complementação de aposentadoria. 3.3. Da chancela à constitucionalidade da terceirização das atividades-fim. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas

1. Introdução

Podemos afirmar que a segurança jurídica é princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro e garante estabilidade às relações jurídicas.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹³³, os princípios seriam "*mandamentos nucleares*", ou seja, os alicerces de um determinado sistema. Paulo de Barros Carvalho chega, inclusive, a classificar a segurança jurídica como sendo um "*sobreprincípio*"¹³⁴, ou seja, uma norma que advém da do conjunto de princípios jurídicos.

Até mesmo porque a proteção das decisões tomadas e dos direitos conquistados é essencial para a integralidade do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, para a manutenção do estado democrático de direito. Daí se extrai a importância da segurança jurídica para a ordem jurídica nacional.

O princípio da segurança jurídica impõe a adoção, pelo Poder Judiciário, de posições razoavelmente convergentes, ou, em outras palavras, que o Poder Judiciário decida casos idênticos de forma semelhante, de forma a garantir a expectativa dos tutelados e a integridade do sistema jurídico. No entanto, em uma análise da jurisprudência trabalhista nacional, constata-se que, por muitas vezes, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal estão em dissonância com o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho.

A jurisprudência juslaboral foi modificada ao longo dos anos, não apenas em razão de mudanças interpretativas da legislação existente ou da própria evolução da sociedade, mas também com o surgimento de novos regramentos na rotina trabalhista. Porém, o que se pode analisar foi que o Supremo Tribunal Federal, ao menos nas decisões que serão aqui exploradas, desconsiderou um histórico de julgados do Tribunal Superior do Trabalho.

De fato, é possível encontrar decisões da justiça do trabalho em evidente confronto com as decisões do Supremo Tribunal Federal. Tais decisões, aplicam o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, fruto de uma construção histórica, e deixam de considerar os efeitos jurídicos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, pretende-se uma análise comparativa das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, de forma a expor a situação crítica de insegurança jurídica causada pelos entendimentos contraditórios adotados pelas duas cortes: ou seja, analisaremos como a justiça do trabalho reagiu às decisões do Supremo

133 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 408.

134 CARVALHO, Paulo de Barros. O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação de normas tributárias. In (coord.), C.S.C. N. Segurança Jurídica - Irretroatividade das Decisões Judiciais Prejudiciais ao Contribuinte. Rio de Janeiro: Grupo GEN - Editora Forense, 2013. 978-85-309-4790-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4790-3/>. Acesso em: 18 Apr 2021.

Tribunal Federal, em especial àquelas decisões que se distanciaram o entendimento histórico consolidado do Tribunal Superior do Trabalho.

Se observada numa perspectiva histórica, a problemática torna-se ainda mais contundente: o Direito do Trabalho é fruto de lutas e conquistas de trabalhadores no Brasil e no mundo, que foram garantidas através de uma série de explorações, desde o período da escravidão, passando pela servidão, Revolução Industrial, surgindo no ordenamento jurídico brasileiro, em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT135, sendo um marco notável para os trabalhadores brasileiros na peleja por seus direitos fundamentais.

Cumprido mencionar que seria impossível, neste trabalho, trataremos de toda a jurisprudência trabalhista do Supremo Tribunal Federal, que é deveras extensa. Assim, em amostragem, selecionamos três temas relevantes no âmbito do direito do trabalho e analisaremos a posição do Tribunal Superior do Trabalho sobre tais questões.

Desta forma, espera-se demonstrar que a contradição entre os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho causa insegurança jurídica, em especial considerando os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Das Decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista

É certo que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício de suas competências constitucionais originárias e recursais, possuem efeitos distintos, conforme a espécie de decisão proferida. Assim, para corretamente compreendermos a influência e a obrigatoriedade das decisões do Supremo Tribunal Federal, se existente, e, conseqüentemente, entendermos se existe alguma violação à segurança jurídica no posicionamento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, é necessário que analisemos, ao menos de forma superficial, os efeitos das decisões proferidas pelo tribunal.

Claro que seria deveras interessante se pudéssemos analisar todas as espécies de decisões e manifestações do Supremo Tribunal Federal, de forma a sedimentarmos os seus efeitos. No entanto, para uma melhor delimitação, trataremos aqui somente dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade pela via repressiva concentrada, das decisões proferidas em regime de repercussão geral e das súmulas vinculantes. Durante esta análise, realizaremos o exame de algumas decisões relevantes do Supremo Tribunal Federal, em matéria trabalhista. Para a escolha de tais decisões, elegemos alguns casos nos quais a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a depender dos efeitos que o veredito tenha, acarrete uma necessária mudança de

135 Decreto-Lei nº 5.452/1943.

jurisprudência nos tribunais trabalhistas, incluindo-se, por óbvio, o Tribunal Superior do Trabalho.

2.1. Das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade pela via repressiva concentrada

Iniciemos pela análise dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade pela via repressiva concentrada, nas chamadas ações do controle de constitucionalidade, quais sejam nas ações diretas de inconstitucionalidade - ADIs -, nas ações declarações de constitucionalidade - ADCs - e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental - ADPFs.

As decisões proferidas em tais ações, como é de conhecimento geral, possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, em decorrência do §2º do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com relação às ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, e do §3º do artigo 10 da Lei 9.882/1999, com relação às arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Eficácia *erga omnes* refere-se ao alcance subjetivo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal: a decisão passa exercer sua autoridade sobre todos, independentemente de terem, ou não, participado do processo. Por outro lado, efeito vinculante refere-se à capacidade da decisão de obrigar os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública, a seguirem o comando judicial.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 - ADPF 324, é uma das decisões que possui, por excelência, efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 - ADPF 324, a ABAG - Associação Brasileira do Agronegócio questionava a constitucionalidade da interpretação adotada pela Justiça no Trabalho no sentido de que seria ilegal a terceirização da atividade-fim, entendimento que foi consagrado pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Na inicial, foi requerido que a ação fosse julgada procedente, para reconhecer, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a inconstitucionalidade da interpretação adotada pela Justiça do Trabalho e consagrada na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o pedido da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 - ADPF 324, julgou procedente a ação para declarar a

licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Ainda, no julgado, foi firmada a seguinte tese:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.
2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

Considerando que a decisão foi proferida em sede de controle de constitucionalidade, ela possui eficácia erga omnes e efeito vinculante, devendo, pois, ser observada pelos demais órgãos do Poder Judiciária, bem como pela Administração Pública.

Com relação à decisão em questão, é certo que ela ainda não transitou em julgado, dado que pendem julgamento embargos de declaração. No entanto, espera-se que, com o trânsito em julgado da decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 - ADPF 324, a Justiça do Trabalho passe a acolher, uniformemente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

2.2. Das decisões em julgamento com repercussão geral

Agora, analisemos as decisões proferidas no julgamento do recurso extraordinário. Inicialmente, é importante mencionar que, para o conhecimento do recurso extraordinário, é necessário que a peça recursal demonstre a chamada "*repercussão geral*". A repercussão geral foi concebida como uma forma de evitar que o Supremo Tribunal Federal tenha que decidir múltiplos casos idênticos sobre uma mesma questão, desafogando a corte.

O instituto da repercussão geral foi criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que deu ao embasamento no §3º do artigo 102 da Constituição Federal a sua atual redação, e regulamentado pelo regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, a Lei nº 11.418/2006 incluiu a repercussão geral como exigência, no *caput* do artigo 543-A do Código de Processo Civil de 1973, para o conhecimento de recursos extraordinários.

No atual Código de Processo Civil, a repercussão geral continua sendo requisito para o conhecimento dos recursos extraordinários, conforme se extrai do artigo 1.030, I, "a" e do artigo 1.035, *caput*, do referido código.

O §1º do artigo 543-A do Código de Processo Civil de 1973 estipulava que repercussão geral seria "*a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*"

e o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no §1º do artigo 332, acabou por replicar, *ipsis litteris*, esse conceito. Cumpre mencionar que o Código de Processo Civil atual não traz qualquer previsão específica do que seria entendido como repercussão geral. Assim, atualmente, vige a estipulação do §1º do artigo 332 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, mantido mesmo após a revogação do Código de Processo Civil de 1973.

Diante do próprio entendimento do que seria repercussão geral, contata-se que é praticamente impossível que um recurso extraordinário, cuja repercussão geral foi reconhecida, seja a única causa que trate daquela específica tese jurídica.

Assim, tanto no Código de Processo Civil de 1973, quanto no Código de Processo Civil atual, trazem previsão específica para a resolução conjunta de diversas demandas que versem sobre a mesma tese jurídica. No Código de Processo Civil atual, o procedimento seguirá o determinado nos artigos 1.036 e seguintes do código.

Nestes casos, em ambos os códigos, o Supremo Tribunal Federal seleciona um pequeno número de processos representativos de determinada tese jurídica. Os demais processos relativos à mesma tese são devolvidos ou mantidos nos tribunais de origem, onde devem ser sobrestados até o julgamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal.

Se o Supremo Tribunal Federal entende que inexistente repercussão geral no caso, nega-se seguimento a todos os recursos extraordinários sobre a referida matéria. No entanto, se o Supremo Tribunal Federal decide que existe a repercussão geral, ocorrerá o julgamento dos recursos paradigmas, selecionados pela corte.

Caso seja adotado pelo Supremo Tribunal Federal o procedimento previsto nos artigos 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, os recursos extraordinários com repercussão geral, julgados após 2015, possuirão os efeitos previstos no Código de Processo Civil para das decisões proferidas neste procedimento específico. Assim, bastaria entender, quanto ao atual efeito destas decisões, o posicionamento da legislação nacional para as decisões proferidas em sede de julgamento de recursos repetitivos.

No entanto, o Código de Processo Civil é silente quanto à atribuição, ou não, de efeito vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em recurso extraordinário repetitivo. Uma análise sistemática do Código de Processo Civil, parece levar ao entendimento de que decisão proferida em recursos repetitivos não possui efeito vinculante. Isso se dá porque, o artigo 1.041 do Código de Processo Civil admite que, havendo a manutenção do acórdão divergente pelo tribunal de origem, seria cabível

recurso extraordinário para apreciação da questão pelo próprio tribunal emissor da decisão em regime repetitivo, em nosso caso, o Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o Código de Processo Civil, no artigo 1.039, fala sobre a necessidade de aplicação da tese firmada para os "*recursos afetados*", que seriam aqueles recursos selecionados para a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal e aqueles que, na forma do inciso II do artigo 1.037 do Código de Processo Civil, foram suspensos, em todo o território nacional, por versarem sobre a mesma questão.

Contudo, a decisão proferida em julgamento de recurso repetitivo, mesmo que se considere a inexistência de efeito vinculante propriamente dito¹³⁶, vincula as decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, independentemente da existência de Súmula Vinculante. Isso se dá porque o artigo 927 do Código de Processo Civil, em seu inciso III, determina que, ao proferir suas decisões os juízes e os tribunais devem observar "os acórdãos [...] em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;". Porém, não existe qualquer menção às decisões da Administração Pública.

Assim, é evidente que a decisão proferida em sede de repetitivos, atualmente, vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, apesar de não possuir o efeito vinculante e, portanto, não ter a capacidade de vincular os órgãos da Administração Pública.

Com relação às decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, cumpre esclarecer que não se encontrava presente a determinação de que os julgamentos dos recursos repetitivos deveriam ser observados em outros casos, salvo aqueles efetivamente "*afetados*" pelo recurso paradigma, ou seja, os casos que foram efetivamente suspensos até a apreciação do recurso paradigma.

Parece, contudo, razoável admitir-se que, considerando a regra geral de aplicação das normas processuais no tempo, os julgados em repercussão geral, mesmo aqueles julgados sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, devem ser observados pelos julgadores, na forma do artigo 927, III do Código de Processo Civil.

Este é o caso, por exemplo, do recurso extraordinário nº 586.453, identificado como Tema 190 do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do repetitivo, o Supremo Tribunal Federal atribuiu competência à justiça comum para dirimir os conflitos que envolvam complementação de aposentadoria.

2.3. Das súmulas vinculantes

¹³⁶ Aqui entendido como a capacidade de vincular as decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário e dos órgãos da Administração Pública.

Por fim, tratemos dos efeitos das súmulas vinculantes. As súmulas vinculantes foram introduzidas no ordenamento jurídico nacional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, por meio da inclusão na Constituição Federal do artigo 103-A. O procedimento para a edição, revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes foi, posteriormente, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006.

Como se pode extrair do próprio nome do instituto, as súmulas vinculantes são dotadas de efeito vinculante. Tanto o é que a Constituição Federal, no §3º do artigo 103-A, determinou que caso a súmula seja contrariada ou indevidamente aplicada, seja por ato administrativo ou por decisão judicial, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, visando a anulação do ato administrativo ou a cassação da decisão judicial, para a correta aplicação do preceito sumular.

Neste ponto, nos parece interessante mencionar a Súmula Vinculante nº 4, que determina que “[s]alvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

Como Súmula Vinculante que é, o referido preceito sumular possui efeito vinculante, ou seja, possui a capacidade de obrigar que outros órgãos do Poder Judiciário e todos os órgãos do Poder Executivo adotem o entendimento sumulado, sob pena de anulação do ato administrativo ou cassação da decisão judicial.

3. Dos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho e do efeito prático das decisões do Supremo Tribunal Federal

Como se bem sabe, após a promulgação da Constituição Federal, os direitos fundamentais ganharam protagonismo; dentre eles, o direito ao trabalho, positivado no artigo 7º da Carta Magna. Anos depois, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a Justiça do Trabalho ganhou maior autonomia, ampliando sua competência, com a nova redação do artigo 114 da Constituição Federal.

Com tudo isso, houve o aumento da judicialização de demandas na Justiça do Trabalho, e o conseqüente crescimento de questões que envolvem a relação entre empregado e empregador (e entre trabalhador e patrão, pois é necessário lembrar que a justiça especializada é também competente para processar e julgar processos que não envolvam relações de emprego).

Entretanto, foi apenas recentemente, em 2015, com o advento do novo Código de Processo Civil, que os tribunais nacionais se viram obrigados por lei a uniformizarem sua

jurisprudência. No entanto, a confusão jurisprudencial existente é tanta que traz às partes e seus procuradores uma sensação de total vulnerabilidade, dado que se sentem dependentes de uma sensata interpretação da lei a ser realizadas pelos magistrados. CARREIRA (2016), neste sentido, afirma que o Poder Judiciário também é responsável pelo quadro de insegurança jurídica nacional e continua:

“Diante deste quadro ora apresentado, é possível concluir que no Brasil não existe uma cultura de respeito aos precedentes. É comum a existência da chamada “jurisprudência ziguezague”, o que acaba por comprometer a credibilidade do Poder Judiciário, que acaba se tornando um sistema de “loteria”⁵⁴, comprometendo assim o princípio da segurança jurídica e, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito”.

Por este ângulo, analisar-se-ão os seguintes julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal: (i) Reclamação nº 6.275, que cassou parte da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho, (ii) Recursos Extraordinários nº 583.050 e 586.453, que determinaram como competência da Justiça Comum aqueles processos que versem sobre complementação de aposentadoria e, por fim, (iii) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 - ADPF 324, que tornou constitucional a possibilidade de terceirização de atividades-fim de uma empresa.

3.1. Da base de cálculo do adicional de insalubridade e da atual posição do Tribunal Superior do Trabalho

O adicional de insalubridade, previsto no artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, é devido àqueles trabalhadores que estejam expostos a agentes que lhe prejudiquem ao longo do tempo. Como o próprio dispositivo prevê, o percentual ao qual o empregado terá direito será verificado através do grau de manifestação daquele agente insalubre, que, em regra, é determinado em perícia, podendo ser classificado como mínimo, médio e máximo.

Em um primeiro momento, seria questionável o porquê de haver um imbróglio sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, pois, se for utilizada a interpretação literal do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, conclui-se que o salário-mínimo vigente será o valor de referência para a conta.

Ocorre que a Consolidação das Leis do Trabalho é de 1943 e, portanto, à época de sua introdução ao ordenamento jurídico brasileiro, vigorava a Constituição de 1937. No entanto, mesmo depois de tantos anos, a redação do dispositivo nunca foi alterada. Pior: a Constituição Federal não recepcionou o Piso Nacional de Salários e o Salário-Mínimo de

Referência. Assim, o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho ainda faz menção ao “salário-mínimo por região”, que não existe mais.

O embaraço foi majorado quando o Supremo Tribunal Federal, em 2010, editou a Súmula Vinculante nº 4, que contém a seguinte redação: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

O Supremo Tribunal Federal, ao sumular este entendimento, trata de servidores públicos e celetistas de igual forma, quando, na verdade, são regidos por regramentos completamente diferentes. É o que MACHADO (2012) explica:

“A vedação de substituição da base de cálculo do adicional para os servidores públicos, submetidos ao regime jurídico estatutário-administrativo, e, portanto, de relação jurídica de direito público, encontra razão e fundamento na própria ordem constitucional, eis que sua remuneração, dentre as quais se insere o adicional de insalubridade, é fixada exclusivamente por Lei, § 1º do art. 39 da CR, aplicando-lhes, portanto, o princípio da estrita legalidade administrativa, art. 37 da CR.

Inclusive, justamente em razão do princípio da estrita legalidade que rege a administração pública, art. 37 e § 1º do art. 39 da CR, é que existe a expressa vedação constitucional ao Poder Judiciário de conceder reajustes/equiparações salariais aos servidores públicos com fundamento no princípio da isonomia, inciso XIII do art. 37 da CR, Súmula n. 339 do STF e OJ n. 297 da SBDI-I do TST e, ainda, a vedação de lhes conceder reajustes salariais e remuneratórios através de negociações coletivas sindicais, Súmula n. 679 do STF.

Todavia, o mesmo não ocorre com os empregados celetistas, submetidos à natureza jurídica contratual de seu vínculo, e, portanto, regidos pelas relações privadas do Direito do Trabalho, cujo ajuste remuneratório se faz tanto pela liberdade de mercado e individual das partes, art. 444 da CLT, quanto pelo princípio da isonomia e equiparação, inciso XXX do art. 7º da CR e art. 461 da CLT, como pela possibilidade de fixação por normas coletivas (incisos IV, V, VI e XXVI do art. 7º da CR).

Portanto, a Súmula Vinculante n. 04 do STF tratou indistintamente, ou melhor, isonomicamente, os servidores públicos e os empregados privados, cuja situação jurídica é distinta e dual, o que, por consequência, gerou uma antinomia⁴ jurídica entre categorias de trabalhadores lato sensu que não possuem isonomia entre si”.

Neste íterim, após a edição da Súmula Vinculante n° 4, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação de sua Súmula 228, consignando o entendimento de que o indexador para o cálculo do adicional de insalubridade seria o salário do trabalhador, caso não houvesse instrumento coletivo mais benéfico. Assim, segundo ROBINSON (2008), o Tribunal Superior do Trabalho “não reconheceu, a princípio, a efetividade da Súmula vinculante n° 04 do Supremo Tribunal Federal, em toda sua amplitude, continuando, num primeiro momento, a coexistir tal verbete com a Súmula 228, cuja redação era incompatível com a da Súmula Vinculante da Corte Maior”.

Desta forma, por muitos anos, o Tribunal Superior do Trabalho¹³⁷ negou vigência à Súmula Vinculante n° 4 do Supremo Tribunal Federal, apesar do preceito possuir efeito vinculante.

137 (*Omissis*) 2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA Nº 228 DO TST. SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF. CONTROVÉRSIAS. INAPLICABILIDADE DE PISO SALARIAL OU SALÁRIO NORMATIVO. Em face da controvérsia existente acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade, bem como diante da edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da Súmula Vinculante n° 4, o Pleno desta Corte Superior Trabalhista, na sessão realizada em 26/06/08, aprovou a nova redação da Súmula n° 228, segundo a qual, a partir de 9/5/2008, data da publicação da Súmula Vinculante supramencionada, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo. Na oportunidade, o Pleno cancelou, ainda, a Súmula n° 17 e a OJ n° 2 da SBDI-1 desta Corte. Contudo, no dia 15/7/2008, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal concedeu liminar nos autos da Reclamação n° 6.266/DF, ajuizada pela CNI, suspendendo a aplicação da nova redação da Súmula n° 228, na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade. Em decisões recentes, proferidas monocraticamente, a Corte Suprema também concluiu ser inaplicável a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário profissional ou o piso normativo, consoante diversas liminares concedidas entre as quais se destaca a do Ministro Relator Carlos Ayres Brito, na Rcl 7802/MC/PR, publicada em 11/03/2009, no qual, de forma concisa, ele assere que -...à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula n° 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n° 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.'. Em palavras outras, as convenções coletivas de trabalho, ao estabelecer o piso salarial da categoria, devem explicitar que este será utilizado para o cálculo do adicional de insalubridade. Requisito que não consta de decisão reclamada. Pelo que defiro a liminar, o que faço tão-somente para determinar a suspensão do acórdão reclamado, na parte que diz respeito ao adicional de insalubridade fixado com base no piso salarial da categoria profissional-. Diante dessas premissas, é incabível a adoção da remuneração ou do salário contratual para a base de cálculo do adicional de insalubridade, como também não cabe a utilização de piso salarial, salário normativo ou qualquer salário estipulado por norma coletiva da categoria profissional salvo expressa previsão em norma coletiva estipulando que o piso fixado será considerado base

Afinal, a Súmula 228, alterada em 2008 graças a edição da Súmula Vinculante nº 4, continuou vigendo normalmente. Sendo assim, o cenário de total insegurança jurídica foi instalado. Hoje, o Tribunal Superior do Trabalho¹³⁸ vê-se obrigado a utilizar o salário-mínimo como base de cálculo para o pagamento de adicional de insalubridade em razão da inércia do Poder Legislativo, que ainda não sanou a inconstitucionalidade afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Afinal, no julgamento em que surgiu a Súmula Vinculante nº 4139, decidiu-se que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário-mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva. Portanto, verifica-se, na verdade, que o Supremo Tribunal Federal criou uma verdadeira celeuma na doutrina e na jurisprudência, ao considerar, primeiro, o salário-mínimo como inconstitucional, para após fixá-lo, enquanto não resolvida a questão.

Para completar, em 2018, foi cassado o trecho final da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho, na Reclamação 6.275, com base justamente na Súmula Vinculante nº 4. Mais uma vez: restou determinado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, de todo modo, que o salário-mínimo fosse utilizado como base de cálculo até que a inconstitucionalidade por ele determinada seja reparada. E o Tribunal Superior do Trabalho, na tentativa de sanar a inconstitucionalidade apontada, teve a Súmula cassada pelo

de cálculo do adicional e, reconhecida a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou empregado, considerando que a Súmula Vinculante nº 4 do STF não elegeu o parâmetro a ser utilizado como base de cálculo, tem-se pela permanência da utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1128403120065030099 112840-31.2006.5.03.0099, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 05/08/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: 07/08/2009).

138 (*Omissis*) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - MANUTENÇÃO DO SALÁRIO-MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO ATÉ A EDIÇÃO DE NOVA LEI EM SENTIDO CONTRÁRIO OU CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÃO COLETIVA. A Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal estabelece que, conforme o disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal, é descabida a utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Apesar de se reconhecer a inconstitucionalidade da utilização do salário-mínimo como indexador da base de cálculo do referido adicional, foi vedada a substituição desse parâmetro por decisão judicial. Assim, o adicional de insalubridade deve permanecer sendo calculado com base no salário-mínimo enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ordinária ou norma coletiva específica. Recurso de revista não conhecido. (...) (TST - RR: 6663620115030089, Relator: Desembargador Convocado Francisco Rossal de Araújo, Data de Julgamento: 23/10/2018, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018).

139 RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo nº 510/STF.

Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade. Vê-se, portanto, um cenário de total incerteza neste tema.

3.2. Da questão da competência para processar e julgar os processos que tratam de complementação de aposentadoria

Para MADUREIRA et al. (2016), “a Previdência Privada tem como objetivo complementar a ação da previdência oficial, considerando o fato de não ser possível ao sistema oficial de previdência garantir a proteção da qualidade de vida durante a aposentadoria dos trabalhadores”. Assim, é imprescindível que se diga que a “complementação de aposentadoria” que se trata neste artigo e no Recurso Extraordinário nº 586.453 é aquela aposentadoria derivada de previdências privadas complementar.

Na prática, é comportamento comum que as empresas fornecem aos seus funcionários planos de previdência privada, para que eles possam, no futuro, usufruir destes planos, durante a aposentadoria, de modo a complementar a renda. Esses planos de previdência privada, nesse sentido, configuram-se como uma benesse do empregador aos seus empregados.

Logo, não haveria espaço para questionamentos: seria competência da Justiça do Trabalho processar e julgar demandas que versassem sobre algum problema nestas complementações. Afinal, neste caso, o indivíduo somente tem direito à complementação em razão do contrato de trabalho, pois o empregador ofereceu esta regalia por força do instrumento firmado entre os dois. Portanto, por força do próprio artigo 114 da Constituição Federal, seria competência da Justiça do Trabalho processar e julgar estes casos.

Desta forma julgou o Tribunal Superior do Trabalho¹⁴⁰, por muitos anos. SCHIAVI (2020) também ressalta:

Até o final de 2012, a jurisprudência, salvo alguns pronunciamentos em sentido contrário, já estava sedimentada no sentido da competência material da Justiça do Trabalho para os pedidos de complementação de aposentadoria, basicamente, pelos seguintes argumentos: a) trata de direito que se origina da relação de emprego; b) o benefício é custeado com parte do salário do empregado; c) se

140 AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. Esta Corte, por meio da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, tem reiteradamente decidido que a Justiça do Trabalho é competente para julgar ação cujo objeto seja controvérsia envolvendo entidade previdenciária que possua vínculo com a empregadora. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST - AIRR: 24411920045040020, Relator: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 16/06/2010, 7ª Turma, Data de Publicação: 28/06/2010).

trata, indiscutivelmente, de controvérsia decorrente de relação de trabalho, restando aplicável à hipótese os incisos I e IX do art. 114, da Constituição Federal.

Houve, então, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 586.453, pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou que a competência para apreciar causas relacionadas à previdência privada seria da Justiça Comum.

Cumpra mencionar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal ignorou completamente robusta e sólida jurisprudência da Justiça do Trabalho e, como muitos ressaltam, teria desrespeitado o Princípio da Primazia da Realidade, um dos princípios basilares do Direito do Trabalho.

Em sua análise crítica sobre do entendimento do Supremo Tribunal Federal, DE SOUZA NETTO et al. (2014) ressalta:

Observando o conteúdo do julgamento, evidencia-se que não houve propriamente uma definição da matéria, mas sim uma redefinição abstrata, abandonando-se a jurisprudência anterior de decisão “caso a caso” - em que se perquiria a origem da complementação da aposentadoria - para adotar-se uma definição de um critério único de para os casos futuros: a competência da Justiça Comum.

[...]

No caso da Justiça Comum, é noção elementar de Direito que a sua competência é definida por exclusão, ou seja, somente se verifica se o caso não se encaixa em nenhuma das Justiças Especializadas assim pré-definidas na legislação.

Na espécie, observa-se que a competência foi estabelecida por este critério, ou seja, pela rejeição do vínculo do benefício previdenciário com o contrato de trabalho, afastando-se a competência da Justiça Especializada do Trabalho. O fundamento utilizado foi a autonomia do contrato previdenciário em relação ao contrato de trabalho, deduzida a partir do art. 202, §2º da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20 de 1998.

Evidentemente, o Tribunal Superior do Trabalho teve que se render à decisão do Supremo Tribunal Federal, que decidiu modular os efeitos da decisão, permanecendo na

Justiça do Trabalho somente aqueles processos que já estivessem tramitando antes do julgamento no Supremo Tribunal Federal¹⁴¹.

Contudo, mesmo com a modulação realizada, em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal, foi consolidado um grave quadro de insegurança. Isso se dá porque a decisão do Supremo Tribunal Federal não levou em consideração as suas consequências práticas e levou a um elevado grau de incerteza, com a transferência para a Justiça Comum de casos relacionados a relação de trabalho existente.

3.3. Da chancela à constitucionalidade da terceirização das atividades-fim

Historicamente, as empresas somente tinham arcabouço jurídico para terceirizarem suas atividades através da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho¹⁴², tendo em

141 *(Omissis)* 2. DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA COMUM. PRECEDENTES. ÓBICES DO ART. 896, § 7º, DA CLT E SÚMULA Nº 333 DO C. TST. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS ARTS. 5º, XXXV, XXXVI E LV, E 114, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 265, IV, 467, 470 E 474 DO CPC. Aos 20/02/2013, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em sede de repercussão geral, concluiu, por maioria de votos, que cabe à Justiça Comum julgar processos decorrentes de contrato de previdência complementar privada, ainda que oriundo da relação de emprego. Os efeitos da decisão, por questões de segurança jurídica, foram modulados, restando consagrado o entendimento de que permanecerão na Justiça do Trabalho todos os processos em que já foram proferidas sentenças de mérito até 20/02/2013, data do julgamento do propalado recurso extraordinário. No caso concreto, constata-se que ainda não havia sido proferida sentença de mérito até a data de 20/02/2013, quando proferida, pelo E. STF, a decisão ora em exame. Assim, exsurge a competência da Justiça Comum para processar e julgar o presente feito, consoante o entendimento consagrado pela Excelsa Corte. Precedentes. Não há falar em afronta aos artigos 5º, XXXV, XXXVI e LV, e 114, IX, da Constituição Federal e 265, IV, 467, 470 e 474 do CPC. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (TST - AIRR: 13583020115040017, Relator: Jane Granzoto Torres Da Silva, Data de Julgamento: 11/02/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: 20/02/2015).

142 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da

vista a lacuna jurídica que havia até então, ou seja, permaneceu por muitos anos o legislador inerte sobre esta temática.

DELGADO (2019) traz em sua obra um resumo de como a Justiça do Trabalho, especialmente o Tribunal Superior do Trabalho, tentou a todo momento procurar adequar o trabalho terceirizado a um regramento específico:

A jurisprudência trabalhista digladiou-se desde os anos 1970 em torno do tema da terceirização (embora esse epíteto, como visto, tenha se consagrado apenas posteriormente na tradição jurídica do país). (...)

[...]

Nos anos 1980, antes na nova Constituição, o TST fixou súmula jurisprudencial a respeito do tema, incorporando orientação fortemente limitativa das hipóteses de contratação de trabalhadores por empresa interposta. Era a Súmula n. 256:

“Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

A súmula trazia alguns tópicos orientativos de grande relevância. Nessa linha, fixava como claramente excetivas na ordem jurídica as hipóteses de contratação terceirizada no trabalho. A regra geral de contratação mantinha-se, em tal contexto, com o padrão empregatício constante da CLT. (...)

[...]

Todas essas circunstâncias – e a controvérsia judicial que cercou a aplicação do referido verbete sumular – conduziram, anos após, em

Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

fins de 1993, à revisão da Súmula n. 256, editando o TST, em substituição, a Súmula n. 331.

[...]

As limitações expostas à terceirização pela linha interpretativa da Súmula n. 331 do TST evidenciam a compreensão do plenário da Corte Superior Trabalhista acerca da inviabilidade constitucional da terceirização sem peias, irrestrita, irrefreada, descontrolada, tudo em conformidade com a matriz humanística e social que demarca a estrutura lógica e principiológica da Constituição da República.

Neste sentido, até o emprenho do Poder Legislativo, bem como antes do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 - ADPF 324, o Tribunal Superior do Trabalho¹⁴³ julgou diversos casos neste teor, nos ditames do inciso I da Súmula 331 que editou. Inclusive, vale mencionar o porquê de o Tribunal Superior do Trabalho, após discussões em suas Turmas ao longo dos anos, editou o regramento mencionado desta forma. DELGADO et al. (2014) explica:

Nesse espaço da atividade-fim, a Constituição reserva à empresa a função social de promover emprego direto com o trabalhador, com máxima proteção social, tendo em conta a dupla qualidade protetiva do regime de emprego: uma proteção temporal, que remete à pretensão de máxima continuidade do vínculo de trabalho, e uma proteção espacial, de garantia de integração do trabalhador à empresa.

[...]

Nesse sentido, quando a Súmula nº 331 do TST, interpretando a ordem jurídica, reputa inválido o contrato de terceirização em

143 VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. 1 . A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n.º 6.019, de 03.01.1974) (Súmula n.º 331, I, desta Corte superior). 2 . A colenda SBDI-I deste Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plena, consagrou entendimento no sentido de que o serviço prestado na área de call center se insere na atividade-fim das empresas concessionárias de serviços de telecomunicações (E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016, redator designado para o acórdão o Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta, julgado em 08/11/2012, DEJT de 26/03/2013) . 3 . Nesse contexto, merece ser mantida a decisão proferida pela Corte de origem quanto ao reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora dos serviços, em face da caracterização da terceirização ilícita. 4 . Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST 1179411820075030098, Relator: Lelio Bentes Correa, Data de Julgamento: 03/09/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: 05/09/2014)

atividade-fim e reconhece a relação de emprego direta entre o trabalhador e o empreendedor beneficiário final de sua mão de obra (item I), ao mesmo tempo em que protege o regime de emprego direto na atividade-fim, também afirma o princípio constitucional da função social da empresa como um corolário da função social da propriedade privada.

[...]

A terceirização em atividade finalística, pelo contrário, ao colocar o lucro acima do valor constitucional da proteção ao trabalho, reduz a livre-iniciativa a expressão pura do interesse individual do empreendedor, submetendo o trabalho à sua exploração predatória, numa lógica desproporcional com qualquer noção de Estado Democrático de Direito e seus princípios constitucionais constitutivos. Na verdade, uma lógica que, por sua exacerbação e desequilíbrio, conspira contra a própria preservação do sistema capitalista.

Ao proibir a terceirização das atividades-fim, o Tribunal Superior do Trabalho, mais uma vez, resguardou princípios essenciais ao Direito do Trabalho, como o princípio da proteção ao trabalhador, o princípio da norma mais favorável, o princípio da condição mais benéfica, e, por óbvio, seguiu também os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Diga-se de passagem, é possível afirmar, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 - ADPF 324, satisfez a necessidade do legislador e ratificou o que ele havia acabado de fazer. Afinal, pouco tempo antes da sessão que culminou no entendimento pela constitucionalidade da terceirização das atividades-fim, foi sancionada a Lei 13.429/17, que alterou dispositivos da Lei 6.019/74, tornando-se possível a contratação de trabalhadores por empresas interpostas.

Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal desconsiderou farta jurisprudência dominante da justiça do trabalho. De fato, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 - ADPF 324 foi amplamente criticada. ASSIS (2018) assevera neste sentido:

Todavia, na atualidade, em ambas as formas de terceirização, é possível verificar situação de precarização dos direitos dos

trabalhadores. Essa circunstância, como se verá a seguir, respalda o entendimento de que a legislação ordinária que permite sua adoção de forma indiscriminada afronta diretamente os termos da Constituição da República.

[...]

Observados os termos dos artigos 5º, inciso XXIII, 7º, 170, inciso III, e 186 da Constituição da República e as consequências que a terceirização determina, faz-se possível, portanto, a consideração de que autorização legal para a terceirização da atividade-fim não tem respaldo constitucional.

[...]

Do exame das ponderações lançadas na doutrina, em atenção aos termos da Constituição da República e da legislação infraconstitucional, é possível a consideração de que, embora a terceirização da atividade-fim seja uma nova realidade em diploma legal ordinário, não está constitucionalmente respaldada.

Tal circunstância possibilita que o Poder Judiciário, quando instado a resolver conflitos decorrentes dessa nova modalidade de contratação, venha a obstar a ocorrência das nefastas e diversas consequências que esse fenômeno pretende acarretar.

Não se pode dizer que a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 - ADPF 324 está totalmente em acordo com o artigo 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942, com as inclusões realizadas pela Lei nº 13.655/2018. Isso se dá porque o artigo 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942 prevê que o Poder Judiciário deve considerar as consequências de suas decisões, quando realize a aplicação de valores jurídicos abstratos.

O objeto deste artigo legal é, justamente, que os tribunais nacionais dialoguem entre si, de forma a garantir a segurança das relações jurídicas e resguardar a expectativa dos tutelados. No entanto, as decisões do Supremo Tribunal Federal ignoraram o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, não que aquele tribunal não pudesse fazê-lo: é autorizado pelo ordenamento os Tribunais tenham entendimentos divergentes e, cabe ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição Federal, garantir que a lei maior seja cumprida por todos os tribunais nacionais.

No entanto, não pode o Supremo Tribunal Federal ignorar as consequências práticas de suas decisões, sob pena gerar, com sua decisão, maior insegurança jurídica do que a inconstitucionalidade que visa coibir.

Cumpra mencionar que, mesmo diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, a Súmula 331 permanece em vigência, muito embora o Tribunal Superior do Trabalho tenha mudado seu entendimento em razão decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁴.

No entanto, ainda é possível encontrar na jurisprudência decisões que, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal, decidam pela impossibilidade da terceirização das atividades-fim¹⁴⁵.

4. Conclusão

Como mencionado, a segurança jurídica exige o respeito à harmonia e à unidade do sistema jurídico, resguardando as expectativas dos tutelados.

O Supremo Tribunal Federal tem o dever constitucional de guardar a Constituição Federal, averiguando a constitucionalidade das normas infraconstitucionais. No entanto, as decisões analisadas, que foram proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na esfera trabalhista, estão em contrariedade com a jurisprudência construída, ao longo dos anos, pelo Tribunal Superior do Trabalho. Essa situação, leva a uma resistência da justiça do

144 AGRAVO INTERNO. RECURSO DE REVISTA. DECISÃO MONOCRÁTICA. LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. VÍNCULO DE EMPREGO. ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM. DECISÃO PROFERIDA PELO STF. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 725. A decisão monocrática proferida nestes autos merece ser mantida. O Supremo Tribunal Federal entendeu pela licitude da terceirização, independente de se tratar de atividade-meio ou de atividade-fim da tomadora de serviço. O entendimento decorreu do julgamento, com repercussão geral reconhecida, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e do Recurso Extraordinário (RE) nº 958.252. A certidão de julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252, em sede de repercussão geral, foi publicada no DJe de 10/9/2018, tornando pública a tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da licitude da terceirização e, portanto, aplicável aos processos em curso e pendentes de julgamento. Acrescenta-se que no referido julgamento não foi fixada nenhuma modulação quanto à aplicação da referida tese aos processos em curso, restando fixado o entendimento de sua inaplicabilidade apenas aos processos em que tenha havido coisa julgada. Agravo interno a que se nega provimento. (TST - Ag-ED-RR: 237020125050030, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 21/08/2019, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/08/2019).

145 TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE FIM. Demonstrado que a terceirização dos trabalhos realizadas pelas contratantes está inserida na atividade fim da tomadora, e sendo incontroverso que se beneficiou da mão-de-obra do trabalhador postulante, resta evidenciada fraude à legislação trabalhista. (TRT-4 - ROT: 00206751220175040661, Relator: Clovis Fernando Schuch Santos, Data de Julgamento: 10/02/2021, 2ª Turma).

trabalho, na aplicação das decisões do Supremo Tribunal Federal, independentemente da existência de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* da decisão proferida.

O artigo 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942, com as inclusões realizadas pela Lei nº 13.655/2018, exige que o Poder Judiciário considere as consequências práticas de suas decisões, quando decidindo com base em valores jurídicos abstratos. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, desconsiderou as decisões da justiça do trabalho, ignorando as consequências das decisões por ele proferidas.

Consequência da total ignorância sobre as posições históricas do Tribunal Superior do Trabalho é os juízes trabalhistas deixarem de aplicar as decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando elas possuam efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Vemos, aqui, um desligamento entre a teoria, que determina os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, e a prática, na qual alguns juízes optam por desconsiderar as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, ao deixar de considerar os efeitos práticos de suas decisões, o Supremo Tribunal Federal retira, de certa forma, credibilidade de suas próprias decisões e, conseqüentemente, a eficácia outorgada por lei às suas decisões resta, na prática prejudicada, em maior ou menor grau, a depender do caso prático.

De fato, se o órgão máximo do Poder Judiciário deixa de considerar, totalmente, as jurisprudências de outros tribunais, ainda que inferiores a eles, resta fatalmente comprometida a expectativa do legislador infraconstitucional que, ao editar o Código de Processo Civil, impôs a uniformização das decisões judiciais. Mais: é certo que a superveniência de interpretação distinta do Supremo Tribunal Federal, não induz nem autoriza a apresentação de ação rescisória, conforme a induzem os incisos do artigo 966 do Código de Processo Civil. Isso significa dizer que, advindo uma interpretação distinta pelo Supremo Tribunal Federal, resta mantida a decisão contrária proferida, desde que abrangida pelo instituto da coisa julgada. Ou seja, por mais que tal manutenção também outorgue segurança às partes do processo transitado em julgado, os tutelados são frustrados em suas expectativas e passar a existir no sistema jurídico duas decisões judiciais confrontantes, o que é impróprio e inadequado.

Assim, é evidente a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal considere as consequências práticas de suas decisões, cumprindo o determinado no art. 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942, com as inclusões realizadas pela Lei nº 13.655/2018, e considere a jurisprudência juslaboral, de forma que a justiça do trabalho se mostre mais adepta à obediência das decisões proferidas pelo tribunal.

A mudança de postura do Supremo Tribunal Federal é urgente, para garantir que a eficácia legal e constitucionalmente conferida a suas decisões tenha aplicabilidade no plano fenomenológico, com a obediência, por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário. Caso contrário, será cada vez mais desnecessária a interferência Supremo Tribunal Federal na rotina das decisões da Justiça do Trabalho, reduzindo o papel do tribunal constitucional.

15 Referências Bibliográficas

ASSIS, Rubiane Solange Gassen. **Terceirização da atividade-fim: uma nova realidade**. Terceirização da atividade-fim: uma nova realidade, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 408.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 9788553611959. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/>. Acesso em: 19 April 2021

BETTI, E. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2009

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 1 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Emenda à Constituição nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta

os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Revogado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm. Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em 1 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm. Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006**. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4620584>. Acesso em 01 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno [recurso eletrônico]**. Atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisa e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 4**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1195>. Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 6275**. Processo nº 0003867-34.2008.1.00.0000 - <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2630067> e <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314119851&ext=.pdf>. Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 228**. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 201 250.html#SUM-228](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas%20com%20indice/Sumulas%20Ind%20201%20250.html#SUM-228). Acesso em 1 de maio de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 301 350.html](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas%20com%20indice/Sumulas%20Ind%20301%20350.html). Acesso em 1 de maio de 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. **O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação de normas tributárias**. In (coord.), C.S.C. N. Segurança Jurídica - Irretroatividade das Decisões Judiciais Prejudiciais ao Contribuinte. Rio de Janeiro: Grupo GEN - Editora Forense, 2013. 978-85-309-4790-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4790-3/>. Acesso em: 18 Apr 2021.

DE SOUZA NETTO, José Laurindo; CARDOSO, Cassiana Rufato. **O RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR AS AÇÕES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA: UMA "VITÓRIA DE PIRRO"?**, 2014.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, n. 3, p. 75-89, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores – Mauricio Godinho Delgado, - 18. ed. – São Paulo : LTr, 2019.

SEIJI, Sérgio Shimura; ANSELMO, Prieto Alvarez; FINOTTI SILVA, Nelson. Curso de Direito Processual Civil, 3ª edição. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2013. 978-85-309-4841-2. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4841-2/>. Acesso em: 19 Apr 2021

STRECK, Lenio Luiz **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 6. ed. Grupo GEN, 08/2019. 9788530987497. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 19 Apr 2021

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. III**. Rio de Janeiro: Grupo GEN – Editora Forense, 2019. 9788530988838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988838/>. Acesso em: 19 Apr 2021

CARREIRA, Guilherme Sarri. **As causas da insegurança jurídica no Brasil**. Revista Pensamento Jurídico, v. 9, n. 1, 2016.

MACHADO, Marcel Lopes. " **O adicional de insalubridade e a Súmula vinculante n. 04 do STF**": interpretação e integração do ordenamento jurídico: incompatibilidades e incoerências jurídicas. " O adicional de insalubridade e a Súmula vinculante n. 04 do STF": interpretação e integração do ordenamento jurídico: incompatibilidades e incoerências jurídicas, 2012.

MADUREIRA, Gustavo Lopes Rangel; MÉXAS, Mirian Picinini; DRUMOND, Geisa Meirelles. **Análise da Adesão à Previdência Privada como complemento à aposentadoria do trabalhador brasileiro**. Sustainable Business International Journal, n. 65, 2016.

PETERMANN, Daniela. **Uma Proposta de Alteração da Base de Cálculo do Adicional de Insalubridade: análise sob a perspectiva da política jurídica**. Uma proposta de alteração

da base de cálculo do adicional de insalubridade: análise sob a perspectiva da política jurídica, 2005.

ROBINSON, Carlos Alberto. **A efetividade da Súmula vinculante n. 4 do STF e suas repercussões na esfera trabalhista.** A efetividade da Súmula vinculante n. 4 do STF e suas repercussões na esfera trabalhista, 2008.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho:** de acordo com a Reforma Trabalhista – Lei 13.467/2017, IN n. 41/2018 do TST e a Lei da Liberdade Econômica – Lei n. 13.874/2019 / Mauro Schiavi. – 16. ed. – São Paulo : LTr, 2020.

FEMINICÍDIOS EM TEMPOS PANDÊMICOS

BEATRIZ MARIANA BRANCO:

Graduanda em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis/SP.¹⁴⁶

ALEXANDRE YURI KIATAQUI

(orientador)

RESUMO: Em todo o mundo, mesmo antes do início da pandemia de COVID-19, uma em cada três mulheres sofreu violência física ou sexual, principalmente de um parceiro íntimo. O assédio sexual e outras formas de violência contra as mulheres continuam a ocorrer nas ruas, em locais públicos e online. À medida que os bloqueios ajudam a limitar a propagação do vírus, mulheres e meninas que sofrem violência doméstica estão cada vez mais isoladas das pessoas e dos recursos que podem ajudá-las. As vítimas têm informações e consciência limitadas sobre os serviços disponíveis, e o acesso aos serviços de apoio é limitado. Em alguns países, recursos e esforços foram desviados da resposta à violência contra as mulheres para o alívio imediato contra o COVID-19. Políticas sociais devem ser adotadas para controlar a propagação do vírus, ao mesmo tempo em que deve comprometer a detecção precoce e a proteção das mulheres que sofrem com o comportamento abusivo do parceiro. Incluindo o acesso a serviços de apoio e cuidados de saúde, que devem estar preparados para dar uma resposta adequada ao contexto familiar, sendo de responsabilidade do governo.

Palavras-chave: Femicídio, Pandemia, Violência doméstica.

Worldwide, even before the start of the COVID-19 pandemic, one in three women experienced physical or sexual violence, particularly from an intimate partner. Sexual harassment and other forms of violence against women continue to occur on the streets, in public places and online. As lockdowns help limit the spread of the virus, women and girls experiencing domestic violence are increasingly isolated from the people and resources that can help them. Victims have limited information and awareness of available services, and access to support services is limited. In some countries, resources and efforts have been diverted from responding to violence against women to immediate relief from COVID-19. Social policies must be adopted to control the spread of the virus, while compromising the early detection and protection of women who suffer from abusive partner behavior. Including access to support services and health care, which must be

¹⁴⁶ Graduanda em Ciências Sociais e Jurídicas da Universidade Brasil (2021).

prepared to respond adequately to the family context, being the responsibility of the government.

Keywords: Femicide, Pandemic, Domestic Violence.

INTRODUÇÃO

Antes de discorrer sobre as elevadas taxas de feminicídio e sua relação com a Pandemia do Covid-2019 (coronavírus) é fundamental entender que os casos de feminicídio também podem ser considerados pandêmicos pois, na maioria expressiva dos países a violência de gênero ainda é predominante (BEVILACQUA, 2022).

O Covid-19 até então desconhecido pela comunidade científica contaminou mais de 15 milhões de pessoas, vitimando mais de 530 mil, até meados de setembro de 2020, dados apresentados pela Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) e Organização Mundial da saúde (OMS) (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Nos últimos dois anos o mundo vem sofrendo como a pandemia do Covid-19, indistintamente toda a comunidade internacional assistiu de forma estupefata a rápida e elevada disseminação do coronavírus, com reiteradas tentativas de tratamento frustradas, as taxas só diminuíram com a vacinação da população, entretanto o vírus ainda se faz presente na maioria dos países, causando flutuação entre os períodos de lockdown. Um vírus desconhecido que forçou a população a ficar por extenso período de quarentena, mudando a vida de todos. Inicialmente acreditava-se que o vírus era democrático, pois não selecionava suas vítimas em razão de sexo, raça, classe, gênero, idade ou deficiência, todos eram atingidos indistintamente, todavia com o passar do tempo ele mostrou que a sua letalidade não era apenas causada pelo coronavírus, mas pela situação moldada e imposta as pessoas (SUNDE et al., 2021).

Com o passar dos meses percebeu-se que o Covid-19 fazia vítimas tanto pela sua contaminação quanto pela consequente violação de direitos humanos, principalmente em populações que já sofriam como outras adversidades, as denominadas populações vulnerabilizadas, destacando-se mulheres e meninas majoritariamente atingidas pela violência institucional e de gênero, sendo obrigadas a viver em constante risco tendo os seus direitos violados pelos próprios companheiros ou familiares próximos. Em síntese, pode-se afirmar claramente que o Covid-19 contribuiu para o aumento da violência praticada contra as mulheres não apenas em sua expressão máxima que é o feminicídio, como também contribuiu com o adoecimento, sobrecarga de trabalho doméstico, desemprego e as mais diferenciadas formas de desigualdade social (SOUZA e NASCIMENTO, 2021).

A violência de gênero é algo que atinge as mulheres no mundo, mais fortemente na América Latina, sendo predominante entre as mulheres negras, periféricas e indígenas, antes da pandemia os números já eram assustadores e foram agravados ainda mais, com uma forte tendência ao aumento mesmo no pós-pandemia, em decorrência do agravamento econômico e social. É preciso buscar a origem dos problemas, as causas de constantes feminicídios, principalmente quando o momento pede proteção coletiva e familiar. Para muitos estudiosos o confinamento em domicílio permitiu que as mulheres se tornassem alvo fácil de crimes de ódio cujas causas estruturais são fundamentadas no machismo, no patriarcado, em uma cultura eurocêntrica, capitalista, heteronormativa, racista e LGBTIQI+fóbica, quem você capaz de destruir tudo em volta (LIMA et al., 2021).

O que para muitas significou descanso, novas oportunidades de estudo e aperfeiçoamento profissional, renovação do ambiente, crescimento, pausa, compartilhamento de afetos, convivência pacífica familiar, para outras foi sinônimo de constantes conflitos motivados por problemas financeiros, fome, desentendimento, adoecimento, cargas excessivas de trabalho, rupturas e feminicídio em sua forma mais violenta (BEZERRA et al., 2020).

Confinadas em casa, muitas desempregadas, mulheres e meninas passaram a ser alvo ainda mais fácil de constante feminicídios e crimes de ódio, que tem como causas estruturais: o machismo, o patriarcado, a cultura eurocêntrica, heteronormativa, capitalista e racista que destrói tudo a sua volta. Partindo dessas premissas o trabalho tem como escopo identificar a relação entre o aumento dos casos de feminicídio no período pandêmico (LIMA e SANTOS, 2022).

CAPÍTULO I – ESTATÍSTICAS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Para reduzir a propagação do coronavírus (Pandemia do Covid-19), muitos países implementaram uma quarentena interna estrita. Essas políticas agravam os problemas de saúde mental e física das pessoas que estão confinadas em suas casas. Junto com a pandemia, o lar se transformou em um lugar perigoso para as vítimas de violência por parceiro íntimo, pois tinham que passar horas prolongadas com seus parceiros e desvinculadas das pessoas que os apoiavam (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Uma em cada três mulheres em todo o mundo sofre violência física ou sexual, principalmente de um parceiro íntimo. A violência contra mulheres e meninas é uma violação dos direitos humanos, 243 milhões é o número de meninas e mulheres de 15 a 49 anos que sofreram violência sexual e/ou física de um parceiro íntimo no ano passado (ONU MULHERES BRASIL, 2022).

Desde o surto de Covid-19, dados e relatórios daqueles que estão na linha de frente mostram que todos os tipos de violência contra mulheres e meninas, e especialmente a

violência doméstica, aumentada. Esta é a pandemia paralela que se desenrolou juntamente com a crise pandêmica, precisando de um esforço global coletivo para detê-la. À medida que os casos de Covid-19 continuam sobrecarregando os cuidados de saúde, serviços essenciais, como abrigos para violência doméstica e linhas de ajuda, atingindo a capacidade máxima. É preciso fazer mais para priorizar o enfrentamento da violência contra as mulheres nos esforços de resposta e recuperação da Covid-19 (BRASIL, 2020).

A situação é mais complexa de gerenciar tanto os serviços sociais e de saúde que já se encontram sobrecarregados por um vírus difícil de controlar. O número de vítimas aumentou sem que os recursos pudessem responder aos pedidos de ajuda. Com a redução da capacidade abrigos e casas de acolhimento reduziram sua capacidade de acolhimento, mesmo que todas as vítimas que pedem ajuda pareçam ser redirecionadas para serviços adequados. As mulheres que batem nas portas relatam abusos mais graves do que o habitual. Não estamos mais falando apenas de violência verbal ou psicológica, são casos mais pesados do que o comum. As mulheres que procuram sofreram violência sexual ou física em maior número (LEITE, 2020). No quadro 1 é possível ver os com os registros de feminicídio no Brasil de 2019 a 2021.

Quadro 1. Feminicídios, Brasil e Unidades da Federação – 2019-2021.

Brasil e Unidades da Federação	Feminicídios									
	Números absolutos			Variação Ns. Absolutos (%)		Taxas ⁽¹⁾			Variação Taxa (%)	
	2019	2020	2021	2019/2020	2020/2021	2019	2020	2021	2019/2020	2020/2021
Brasil	1.328	1.351	1.319	1,7	- 2,4	1,24	1,26	1,22	1,0	- 3,0

Acre	11	11	12	0,0	9,1	2,6	2,6	2,7	-1,4	7,6
Alagoas	44	35	25	- 20,5	-28,6	2,5	2,0	1,4	- 20,9	- 28,9
Amapá ⁽²⁾	7	9	4	28,6	-55,6	1,7	2,2	0,9	26,3	- 56,3
Amazonas ⁽³⁾	12	16	18	33,3	12,5	0,6	0,8	0,8	31,5	11,0
Bahia	101	114	88	12,9	-22,8	1,3	1,4	1,1	12,3	- 23,2
Ceará	34	27	31	- 20,6	14,8	0,7	0,6	0,7	-21,1	14,1
Distrito Federal	32	17	25	- 46,9	47,1	1,9	1,0	1,4	- 47,9	44,3
Espírito Santo	35	26	35	- 25,7	34,6	1,7	1,3	1,7	- 26,4	33,3
Goiás	41	43	53	4,9	23,3	1,2	1,2	1,5	3,7	21,9
Maranhão	51	65	56	27,5	-13,8	1,4	1,8	1,5	26,7	- 14,3
Mato Grosso	38	62	43	63,2	-30,6	2,3	3,7	2,5	61,3	- 31,4
Mato Grosso do Sul	30	43	37	43,3	-14,0	2,2	3,1	2,6	41,8	-

											14,8
Minas Gerais (4)	146	151	152	3,4	0,7	1,4	1,4	1,4	2,9	0,2	
Pará	47	66	65	40,4	-1,5	1,1	1,5	1,5	39,0	-2,5	
Paraíba	36	35	30	-2,8	-14,3	1,7	1,7	1,4	-3,4	-	14,8
Paraná (5)	89	73	75	-	2,7	1,5	1,2	1,3	-	2,1	18,0 18,5
Pernambuco	57	75	85	31,6	13,3	1,2	1,5	1,7	30,8	12,7	
Piauí	29	31	36	6,9	16,1	1,7	1,9	2,2	6,6	15,9	
Rio de Janeiro	85	78	80	-8,2	2,6	1,0	0,9	0,9	-8,6	2,2	
Rio Grande do Norte	21	13	20	-	53,8	1,2	0,7	1,1	-	52,6	38,1 38,6
Rio Grande do Sul (6)	97	80	96	-	20,0	1,7	1,4	1,6	-	19,7	17,5 17,8
Rondônia	6	13	17	116,7	30,8	0,7	1,4	1,8	114,6	29,6	
Roraima	6	9	4	50,0	-55,6	2,3	3,4	1,5	47,8	-	56,2

Santa Catarina ⁽⁷⁾	58	57	55	-1,7	-3,5	1,6	1,6	1,5	-2,9	-4,6
São Paulo ⁽⁸⁾	184	179	136	-2,7	-24,0	0,8	0,8	0,6	-3,4	-24,5
Sergipe	21	14	19	-33,3	35,7	1,8	1,2	1,6	-34,0	34,4
Tocantins ⁽⁹⁾	10	9	22	-10,0	144,4	1,3	1,1	2,7	-11,0	141,9

Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública. (...) Informação não disponível.

(1) Taxa por 100 mil mulheres.

(2) Os dados do Amapá são referentes apenas aos feminicídios que envolvem violência doméstica ou familiar.

(3) Os dados de Amazonas para os meses de abril, maio e junho de 2021 se referem apenas à capital Manaus.

(4) Os dados de Minas Gerais foram coletados através do site da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública de Minas Gerais (Sejusp), no dia 02 de março de 2022. Os dados foram gerados dia 04 de fevereiro de 2022 e estão disponíveis em: <http://www.seguranca.mg.gov.br/component/gmg/page/3118-violencia-contra-a-mulher>.

(5) Os dados do Paraná de 2021 foram coletados através do site da Secretaria de Segurança Pública no dia 02 de março de 2022. Disponível em: https://www.seguranca.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2022-02/Relatorio_Mortes_4Trimestre%202021.pdf.

(6) Os dados do Rio Grande do Sul foram coletados através do site da Secretaria de Segurança Pública no dia 02 de março de 2022 e estão disponíveis em: <https://ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>.

(7) Os dados de Santa Catarina foram coletados através do site da Secretaria de Segurança Pública no dia 02 de março de 2022 e estão disponíveis em: <https://ovm.alesec.sc.gov.br/wp-content/uploads/2022/02/Feminici%CC%81dio.pdf>.

(8) Os dados de São Paulo foram coletados através do site da Secretaria de Segurança Pública no dia 02 de março de 2022; a fonte dos dados são os B.E.E. (Boletim Estatístico Eletrônico) e estão disponíveis em: <https://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/ViolenciaMulher.aspx>.

(9) Os dados de Tocantins referentes a 2021 foram coletados no dia 21 de fevereiro de 2022 através do PowerBI da Secretaria de Segurança Pública.

Como visto no quadro acima no Brasil os índices de feminicídio ocorreram em proporções variadas de acordo com a região, destacando os estados de São Paulo e Rio de Janeiro. No estado de São Paulo houve um aumento de 50% dos casos de feminicídio, ou seja, homicídios em razão do gênero e deste total 66% ocorreram dentro da própria residência da vítima, informação oferecida pelo Ministério público de São Paulo. Países como China, Itália, França e Espanha, os primeiros a experimentar as consequências mais nefastas da Covid-19, o número de feminicídios também aumentou consideravelmente, assim como se identificou expressiva subnotificação de novos casos de violências doméstica e familiar (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021).

A Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), por meio de denúncias feitas pelo Disque 100 e disque 180, sinaliza que as principais violações de direitos humanos em tempo de pandemia têm sido exposição de risco à saúde, seguida por maus tratos, insubsistência material, e agressão/ vias de fato. Aponta, ainda, que as principais vítimas das violações de direitos humanos relacionadas à pandemia do novo coronavírus têm sido pessoas socialmente vulneráveis, pessoas em restrição de liberdade, idosos, mulheres e crianças (XAUD, 2022).

Estresse, ruptura de laços sociais e redes de proteção e acesso reduzido a serviços pode aumentar o risco de violência contra as mulheres. Devido à implementação de medidas destinadas a manter a distância física entre as pessoas e incentivá-los a ficar em casa, o risco de violência por parceiro íntimo aumentou expressivamente. A probabilidade de que mulheres em relacionamentos abusivos e seus filhos sejam expostos à violência aumentou vez que os membros da família passam mais tempo em contato próximo enfrentando estresse adicional e possíveis problemas econômicos, principalmente desemprego, sem contar que as mulheres podem ter menos contato com a família e amigos os quais forneciam apoio e proteção contra a violência (VIEIRA et al., 2020).

Outro motivo contributivo para o aumento da violência por tanto das mulheres quanto das crianças está associado ao fechamento das escolas impondo estresse adicional; a perturbação dos meios de subsistência e da capacidade de ganhar a vida, especialmente para as mulheres (muitas dos quais trabalham no setor informal ou de forma autônoma), resultando na redução do acesso às necessidades e aos serviços básicos, potencializando o conflito e violência. À medida que os recursos se tornam escassos, as mulheres correm risco elevado para sofrer abusos relacionados à sua dependência econômica do parceiro, os abusadores podem usar as restrições impostas pela pandemia para exercer poder e controle, fatores que somados a redução dos serviços de assistência e apoio psicossocial oferecido por redes formais e informais deixaram as vítimas expostas a constantes atos de violência domiciliar, ocasionando em muitos casos o fator morte (feminicídio) (MARANHÃO, 2020).

A verdade é que o confinamento e isolamento social decorrentes do Covid-19 associados à omissão governamental, principalmente no que tange as políticas públicas para evitar, por exemplo, o desemprego em massa ou colapso do SUS e demais unidades de proteção contra a violência doméstica, fatores estes que ocasionaram maior tensão nas relações pessoais, desencadeando mais violência, oprimindo as mulheres a conviver em lugares que não eram mais seguros, com mesmos estes sendo seus lares (SOUZA e NASCIMENTO, 2021).

Como salientado no parágrafo acima a redução dos serviços da rede de atenção à mulher, principalmente os serviços oferecidos por equipes interdisciplinares (geralmente constituídas por psicólogos e assistentes sociais), preconizados pela Lei Maria da Penha e referendados pelo Protocolo Mínimo de Padronização do Acolhimento e Atendimento da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar (CONDEGE/2014), significa, na ponta, a vulnerabilização de mulheres e tem estreita correlação com o expressivo aumento de casos de feminicídio, sendo determinante, também, para a subnotificação de registros de novos casos de violência doméstica e familiar, observada junto aos órgãos oficiais de denúncia (XAUD, 2022).

CAPÍTULO II - A NORMATIZAÇÃO DO FEMINICÍDIO

Historicamente o termo feminicídio foi utilizado pela primeira vez nas sessões do Primeiro Tribunal Internacional de Crimes Contra as Mulheres, realizado em Bruxelas, na Bélgica, no ano de 1976. Tribunal específico para assuntos de mortes de nos países do Líbano Estados Unidos, momento em que a ativista feminista Diana Russel testemunhou e defendeu tais crimes em decorrência de ações misóginas e, como tal deveriam ser julgadas como feminicídio, vez que a violência aplicada nestes crimes tinha como base o gênero (ROMIO, 2017).

Ao usar essa expressão Diana Russel tinha como objetivo especificar a morte de mulheres por homens, pelo simples fato delas serem mulheres, crimes geralmente motivados por ódio, prazer, posse ou crença na superioridade masculina (OLIVEIRA, 2019).

No que tange à legislação Brasileira em relação à proteção das mulheres tem-se a citada inclusão no código penal, bem como, uma lei específica de proteção às mulheres, conhecida como a Lei Maria da Penha, a qual trouxe inúmeras inovações positivas para o ordenamento Jurídico Brasileiro, destacando três parágrafos entre eles: §1º dispõe que o crime se configurará independente da competência material do juízo que deferiu as medidas protetivas, ou seja, independe se o juiz é da área cível ou criminal; §2º estabelece que em caso de prisão em flagrante, somente a autoridade judicial poderá conceder a fiança, com o fim de ampliar a proteção da ofendida; §3º não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis em caso de descumprimento de MPU (SOUZA, 2018).

É importante salientar que a Lei 13.641/2018 foi criada com o intuito de corroborar como a Lei Maria da Penha, pois, passou a tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Por se tratar de lei posterior mais gravosa, alterou a conduta de descumprir medida protetiva de urgência que antes era típica. É necessário fazer um pequeno adendo, com a impossibilidade de retroatividade da lei penal gravosa ao réu, o agressor que descumpriu tal medida em período atual a publicação do referido dispositivo, não terá cometido o crime, de acordo com entendimento do STJ, aquele que estiver sob restrição judicial de alguma das MPU's no âmbito doméstico ou familiar, poderá estar incurso no artigo 24-A do dispositivo retromencionado (CAVALCANTI, 2018; MARIANO, 2018).

As maiorias dos estudiosos consideram a Lei Maria da Penha, como uma das melhores leis de combate à violência doméstica do mundo, entretanto os mesmos concordam em relação às dificuldades na sua efetiva aplicação, dentre estas se podem citar a falta de delegacias especializadas, assistência social, casas de abrigo, entre outros, de forma geral a ausência de uma estrutura fundamental para assegurar a aplicação da lei. o que nos faz concluir que o Brasil necessita de uma estrutura que vise garantir a segurança da vítima fez contra os casos de violência doméstica e familiar que se tornam cada dia mais abusivos e desumanos. infelizmente a lei Maria da Penha sozinha não é suficientemente hábil para resolver essa questão que vive em constante debate, isso é dever do poder público juntamente com os membros da sociedade a função de encontrar mecanismos que vise garantir a eficácia resolutiva desse problema (CARVALHO, 2017).

No quadro 2 é possível ver as categorias de análise da realidade social (classificação dos feminicídios). E, no quadro 3, as dez regras mínimas para a investigação eficaz das

mortes violentas de mulheres. Segundo normativas nacionais e internacionais é dever dos Estados mediante os casos de violência contra as mulheres por razões de gênero assegurar 4 principais tipos de obrigação entre elas: o dever de atuar com a devida diligência, o dever de prevenção, o dever de investigar e sancionar e o dever de garantir uma justa e eficaz reparação (BRASIL, 2016).

Tais obrigações confirmam o dever do Estado na obrigação de proteção às parcelas da sociedade me diante de suas necessidades, fragilidades e peculiaridades, ou seja, é função do Estado assegurar proteção para a mulher vítima de violência doméstica. Segundo Lima et al., (2021), para assegurar a garantia de igualdade não basta apenas a proibição da ação discriminatória através de uma legislação repressiva, é indispensável criar políticas públicas que sejam capazes de incentivar a inclusão social dos grupos considerados vulneráveis.

Estudos sobre o assunto identificam essa fragilidade do governo há muitos anos, o que gera impunidade aos infratores. Todavia o Brasil e os outros países da América Latina estão buscando fortalecer leis contra o feminicídio, através da adaptação de respostas às violações e desrespeito dos direitos humanos e da mulheres, contudo o caminho é longo e é necessário escutar as vítimas para uma melhor compreensão do problema. Também é necessário à participação da sociedade como um todo na divulgação e implementação dos direitos humanos para a proteção não só das mulheres, mas de todos os grupos vulneráveis (SUNDE ET al., 2021).

Quadro 2. Femicídios/feminicídios: categorias de análise para compreensão da realidade social.:

Íntimo	Morte de uma mulher cometida por um homem com quem a vítima tinha, ou tenha tido, uma relação ou vínculo íntimo: marido, ex-marido, companheiro, namorado, ex-namorado ou amante, pessoa com quem tem filho(a)s. Inclui-se a hipótese do amigo que assassina uma mulher – amiga ou conhecida – que se negou a ter uma relação íntima com ele (sentimental ou sexual).
Não íntimo	Morte de uma mulher cometida por um homem desconhecido, com quem a vítima não tinha nenhum tipo de relação. Por exemplo, uma agressão sexual que culmina no assassinato de uma

	mulher por um estranho. Considera-se, também, o caso do vizinho que mata sua vizinha sem que existisse, entre ambos, algum tipo de relação ou vínculo.
Infantil	Morte de uma menina com menos de 14 anos de idade, cometida por um homem no âmbito de uma relação de responsabilidade, confiança ou poder conferido pela sua condição de adulto sobre a menoridade da menina.
Familiar	Morte de uma mulher no âmbito de uma relação de parentesco entre vítima e agressor. O parentesco pode ser por consanguinidade, afinidade ou adoção.
Por conexão	Morte de uma mulher que está “na linha de fogo”, no mesmo local onde um homem mata ou tenta matar outra mulher. Pode se tratar de uma amiga, uma parente da vítima – mãe, filha – ou de uma mulher estranha que se encontrava no mesmo local onde o agressor atacou a vítima.
Sexual sistêmico	<p>Morte de mulheres que são previamente sequestradas, torturadas e/ou estupradas. Pode ter duas modalidades:</p> <p>Sexual sistêmico desorganizado –Quando a morte das mulheres está acompanhada de sequestro, tortura e/ou estupro. Presume-se que os sujeitos ativos matam a vítima num período de tempo determinado;</p> <p>Sexual sistêmico organizado–Presume-se que, nestes casos, os sujeitos ativos atuam como uma rede organizada de feminicidas sexuais, com um método consciente e planejado por um longo e indeterminado período de tempo.</p>

<p>Por prostituição ou ocupações estigmatizadas</p>	<p>Morte de uma mulher que exerce prostituição e/ou outra ocupação (como strippers, garçonetes, massagistas ou dançarinas de casas noturnas), cometida por um ou vários homens. Inclui os casos nos quais o(s) agressor (es) assassino(m) a mulher motivado(s) pelo ódio e misoginia que a condição de prostituta da vítima desperta nele(s). Esta modalidade evidencia o peso de estigmatização social e justificação da ação criminosa por parte dos sujeitos: "ela merecia"; "ela fez por onde"; "era uma mulher má"; "a vida dela não valia nada".</p>
<p>Por tráfico de pessoas</p>	<p>Morte de mulheres produzida em situação de tráfico de pessoas. Por "tráfico", entende-se o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas, valendo-se de ameaças ou ao uso da força ou outras formas de coação, quer seja rapto, fraude, engano, abuso de poder, ou concessão ou recepção de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento da(s) pessoa(s), com fins de exploração. Esta exploração inclui, nomínimo, a prostituição alheia ou outras formas de exploração sexual, os trabalhos ou serviços forçados, a escravidão ou práticas análogas à escravidão, a servidão ou a extração de órgãos.</p>
<p>Por contrabando de pessoas</p>	<p>Morte de mulheres produzida em situação de contrabando de migrantes. Por "contrabando", entende-se a facilitação da entrada ilegal de uma pessoa em um Estado do qual a mesma não seja cidadã ou residente permanente, no intuito de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício de ordem material.</p>
<p>Transfóbico</p>	<p>Morte de uma mulher transgênero ou transexual, na qual o(s)agressor(es) amata(m) por sua condição ou identidade de gênero transexual, por ódio ou rejeição.</p>
<p>Lesbofóbico</p>	<p>Morte de uma mulher lésbica, na qual o(s)agressor(es)a mata(m) por sua orientação sexual, por ódio ou rejeição.</p>
<p>Racista</p>	<p>Morte de uma mulher por ódio ou rejeição a sua origem étnica,</p>

	racial ou de seus traços fenotípicos.
Por mutilação genital feminina	Morte de uma menina ou mulher resultante da prática de mutilação genital.

Fonte Brasil, 2016.

Quadro 3. Dez regras mínimas para a investigação eficaz das mortes violentas de mulheres.

GUIA DE RECOMENDAÇÕES PARA A INVESTIGAÇÃO EFICAZ DAS MORTES VIOLENTAS DE MULHERES	
Regra 1. Obrigatoriedade e características da investigação	Nos casos de evidência clara ou de suspeita de perpetração de um feminicídio ou de uma tentativa de feminicídio, as investigações devem se iniciar de ofício, imediatamente, e de modo profissional e exaustivo por pessoal especializado dotado de meios instrumentais, humanos e materiais, suficientes para conduzir à identificação do ou dos responsáveis. À obrigação de investigar soma-se a obrigação de julgar e punir o(s) responsável(eis).
Regra 2. Respeito e dignidade das vítimas	Nas investigações empreendidas nos casos de evidência ou suspeita de tentativa ou perpetração de feminicídios, os Estados devem garantir o respeito à dignidade das vítimas e de seus familiares e evitar sua revitimização.

Regra 3. Eliminação dos preconceitos e estereótipos de gênero no desenvolvimento da investigação.	Todos os operadores de justiça desde os agentes de polícia e das forças de segurança e de ordem até o Ministério público e os juízes, isso devem ser objetivos, imparciais e trabalhar com Independência e Liberdade, sem deixar guiar por preconceitos e estereótipos do gênero.
Regra 4. Participação ativa do processo de investigação e sua proteção	As regras sobre o desenvolvimento das investigações devem contemplar e facilitar a participação ativa durante todo o processo, livre de riscos, das vítimas sobreviventes e de seus familiares.
Regra 5. Investigação de feminicídios de mulheres especialmente vulneráveis	A investigação deve se desenvolver de forma adequada às características do contexto cultural e à condição social das vítimas
Regra 6. Direito das vítimas ao acesso à justiça e ao devido processo	O Estado garantirá medidas legislativas que permitam o acesso à justiça e a reparação integral para as vítimas de feminicídio e seus familiares, seguindo tanto as recomendações nacionais como

	dos órgãos internacionais de proteção às mulheres vítimas de violência.
Regra 7. Dever de criar registros e elaborar estatísticas e indicadores de violência contra as mulheres na administração da justiça, para serem aplicados em políticas públicas	Os Estados devem gerar registros e elaborar informação estatística de acesso público que permita conhecer a dimensão e características dos feminicídios, assim como indicadores para monitorar a resposta do sistema de administração de justiça.
Regra 8. Exigência de ação	Os Estados devem adotar disposições e outras medidas
coordenada entre todos os principiantes no processo de investigação	necessárias para regular e propiciar a participação no processo vou de investigação, de modo conjunto e coordenado, de todos os agentes públicos competentes e dos demais atores legitimados, de eficácia provada.
Regra 9. Estabelecimento de de pautas e recomendações para o tratamento da informação	Considerar a violência de gênero não como acontecimento, mas como problema social. não publicar fotos nem detalhes mórbidos. nunca buscar justificativas ou motivos como aqueles relacionados a álcool, drogas, discussões, isso entre outros. A violência de gênero é o controle, o domínio que

<p>pelos meios de comunicação das investigações de feminicídio</p>	<p>determinados homens exercem sobre as mulheres. Deve-se oferecer opiniões de especialistas na matéria e priorizar as Fontes policiais de investigação.</p>
<p>Regra 10. Exigência de cooperação internacional eficaz</p>	<p>Os Estados deverão estabelecer as bases e adotarão as medidas necessárias para que outras entidades públicas ou privadas cooperem eficazmente entre si, por vias intergovernamentais ou transnacionais, com vistas à conquista de maior eficácia da investigação dos feminicídios, sua prevenção e erradicação.</p>

Fonte: Brasil, 2016.

Antes da pandemia do Covid-19, já havia outra pandemia ameaçando a vida e o bem-estar das pessoas em todo o mundo: a violência contra as mulheres, que afeta pelo menos uma em cada três mulheres e meninas, pode-se afirmar que a pandemia do coronavírus veio para confirmar estatísticas ainda maiores sobre as taxas de feminicídio, fomentando ainda mais as discussões a respeito dos direitos de igualdade e dignidade da mulher e da pessoa humana, o que torna a luta contra a violência doméstica e de gênero mais complexa, pois mesmo após anos de luta para igualdade vivenciamos ainda o menosprezo pela condição feminina ou de gênero, por isso a importância da tipificação dos crimes, uma forma de reconhecer as leis e normas que protegem essa parte da sociedade punindo severamente os agressores, sem que esses sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, tais como, classificar esses crimes como passionais (ROMIO, 2017).

Desde os primeiros dias do bloqueio do Covid-19, as organizações de mulheres viram um aumento significativo nos casos relatados de violência de gênero. Infelizmente, a coleta abrangente de dados sobre esse tema tem sido difícil devido à sensibilidade, estigma e vergonha em torno desse assunto, bem como às limitações impostas pela pandemia (RITT e RITT, 2021).

Em relatório publicado pela ONU Mulheres, que reúne dados de pesquisas coletados em 13 países de todas as regiões (Quênia, Tailândia, Ucrânia, Camarões, Albânia, Bangladesh, Colômbia, Paraguai, Nigéria, Costa do Marfim, Marrocos, Jordânia e Quirguistão), confirma a gravidade do problema (ONU MULHERES BRASIL, 2022).

Entre os principais resultados, verificou-se que a pandemia de Covid-19 e a violência contra as mulheres revelam que os números variam entre países e demografias, mas no geral, a pandemia aumentou os casos de violência contra as mulheres e afetou sua sensação de segurança. Nos países pesquisados, duas em cada três mulheres admitem que elas ou uma mulher que conhecem sofreram violência em algum momento de suas vidas. Perto de uma em cada duas mulheres reconhece ter passado por experiências diretas ou indiretas de violência desde o início da pandemia (SILVA et al., 2021).

A forma mais comum de violência é o abuso verbal (50%), seguido de assédio sexual (40%), abuso físico (36%), não atendimento de necessidades básicas (35%) e negação de acesso à mídia (30%). Um total de 7 em cada 10 mulheres pesquisadas afirma que a violência baseada em gênero é comum em sua comunidade; três em cada cinco mulheres consideram que houve um aumento de casos de assédio sexual em locais públicos. Em muitos casos, foi impossível atender à crescente demanda por abrigos e outras formas de assistência devido a restrições operacionais (ONU MULHERES BRASIL, 2022).

A violência de gênero teve um impacto significativo na saúde mental das mulheres durante a pandemia. É difícil calcular o efeito psicológico que o Covid-19 teve nas pessoas. Nos isolou, mudou drasticamente nossas vidas e nos fez temer por nosso bem-estar físico. No caso de mulheres expostas à violência ao mesmo tempo, os efeitos emocionais são muito piores. Mulheres que relatam sentirem-se inseguras tanto em casa quanto em público, ou que relatam experiências diretas ou indiretas de violência, têm maior probabilidade de aceitar que a Covid aprofundou seus sentimentos de estresse e ansiedade, principalmente em casos de violência física. Essas mulheres também tendem a reconhecer a incapacidade de parar de se preocupar, bem como a falta de interesse em fazer as coisas (ANDRADE e SOUZA, 2022).

Fatores socioeconômicos também influenciam fortemente as experiências de violência das mulheres. Sabe-se que o estresse econômico contribui para a violência contra as mulheres, uma tendência que claramente continuou durante o Covid-19. Um total de quatro em cada cinco mulheres, cujos cônjuges não possuem renda, admitem que elas ou uma mulher que conhecem sofreram pelo menos uma forma de violência. A insegurança alimentar é outro fator: as mulheres que dizem que a violência doméstica é muito comum são mais propensas à insegurança alimentar, ao contrário das mulheres que mencionam o contrário. O mesmo vale para as mulheres que sofreram ou conhecem alguém que sofreu violência em comparação com aquelas que não sofreram (ONU MULHERES BRASIL, 2022).

Os papéis econômicos das mulheres dentro da família também são afetados. Os cuidadores não remunerados em tempo integral são mais propensos a relatar que eles ou

uma mulher que conhecem foi sobrevivente de violência, em comparação com mulheres empregadas, mulheres desempregadas e estudantes. Por outro lado, ganhar uma renda parece reduzir as experiências de violência: as mulheres com renda são menos propensas a perceber a violência contra a mulher como um problema e a violência doméstica como comum. No entanto, há uma exceção: as mulheres que ganham mais do que o cônjuge considera a violência doméstica comum e se sentem menos seguras em casa do que aquelas com menos renda (FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022).

A idade não é um obstáculo quando se trata de violência contra a mulher. Embora muitas pesquisas sobre violência contra as mulheres se concentrem especificamente em mulheres em idade reprodutiva (15-49 anos). Os estudos revelam que a idade não oferece muita proteção, mulheres com mais de 50 anos sofrem violência com frequência semelhante às mulheres mais jovens. Especialmente em situações de violência doméstica, as mulheres muitas vezes não procuram ajuda externa. Quando perguntadas a quem as mulheres vítimas de violência recorreriam para pedir ajuda, 49% das entrevistadas disseram que as mulheres procurariam ajuda de sua família, enquanto apenas 11% disseram que as mulheres iriam à polícia e 10% das mulheres afirmaram que iriam centros de ajuda (abrigo, centros para mulheres etc.) (ONU MULHERES BRASIL, 2022).

No Brasil, a tipificação do feminicídio foi dada pela Lei 13.104/2015. De acordo com a Lei, são considerados feminicídios os casos de homicídio contra mulheres que envolvam violência doméstica e familiar ou "menosprezo ou discriminação à condição de mulher". A partir disso, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), em sua missão de coletar, padronizar e dar publicidade aos dados sobre violência em nível nacional, vem acompanhando os registros de feminicídios no país. Desde 2016, primeiro ano completo sob vigência da Lei, o número de feminicídios registrado no país vem aumentando anualmente (FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021).

Antes da pandemia de Covid-19, a violência doméstica era considerada um problema crítico de saúde pública globalmente, particularmente na forma de violência por parceiro íntimo. Em todo o mundo, 30% das mulheres sofrem alguma forma de violência física ou sexual por parte de um parceiro íntimo durante a vida. A violência contra as mulheres é considerada uma grande violação dos direitos humanos que tem consequências inversas no bem-estar físico e mental das mulheres expostas, bem como seus filhos (SUNDE et al., 2021).

A Covid-19 destacou a urgência de abordar a violência contra mulheres e crianças, que os relatórios sugerem que aumentou durante a pandemia. Muitas vezes referida como uma "pandemia sombria", o aumento da violência nos últimos dois anos tem sido associado a bloqueios e outras restrições de movimento impostas devido à Covid-19, que

obrigam mulheres e crianças a permanecerem em casa com seus abusadores (LIMA ET al., 2021).

A violência contra mulheres e meninas já era um grande problema global antes da pandemia. No entanto, por muitos anos, foi em grande parte invisível nas estatísticas nacionais e internacionais e nos sistemas de vigilância. Dados de pouco antes da pandemia mostraram que mais de 640 milhões de mulheres em todo o mundo com 15 anos ou mais foram submetidas à violência por parceiro íntimo pelo menos uma vez na vida (26% das mulheres parceiras com 15 anos ou mais). Vinte e dois por cento das mulheres parceiras que vivem nos “países menos desenvolvidos” passaram por isso nos últimos 12 meses, substancialmente mais do que a média mundial de 13% (ONU MULHERES BRASIL, 2022).

Por diversos motivos, o salto da violência contra mulheres e crianças durante a Covid-19 pode não aparecer nos prontuários. Uma redução nas consultas presenciais com médicos e profissionais de saúde, por exemplo, e acesso restrito a hospitais durante a pandemia terão oportunidades limitadas de registrar evidências físicas de abuso. Inúmeros estudos recentes sobre tendências da violência contra mulheres e crianças encontraram evidências de aumento da violência durante a pandemia de Covid-19. As linhas diretas de violência doméstica em alguns países relataram um aumento de até cinco vezes nas chamadas de ajuda após a introdução de medidas de distanciamento físico e bloqueio (SUNDE et al., 2021).

Alguns fatores de risco comuns aumentam a probabilidade de perpetradores cometerem violência aumentaram durante a pandemia, por exemplo, condições de vida precárias; mobilidade limitada; e aumento da insegurança sobre saúde, empregos e dinheiro. Fora de casa, os espaços públicos desertos tornavam mulheres e crianças ainda mais vulneráveis a agressões e assédios. O mundo precisa tomar medidas urgentes para conter esse aumento da violência contra mulheres e crianças.

A pandemia tem sido um facilitador da violência contra mulheres e crianças. No entanto, é apenas a faceta mais recente de uma indignação que se recusa a desaparecer, apesar das várias tentativas de abordá-la. Esses esforços incluem fazer com que o fim da violência seja um foco chave dentro da meta de desenvolvimento social de um país que se preocupa com todos os cidadãos indistintamente. A violência interpessoal tem impactos múltiplos, muitas vezes interligados, na saúde física e mental de mulheres e crianças. A maior parte da violência contra as mulheres é perpetrada por atuais ou ex-maridos ou parceiros íntimos. Em alguns contextos, a desigualdade de gênero e a discriminação contra as mulheres são aceitas e efetivamente sancionadas pela sociedade. Por causa disso,

mulheres e meninas experimentam vergonha e estigma, e a violência geralmente permanece oculta (LIMA et al., 2021).

O problema geralmente é mais agudo em países de baixa e média renda e outros locais onde as mulheres têm acesso limitado a cuidados de qualidade e seguros e a informações de alta qualidade sobre seus direitos e serviços. Com demasiada frequência, governos, sistemas de saúde e outras instituições demoram a reconhecer e lidar com a violência, e os serviços não estão disponíveis ou têm capacidade limitada (MARANHÃO, 2020).

Como primeiro passo, as mulheres precisam de acesso a conhecimentos e apoio essenciais. Em parceria entre a OMS, a UNICEF e a ONU lançaram recentemente uma série sobre autocuidado, destacando em linguagem direta os passos para proteger a si mesmas e seus filhos da violência doméstica. Isso inclui a criação de uma palavra de código ou sinal para alertar amigos e familiares confiáveis e ter um plano de fuga na necessidade de mudar para um local seguro, este é um projeto mais recente. Entretanto em 2016 a OMS já havia publicado um plano de ação global para enfrentar a violência contra mulheres, crianças e meninas. Propondo uma abordagem em quatro frentes: primeiro, fortalecer a liderança e a governança do sistema de saúde; em segundo lugar, fortalecer a prestação de serviços de saúde e a capacidade de resposta dos profissionais de saúde; em terceiro lugar, fortalecer a programação para prevenir a violência interpessoal; e, por último, melhorar as informações e as evidências (VIEIRA et al., 2021).

O plano de ação global adota uma abordagem ao longo da vida para prevenir a violência, com o objetivo de aumentar a eficácia das intervenções direcionadas a sobreviventes e agressores ao longo de suas vidas. Um exemplo disso é o desenvolvimento de programas nacionais de prevenção que desafiam normas de gênero prejudiciais, como aquelas que perpetuam a dominação masculina e a subordinação feminina, estigmatizam sobreviventes e toleram ou normalizam a violência contra mulheres e crianças. Financiamento mais forte, melhores políticas, cinco anos depois, essas medidas são necessárias mais do que nunca – especialmente em meio a uma pandemia global que parece ter estimulado os agressores a cometer mais atos de violência (MARQUES et al., 2022).

Recomenda-se também melhorar a prevenção primária, reconhecendo as causas e determinantes da violência contra as mulheres, incluindo casamento precoce, educação precária, condições econômicas baixas e abuso de álcool ou substâncias. É fundamental implementar programas de intervenção para reduzir este ato, levando em consideração a visão pública da violência doméstica como um assunto familiar (XAUD, 2022).

Além disso, é uma questão importante que não pode ser evitada por meio de esforços pessoais ou comunitários. Portanto, a legislação e a reforma das leis são necessárias para apoiar as mulheres expostas a qualquer tipo de violência doméstica por meio de assistência financeira, moradia e apoio advocatício e reabilitação social para mulheres severamente impostas. Ao identificar a dinâmica de um relacionamento abusivo e os mediadores associados à VPI, pudemos identificar como o Covid-19 pode exagerar esses mediadores resultando em aumento de comportamentos abusivos e até novos tipos de violência (RITT e RITT, 2021).

CONCLUSÃO

A violência em qualquer parte da sociedade afeta a todos nós. Das cicatrizes na próxima geração ao enfraquecimento do tecido social. Do estupro e escravidão sexual usamos como ferramentas de guerra, ao fio da misoginia que atravessa o extremismo violento. Pode-se traçar uma linha reta entre a violência contra as mulheres, à opressão civil e os conflitos violentos.

Mas a violência contra as mulheres não é inevitável. As políticas e programas certos trazem resultados. Isso significa estratégias abrangentes e de longo prazo que abordem as causas profundas da violência, protejam os direitos de mulheres e meninas e promovam movimentos de direitos das mulheres fortes e autônomos.

Como visto no contexto do trabalho, associação entre o feminicídio e a pandemia do Covid-19, revelou dados que antes não eram tão evidenciados ou discutidos o que demonstra que as ações políticas governamentais estão longe de serem satisfatórias. É assustador pensar que o lugar que chamamos de lar para muitas mulheres é o lugar em que estas são mortas.

Há um número expressivo de mulheres violentadas e mortas todos os dias. Isso é nítido. Por isso é primordial que a sociedade como um todo force o governo do país a criar medidas de segurança mais rígidas com penas mais sólidas, além de aumentar o número de unidades de atendimento às vítimas de violência doméstica. A mudança é urgente, e acredito que, mesmo após o período pandêmico os números ainda se mostram em uma crescente, uma vez que os problemas de ordem socioeconômica se tornaram mais presentes na vida de todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. **Direitos Humanos. Casos de feminicídio crescem 22% em 12 Estados durante a pandemia.** Agência Brasil. 2020. São Paulo, 2020. Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>. Acesso em abril de 2020.

ANDRADE, A.R.G.; SOUZA, T.G.P. **O impacto da violência doméstica na vida da mulher que exerce o trabalho remoto em tempos de pandemia de covid-19**. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13938/1/Artigo%20Cient%203%20ADfco%20-%20Aline%20Ricelli%20e%20Thalita%20Graziele%20-%202021.pdf>. Acesso em abril de 2022.

BARBOSA, T.R.; VALVERDE, T.S. **O enfrentamento à violência doméstica contra mulher no contexto de pandemia**. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2729/1/TCCTHAYNABARBOSA.pdf>. Acesso em abril de 2022.

BEVILACQUA, P.D. **Artigo: Mulheres, violência e pandemia de coronavírus**. Disponível em: <http://www.cpqrr.fiocruz.br/pg/artigo-mulheres-violencia-e-pandemia-de-coronavirus/>.

BEZERRA, C.F.M.; LIMA JÚNIOR, C.M.; VIDAL, E.C.F.; KERNTOPF, M.R.; ALVES, M.N.T.; CARVALHO, M.G. Violência contra as mulheres na pandemia do COVID-19: Um estudo sobre casos durante o período de quarentena no Brasil. *Id on Line Rev. Mult. Psic.* v.14, n. 51 p. 474-485, julho/2020.

BRASIL, Secretária-geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **LEI Nº 13.104, DE 9 DE MARÇO DE 2015**. Brasília, 9 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

BRASIL. Diretrizes nacionais feminicídio. Investigar, processar julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília-DF Abril/2016.

BRASIL, **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19. Brasil, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf> Acesso em abril de 2020.

CARVALHO, A.K.L **A (In)eficácia da Lei Maria da Penha e aplicabilidade de suas medidas protetivas de urgência**. Digitado. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, 2017, 28p.

CAVALCANTE, M.A.L. Comentários ao novo tipo penal do art. 24-A da Lei Maria da Penha. 2018. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2018/04/comentarios-ao-novo-tipo-penal-do-art.html>. Acesso em abril de 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2018/04/comentarios-ao-novo-tipo-penal-do-art.html>. Acesso em abril de 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência contra mulheres em 2021.** Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-contra-mulheres-em-2021/. Acesso em abril de 2022.

LEITE, C. **Países registram aumento de violência doméstica durante período de quarentena; veja como denunciar casos no Ceará.** O Povo Online 2020; Disponível em: <https://www.opovo.com.br/coronavirus/2020/03/30/paises-registram-aumento-de-violenciadomestica-durante-periodo-de-quarentena--veja-como-denunciar-casos-no-ceara.html>. Acesso no 25 de junho de 2020.

LIMA, I.M. et al. O impacto da pandemia de COVID-19 frente a incidência de Femicídio. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.7, n.8, p. 79830-79842 aug. 2021.

LIMA, C.S.; SANTOS, R.O. **Lei do feminicídio e sua efetividade como instrumento de proteção a mulher.** VI Congresso Nacional de Educação. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/conedu/2019/TRABALHO_EV127_MD1_SA7_ID7301_13082019110504.pdf. acesso em abril de 2022.

MARANHÃO, R.A. A violência doméstica durante a quarentena da COVID-19: entre romances, feminicídios e prevenção; **Braz. J. Hea. Rev.**, Curitiba, v. 3, n. 2, p.3197-3211, mar./apr. 2020.

MARIANO, M.D. **O crime de desobediência na Lei Maria da Penha.** 2018. Disponível em: <http://www.comunicacao.mppr.mp.br/2018/06/20526/O-crimede-desobediencia-na-Lei-Maria-da-Penha.html>. Acesso em março de 2022.

MARQUES, H.R.; FREITAS, T.B.; OLIVEIRA, C.V. O aumento nos casos de feminicídio no âmbito doméstico devido a pandemia do covid-19. **Rev. Augustus**. Rio de Janeiro, v.29, n. 56, jan.2022/mar.2022, p. 76-89.

ONU MULHERES BRASIL. **Violência contra as mulheres e meninas é pandemia invisível, afirma diretora executiva da ONU Mulheres.** Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/#:~:text=Mesmo%20antes%20da%20exist%C3%A2ncia%20da,f%C3%ADsica%20por%20um%20parceiro%20%C3%ADntimo>. Acesso em abril de 2022.

RITT, C.F.; RITT, E. O aumento do número de feminicídios durante a pandemia e a necessária resposta jurídica e social. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.42, p.460-476, set./dez. 2020. Disponível em: Acesso em: 20 de mai. 2021.

ROMIO, J. A mortalidade feminina por feminicídios. ComCiência, **Revista Eletrônica de Jornalismo Científico**, Dossiê Violência (out-2017) _comciência, Artigo, Dossiê192,

Disponível em: <http://www.comciencia.br/a-mortalidade-feminina-por-feminicidios/>; acesso no 25 de junho de 2020.

SILVA, K.B. et.al. Análise de casos de violência doméstica durante a pandemia do Covid-19. **Rev Enferm Atual In Derme** v. 95, n. 35, 2021.

SOUZA, F.V.M. **A não efetividade das medidas protetivas de urgência da lei maria da penha, na atualidade**. 2018. Digitado. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de São Lucas, 2018, 48p.

SOUZA, C.S.; NASCIMENTO, F.L. Feminicídio e a pandemia da Covid-19: Perícia criminal e a tipificação do crime de violência de gênero no direito. **BOLETIM DE CONJUNTURA (BOCA)** ano III, vol. 6, n. 17, Boa Vista, 2021.

SUNDE, R.M; SUNDE, L.M.C.; ESTEVES, L.F. Feminicídio durante a pandemia da COVID-19. **Oikos: Família e Sociedade em Debate**, v. 32, n. 1 p.55-73, 2021.

VIEIRA, P.R.; GARCIA, L.P.M.; ETHEL, L.N. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? **Revista Brasileira de Epidemiologia** [online]. 2020, v. 23.

XAUD, J. **A pandemia de covid-19 e o aumento dos casos de feminicídio**. Direito Penal. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-pandemia-de-covid-19-e-o-aumento-dos-casos-de-feminicidio/>. Acesso em abril de 2022.

A MEDIAÇÃO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA

JACKSON VENICIOS DA SILVA:

Bacharelado do curso de Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA - Estágio realizado na 4º Vara da família no Tribunal de Justiça do Piauí e atualmente estagiário na 8º Vara da Justiça Federal do Estado do Piauí.¹⁴⁷

LAÍS BANDEIRA CRONEMBERGER¹⁴⁸

(coautora)

GISELA CARVALHO DE FREITAS¹⁴⁹

FABRÍCIO DE FARIAS CARVALHO¹⁵⁰

(orientadores)

RESUMO: A mediação nas ações de direito de família é um método adequado e como essa ferramenta de acesso à justiça tem se mostrado bastante eficaz. Tal abordagem se justifica pela complexidade que são as relações de famílias, sendo um ambiente onde surgem conflitos das diversas formas. O presente estudo evidencia que a mediação se apresenta como o método mais adequado, minimizando os danos causados e ao mesmo tempo sendo um método pacífico e célere por meio de um método de autocomposição.

Palavras-chave: Mediação, Direito de Família, Justiça, Ferramenta.

Abstract: Mediatio in re familiari lex actionum apta est methodus et quomodo hoc instrumentum ad iustitiae accessum satis efficax probaverit. Talis accessus iustificatur

¹⁴⁷ *E-mail:* jackson-venicios@hotmail.com

¹⁴⁸ Graduanda em direito do Centro Universitário Santo Agostinho – *E-mail:* laiscrone@gmail.com

¹⁴⁹ Orientadora, Advogada. Mestra em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (2015/2017). Pós- graduada em Direito Constitucional pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (2011). Professora universitária. Professora de pós-graduação. Professora de Direito Administrativo do Ensino a Distância - UNIFSA.

¹⁵⁰ Coorientador, Doutor (UNESA/RJ) e mestre (PUC/RS) em Direito. Coordenador e professor dos cursos de graduação e pós-graduação do UNIFSA. Advogado. *E-mail:* fabriciofcarvalho@gmail.com

multiplicitate relationum familiarum, utpote rerum in qua conflictationes diversimode oriuntur. Praesens studium ostendit mediationem praebere ut aptissima methodo, extenuando damnum illatum et simul modum pacatum et celeriter esse per methodum compositionis sui.

Keywords: Mediatio, Lex Familiaris, Iustitia, Instrumentum.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo tratar da importância da mediação nas ações de direito de família e também como esse método de autocomposição que foi inserido no novo código de processo civil tem facilitado o acesso à justiça, que é uma garantia de todos, como a mediação tem se mostrado o método mais adequado quando se trata de direito de família, como ela tem contribuído para a resolução de diversos conflitos familiares, por ser um método mais eficiente, célere e ao mesmo tempo ajudando o Poder Judiciário.

No primeiro capítulo iremos falar sobre o acesso à justiça, abordando como era o acesso à justiça, fazendo uma breve síntese histórica sobre a sua evolução com o passar dos anos e o acesso à justiça hoje, como essa garantia de todos, que é prevista na Constituição Federal, vem sendo utilizada por cidadãos que tiver algum direito violado e sendo abordado também o sistema multiportas, um meio alternativo para a resolução de conflitos, como esse método se mostra adequado, é simples e mais rápido, falando em especial sobre a mediação, uma mudança trazida pelo Novo Código de Processo Civil, como esse método se mostra o mais adequado quando se trata de conflitos familiares.

No segundo capítulo foi abordado sobre o direito de família no código de processo civil, como o legislador inseriu as ações de família no código, observando a sua natureza, e os procedimentos que podem ser adotados pelos litigantes. O Direito de Família por ser um ramo do direito mais delicado, necessita de uma condição especial, as famílias passam por diversas transformações, tanto internamente, quanto a sua composição, quanto externamente em relação às questões sociais sabe a dificuldade que muitas famílias possuem e até mesmo o judiciário, que enfrentam diariamente, sendo a mediação um método que ajuda bastante para que as partes entendam que não necessitam serem adversárias, buscando a melhor solução para ambas as partes.

No nosso último capítulo será abordada a mediação como ferramenta adequada para os conflitos familiares e como esse método convencional, onde uma terceira pessoa, qualificada, ajuda pessoas em conflitos, restabelece o diálogo e as relações, favorecendo que elas sejam autoras de soluções mutuamente satisfatórias, além de se mostrar eficaz e ao mesmo tempo ajudar no desafogamento do judiciário.

2 ACESSO À JUSTIÇA

2.1 Breve evolução histórica

Durante os séculos XXI a XVIII a.C. já era possível encontrar garantias de acesso à justiça no Código de Hamurabi, conhecido por se basear na Lei do Talião, “olho por olho, dente por dente”, este código definia que o interessado poderia ser ouvido por um soberano, pois era ele quem tinha o poder de decisão.

No Brasil, o direito de acesso à justiça começou a surgir na Constituição Federal de 1946, que previa que a lei não poderia excluir do Poder Judiciário qualquer violação aos direitos individuais, porém esse direito não durou muito tempo, isso porque, em 1964, foi instaurado em nosso país o regime militar, que limitou o acesso ao judiciário. Qualquer conduta que fosse baseada no Ato Institucional n 5º, o (AI-5), não poderia o judiciário apreciar ou julgar, nesse sentido até mesmo os atos de tortura deixaram de ser julgados. Em 1969, uma emenda constitucional agravou mais ainda a situação, nela todos as ações ilegais praticadas pelo governo, que na época era comandando por militares não poderiam ser julgados pelo judiciário.

A partir de 1970 o Brasil encaminhou para uma geração efetiva do direito de acesso à justiça, foi quando começou a surgir de forma intensa diversos movimentos sociais na luta por direitos, como: igualdade social, cidadania plena, democracia, efetividade dos direitos fundamentais e da própria justiça.

Em 1998, a atual Constituição Federal materializou o acesso à justiça como um direito fundamental de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Nesse sentido o legislador constituinte que escreveu a Constituição Federal não só possibilitou o acesso aos tribunais de justiça como efetivou a criação de mecanismos adequados para garantir e efetivar esse acesso.

2.2 Acessos à justiça no século XXI

O acesso à justiça está previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, essa garantia é de todos os brasileiros tenham acesso ao Poder Judiciário e a justiça. O inciso XXXV da Constituição Federal, fala do acesso à justiça, também chamado de direito de ação ou o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Este princípio tem como garantia que todos os brasileiros reivindiquem seus direitos e busca garantir uma atuação do Estado, pois é ele o responsável de tomar as medidas necessárias, caso ocorra uma alguma violação de alguma garantia. Na pratica esse direito é colocado em pratica por meio do Poder Judiciário.

De acordo com Cappelletti e Garth (1988, p. 15)

“... o significado de acesso à justiça está diretamente ligado à binômia possibilidade, visando à igualdade de condições para se acessar o sistema judiciário, e por conseqüência buscar a tutela específica para o direito ou interesse ameaçado e, além de tudo, possibilitar a produção de resultado justo e efetivo.”

Diferente dos séculos anteriores, o acesso à justiça no século XXI deve estar disponível a todo e qualquer cidadão de forma igualitária, pois é um direito fundamental de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Conforme Sadek (2020,p.57)

“... o acesso à justiça, além de ser imprescindível para o exercício de direitos, contribui diretamente para a salvaguarda da igualdade material e para a supremacia das leis, pois atende a diversos princípios, todos voltados ao justo e inescusável cumprimento do ordenamento jurídico. Ampliase, deste modo, o desempenho da jurisdição em sua integralidade.”

O acesso à justiça é um dos pilares do Estado democrático de direito, onde todas as pessoas respondem a lei igualmente para que a ordem seja mantida. Além disso, é por meio desse direito que todos os outros são assegurados, ou seja, atua como um mecanismo de efetivação de direitos sociais e individuais. Isso acontece porque, sem acesso à justiça nada garante que as leis serão respeitadas, sendo o acesso à justiça o principal meio para atingir a função principal do direito.

Como dito anteriormente, todas as pessoas que tiverem um direito violado, podem recorrer ao Poder Judiciário, por conta disso foram criados alguns mecanismos pelo Estado para facilitar esse acesso, como os juizados especiais, assistência judiciária gratuita, defensoria pública. Além desses mecanismos existem também outros meios alternativos de solução de conflitos como a mediação, arbitragem e conciliação.

2.3 Sistema multiportas

O sistema multiportas é um meio alternativo usado para a resolução de divergências presentes na sociedade, esse método ocorre de maneira mais simples e rápida

do que a espera pelo curso normal de um processo judicial. Dentro do sistema multiportas existe várias alternativas de solução de conflitos, como por exemplo: a mediação, arbitragem, conciliação. Esses métodos a partir de análises são considerados os mais adequados e mais econômicos para o Estado.

No Brasil, principalmente os processualistas, sempre tiveram muita dedicação por processo, com as técnicas, com os procedimentos e muitas vezes, pouca atenção para o conflito. Essa mudança de perspectiva ela é muito importante porque ela humaniza mais a resolução de conflitos e traz à ideia de solução adequada, racional, menos custosa e mais satisfatória para as partes.

Diante de todas as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil, uma das mais importantes e significantes é a mediação, que tem como objetivo prestar assistência na obtenção de acordos entre as partes, com técnicas de conciliação a fim de trazer resultados positivos para ambas as partes.

O Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando problemas com a quantidade significativa de litígios em tramitação. O congestionamento dentro do judiciário é alto, “a quantidade de processos que entram é bem maior do que a quantidade que saí” (SADEK, 2010).

De acordo com a autora, a demora do judiciário na resolução de conflitos acaba gerando uma imagem ruim do Poder Judiciário, com isso no meio do sistema multiportas, a mediação é uma das alternativas para desafogar o judiciário e ao mesmo tempo abrindo novos meios de soluções de litígios de forma precisa e rápida.

Em consideração ao panorama feito sobre o direito de acesso à justiça, é importante ressaltar o advento do sistema Multiportas no Brasil, que emerge de algumas inovações normativas pontuais que vêm sendo incluídas em seu ordenamento jurídico, em especial aquelas contidas na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça e na Lei nº 13.105/15.

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça de Justiça, publicada em 29 de novembro de 2010, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional para o tratamento adequado na resolução dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução diz respeito sobre ampliação do acesso à justiça e da pacificação de conflitos por meio dos métodos alternativos, sendo esses métodos a conciliação e a mediação são instrumentos eficazes na pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças, sendo

imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais.

2.4 Mediação

A mediação pode ser definida como o meio alternativo para resolução de conflitos, por meio do qual um terceiro, o mediador incentiva as partes litigantes a chegarem a um acordo, aproveitando-se de uma eventual relação de proximidade pré-existente entre as partes litigantes, cabendo ao mediador apenas conduzir o processo de facilitação da comunicação para a resolução consensual do litígio.

Neste sentido Bueno, 2011 define a “mediação como sendo uma forma alternativa de solução de conflitos em que um ‘mediador’ estimulará os envolvidos a colocarem fim a um litígio existente ou potencial”. Seguindo o mesmo raciocínio, a “mediação é mais indicada aos casos em que já existe proximidade das partes, relação que pode ser anterior ou permanente, pois cabe ao mediador facilitar a comunicação” (DIDIER JÚNIOR, 2013).

A Lei de Mediação, nº 13.140/2015, de 26 de julho de 2015, dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, também destaca os meios consensuais de pacificação dos conflitos, destacando a mediação, buscando com isso reduzir o número de ações que tramitam no Judiciário, permitindo mais rapidez e celeridade nos processos.

3 AS AÇÕES DE FAMÍLIA NO NOVO CPC

O novo código de processo civil regulamenta as ações de família no seu capítulo III, o legislador inseriu esse capítulo específico em procedimentos especiais, com a intenção de recalcular o procedimento das ações de divórcio, reconhecimento e dissolução de união estável, alimentos, guarda, ações que envolvem sentimentos, que são as ações de família. O desejo do legislador quando inseriu esse capítulo é aplicar o procedimento especial, essa consideração, nas ações são aquelas que tramitam pelo procedimento comum, e na realidade sabemos que estamos vivenciando um momento diferenciado, que verificamos uma abertura para os mecanismos de para resolução de conflitos além do poder judiciário.

As ações de família, por envolver sentimentos afetivos, sentimento de dor e psicológicos se diferenciam dos outros tipos de conflitos, como por exemplo, os conflitos de relação de consumo, por esse motivo as ações de família necessitam de um tratamento diferenciado e foi nesse sentido que o legislador decidiu os inserir em um capítulo especial no novo código de processo civil.

Hoje se fala muito sobre os métodos de autocomposição, os mecanismos de resolução de conflitos de forma consensual, amigável. Nesse contexto o legislador ao inserir os meios alternativos de resolução de conflitos, teve a preocupação em mencionar de maneira específica a necessidade dessa audiência prévia, de conciliação e mediação, especificamente a mediação, que é propícia para esse tipo de litígio, quando temos essas ações tramitando, então o legislador colocou essa audiência meio que de modo obrigatório.

Desse modo, conforme o disposto no artigo 694 do novo Código de Processo Civil:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

É passível que o novo código de processo civil visa inserir um espírito de autocomposição, visando a maior efetivação nas resoluções de conflitos:

O Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a autocomposição, com a edição de diversas leis neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição com ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (art. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no processo (art. 515, §2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190) (DIDIER, 2016, p. 271).

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reconheceu que o encaminhamento das causas para os meios consensuais configura política pública, devendo sempre buscar uma via alternativa de composição de resolução de conflitos. O novo Código de Processo Civil trouxe como alternativas a mediação e conciliação,

mostrando a importância outrora revelada. No mesmo contexto, possibilitou-se a elaboração de uma lei específica disciplinando a mediação entre particulares e no âmbito da administração pública – Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Em suma, é notório o quanto o legislador aprecia a utilização dos meios alternativos na resolução dos litígios, substituindo a via judicial, principalmente em Ações de Família, já que o novo Código de Processo Civil adota esses ritos diferenciados.

4 MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA ADEQUADA AOS CONFLITOS FAMILIARES

A mediação familiar é um procedimento que visa uma reabertura de diálogo entre as partes, geralmente as partes quando entram na justiça para solucionar algum conflito, existem dores envolvidas e as pessoas acabam confundindo as questões que envolvem bens materiais com questões emocionais, e isso acaba gerando um grande obstáculo para os envolvidos, e diante desse sentimento a mediação surge como ferramenta, possibilitando que as partes abram um diálogo, permita que possam demonstrar os seus interesses e que não necessariamente seja perante o judiciário.

Conforme Junior (2007):

“... a mediação é o processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. O mediador, terceiro neutro e imparcial, tem a atribuição de mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as chegar a uma solução aceitável. A decisão é das partes, tão somente delas, pois o mediador não tem poder decisório nem influencia diretamente na decisão das partes por meio de sugestões, opiniões ou conselhos”

Conforme Andrade, 2010 a mediação no direito de família surgiu no Brasil por duas vias, uma vinda da Argentina, proveniente do modelo norte-americano, que busca precipuamente a negociação e, a outra, vinda dos países da Europa, em especial da França. Observa Barbosa, 2007 a diferença entre o modelo francês e o norte-americano, pois o primeiro conceitua a mediação como instrumento de transformação do conflito, enquanto o segundo privilegia a negociação, conceituando-se como resolução de conflitos.

A mediação busca trazer um meio de solução de conflitos de forma célere, permitindo para as partes que elas possam verificar o que é melhor para ambas, e com isso possa chegar em um acordo, mostrando como elas precisam se comportar diante dessa nova situação, como por exemplo, o divórcio, já que antes do conflito a vida delas era programada a dois, e nada melhor que o próprio casal para definir o que querem fazer

dessa nova situação da vida deles, como deve ser o comportamento e a mediação possibilita de que as partes sejam ouvidas e que após essa reunião, possam ter um consenso, otimizando tempo, evitando danos psicológicos e principalmente preservar os seus interesses.

Uma das situações que podemos destacar é a separação dos casais, muitas vezes diante daquele sentimento de raiva e sentimento negativo, eles acabam confundindo aquela situação e podem afetar em outros aspectos, como por exemplo, a alienação parental, e com a mediação eles tem um suporte maior, tendo um diálogo de forma direta, mais franca, respeitando os sentimentos de ambos, preservando a criança e possibilitando a reflexão das partes em cima daquilo que seja o melhor nessa condição de separação, tanto para elas como para os filhos. Essa contribuição do mediador é importante, pois o seu desempenho em tentar facilitar essa reflexão, utilizando técnicas específicas, os envolvidos no litígio conseguem visualizar nesse primeiro momento aquilo que é adequado para ambos.

O Poder Judiciário vem sofrendo com o número de aumento dos conflitos familiares, esse aspecto se torna bastante delicado, pois quando as partes procuram o judiciário levando seus conflitos, na forma de sentimentos e emoções, muitas vezes intensos e pelo fato do momento que estão passando acabam escondendo os seus reais interesses, dificultando ainda mais o trabalho do poder judiciário e conseqüentemente em relação às decisões proferidas, nem sempre será satisfatória para ambos, embora o juiz seja imparcial, ele se baseia nos fatos que estão expostos na inicial. Nesse contexto o processo judicial em muitas das vezes deixa a desejar, sendo dessa forma a mediação o método mais adequado em conflitos familiares, pois as partes possuem certo conforto, uma oportunidade em expressar seus interesses e prevenir conflitos futuros.

E tratando de conflitos familiares, alguns casos requerem uma resposta rápida do judiciário, porém sabemos que o judiciário se encontra bastante sobrecarregado, com muitos processos para serem julgados e poucos julgadores, com isso a efetividade jurisdicional fica comprometida, uma vez que os processos ultrapassam a duração razoável.

Então se entende que a mediação se apresenta como meio mais acessível de acesso a uma resolução de processo na justiça, sendo a forma mais adequada para o tratamento de conflitos familiares, de uma forma razoável na duração do processo e ao mesmo tempo contribuindo na diminuição do excesso de processos que existe no Judiciário.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo estudou a possibilidade de a mediação ser uma forma de acesso à justiça por conta dos seus inúmeros benefícios, aproximando a sociedade do judiciário de uma forma mais rápida e menos onerosa. É notório o quanto o acesso ao judiciário ajuda na organização e pacificação da vida em sociedade, fazendo com que a cada um viva de acordo com direitos e deveres sem invadir o espaço do outro.

A mediação se tornou no Poder Judiciário uma etapa obrigatória na resolução de conflitos, e é uma ferramenta que traz bastante satisfação para as partes envolvidas em litígios, pois além da rapidez, são preservados os sentimentos e vontades de ambas as partes, e com isso é possível uma convivência mais amigável dos litigantes.

Tratando-se de direito de família, a mediação é a ferramenta mais adequada, pois o mediador imparcial vai averiguar qual a melhor forma da resolução desse conflito. Visto que conflitos familiares precisam de um olhar mais sensível, diferentemente do direito do consumidor. O direito de família envolve sentimentos, emoções, mágoas, e se não for tratado de forma adequada pode deixar traumas e ressentimentos.

O Poder Judiciário, observando a complexidade do direito de família, viu o quanto um mediador pode ajudar na resolução de conflitos dessa área. Na maioria desses conflitos envolve crianças, que diferente dos adultos tem uma visão totalmente mais sensível em relação a divórcio dos pais ou até mesmo alienação parental. E para que a criança não sofra tantos traumas psicológicos, a mediação é a ferramenta adequada nesse tipo de litígio.

Além do olhar sensível nesses conflitos, a mediação possui outras qualidades que ajudam os envolvidos. Ela tem como características a rapidez com que o conflito seja resolvido, o custo mais baixo em relação aos outros, sempre visando à vontade de ambas as partes, fazendo com que nenhuma se sinta injustiçada ou insatisfeita na hora da decisão, já que com a mediação a responsabilidade do resultado do processo é dos próprios participantes, pois o mediador tem o trabalho apenas de facilitar a comunicação dos envolvidos.

A mediação se tornou algo fundamental no Poder Judiciário, tanto que em 26 de junho de 2015 foi publicada a lei de mediação, que veio para normatizar a mediação e especificar como ela deve ser usada dentro do judiciário. Com isso, a mediação se tornou um meio de acesso à justiça, já que muitos brasileiros não procuravam o judiciário por desconhecimento de seus direitos e também por ser conhecido como oneroso e lento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gustavo. Mediação familiar. In.: Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Neto Lôbo. (Coord). Fabíola Santos Albuquerque. [et al.]. Salvador: Podivm, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Temas Atuais de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

Almeida, Diogo Assumpção Rezende de. **A mediação no novo código de processo civil** / coord. Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo. – 2. ed – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BARBOSA, Águida Arruda. Estado da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.8, n.40, p.140-151, fev./mar. 2007

BRASIL. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010. Institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf. Acesso em: 23 de maio 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**, 1. – 5.ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CACHAPUZ. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Citado por RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson in A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 14ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013-vol 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. v.1. 12 ed. Salvador. Editora Jus Podivm. 2015.

DO LAGO, Andréa Menezes Rios Valadares. **Mediação no Direito de Família**. Doutrinas Essenciais - Família e Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

SADEK, Maria Tereza. (Org.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2010

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da Mediação e o Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

WEIZENMANN, Cristina. A Mediação Como Meio de Resolução de Conflitos no Direito de Família. 2009. Monografia. Univates, Lajeado

A LEI 13.964/2019 E OS IMPACTOS DECORRENTES DA PROGRESSÃO DE REGIME NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

JOSÉ ALVES DE MOURA JÚNIOR:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

KAYO ADRIANO DE MOURA COSTA CARDOSO¹⁵¹

(coautor)

GUSTAVO LUÍS RODRIGUES MENDES TUPINAMBÁ¹⁵²

(orientador)

RESUMO: O presente estudo buscou analisar a Lei 13.964/2019 denominada "Pacote Anticrime" e os impactos advindos de sua efetivação na progressão de regime. Assim sendo, este artigo teve como objetivo geral avaliar se as alterações produzidas pela Lei 13.964/2019 em relação a progressão de regime são favoráveis diante de uma visão garantista. Como base para a construção deste estudo, teve-se como problema: as alterações produzidas pela Lei 13.964/2019 em relação a progressão de regime foram favoráveis aos presos diante de uma visão garantista? Tendo como hipótese que a progressão de regime e a sua pertinência quanto aos presos traz a estes a efetivação de seus direitos e o cumprimento da justiça. Com isso, a metodologia deste estudo foi a pesquisa bibliográfica, método documental e procedimento monográfico, pois, analisados em conjunto trazem uma maior abordagem ao tema. Este estudo justifica-se pela caracterização de problemáticas que pudessem ser sanadas quanto aos critérios de progressão de regimes, em como esta situação pode ser importante para a construção do conhecimento de discentes e docentes, bem como a qualquer operador do direito que vise buscar entendimentos por meio de um dialeto mais transparente.

Palavras-Chave: Progressão de Regime; Alterações; Ressocialização.

Abstract: The present study sought to analyze Law 13.964/2019 called "Anti-Crime Package" and the impacts arising from its implementation on the progression of regime.

151 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universidade Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* kayoadriano.costa@hotmail.com

152 Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho Mestre em Direito pela PUCRS. *E-mail:* gustavomtradv@hotmail.com

Therefore, this article had the general objective of evaluating whether the changes produced by Law 13.964/2019 in relation to regime progression are favorable in the face of a guaranteeist vision. as a basis for the construction of this study, the problem was: were the changes produced by Law 13.964/2019 in relation to regime progression favorable to prisoners in the face of a guaranteeist vision? With the hypothesis that the progression of the regime and its relevance to the prisoners brings them the realization of their rights and the fulfillment of justice. With that, the methodology of this study was the bibliographical research, documental method and monographic procedure, therefore, analyzed together they bring a greater approach to the subject. This study is justified by the characterization of problems that could be solved regarding the criteria for progression of regimes, in how this situation can be important for the construction of knowledge of students and professors, as well as any operator of the law that aims to seek understandings by through a more transparent dialect.

Keywords: Regime Progression; Changes; Resocialization.

Sumário: 1. Introdução;2. Progressão de regime após a Lei 13.964/2019;3. A Progressão de regime e a falsa expectativa de ressocialização do preso após a Lei nº13.964/19;4. As consequências sofridas pela rigidez da progressão de regime após a Lei nº13.964/19;5. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da lei nº 13.964/19, comumente conhecida como “Pacote Anticrime”, houve muita austeridade no que tange as proposições acerca desta temática, sobretudo quando se trata da progressão de regime no sistema carcerário brasileiro, tem dividido opiniões entre doutrinadores e legisladores a respeito de sua reforma, sendo por muitos, definido como a “falácia da paridade de armas”, que condiz com o tratamento igualitário entre os sujeitos do processo.

Denota-se que, com a alteração da lei de execuções penais nos moldes da lei nº13.964/19, os critérios de progressão de regime passaram a ser mais rígidos, não somente refletiu na LEP, mas no código penal, no Código de Processo Penal e outras leis. Com isso, percebe-se que seus reflexos podem ser positivos ou negativos em todo o sistema legislativo brasileiro, os quais serão explanados a diante.

Nesse seguimento, busca-se realizar uma análise crítica a respeito da eficácia do pacote anticrime frente aos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, e aos princípios *pro reo*, ou seja, busca-se analisar se o atual sistema progressivo é eficaz e cumpre com a sua função ante a rigidez progressiva dos regimes no sistema carcerário, buscando avaliar os seus impactos em dois vieses, isto é, de maneira positiva e negativa.

Ante o breve exposto, tem-se como problemática de pesquisa o seguinte questionamento: As alterações produzidas pela Lei 13.964/2019 em relação a progressão de regime foram favoráveis aos presos diante de uma visão garantista? Face a isso, busca-se responder este estudo com base na indagação supracitada. Com vistas a responder a presente problemática, toma-se como objetivo geral avaliar se as alterações produzidas pela Lei nº 13.964/2019 em relação a progressão de regime foram favoráveis aos presos diante de uma visão garantista. De maneira específica, buscar-se-á avaliar todas as hipóteses de progressão de regime definido pela Lei 13.964/2019; analisar as alterações da LEP e a falsa expectativa de ressocialização do encarcerado e, por fim, as consequências sofridas pela rigidez da progressão de regime após a lei 13.964/19.

A presente temática busca, num todo, demonstrar a sua relevância acadêmica e social ante a inovação legislativa que tem se tornado um ponto de discussão amplo. A principal motivação intentada para a realização deste estudo, foi, *a priori*, o interesse pela área de pesquisa, que busca através do direito penal contemporâneo e das inovações legislativas acatar o que se é preferível aos direitos da sociedade, bem como o interesse em realizar uma pesquisa mais aprofundada do objeto principal, que está intrínseco com a área de atuação futura dos pesquisadores, daí insurge a sua motivação subjetiva. Busca-se, portanto, demonstrar a sua relevância acadêmica através da manifestação de suas duas faces, a positiva e a negativa, tratando de suas características e quais os principais fundamentos que embasaram a implementação da referida lei.

O interesse pela área da pesquisa justifica-se pela caracterização do desenvolvimento de problemáticas que pudessem ser sanadas quanto aos critérios de progressão de regimes, em como esta situação pode ser de grande valia para a construção do conhecimento de discentes e docentes, bem como a qualquer operador do direito que vise buscar entendimentos por meio de um dialeto mais transparente.

Nesse diapasão, optou-se por tratar da problemática no sentido de que esta pudesse ser respondida com hipóteses que possam ser ratificadas em relação a progressão de regime e a sua pertinência quanto aos presos diante de uma visão que garanta a este a

efetivação de seus direitos, dentro e fora do sistema carcerário, tratando desta situação por meio de uma visão ampla e que tenha o objetivo de explorar os dois lados.

No que diz respeito aos objetivos, estes foram estabelecidos como forma de justamente avaliar os dois lados, como exposto acima. De um lado, buscou tratar da progressão de regimes e suas hipóteses de aplicação e do outro, buscou tratar da aplicação de princípios em face dessa mudança e se há lesão aos princípios garantistas do réu, com as alterações advindas pelo pacote anticrime.

Para o melhor desenvolvimento desse estudo utilizou-se a pesquisa bibliográfica que consiste na análise de pesquisas, jornais, livros, entre outros. Sendo assim, um projeto baseado em um material pré-existente. Em razão disso, tem-se como principais autores de base dessa pesquisa: Metzker (2020), tolhendo comentários as principais mudanças ocasionadas pelo Lei; Cunha (2020) que analisou de maneira minuciosa as alterações trazidas no Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execuções Penais e Lima (2020) que, assim como os dois autores supramencionados, trouxe a sua visão e sua análise acerca das alterações na progressão de regime prisional; E de forma a complementar a pesquisa bibliográfica será utilizado a pesquisa documental pois são utilizadas obras originais, que possuem como objetivo a interpretação dos dados coletados para melhor inserir no contexto da pesquisa.

Quanto ao método de procedimento abordado será utilizado o monográfico, esse método é muito utilizado em conjunto com o bibliográfico, pois consiste na análise profunda de um material específico a fim de que se obtenha um resultado geral, ou seja, ao examinar um fato específico, seria possível obter um outro contexto mais geral do tema, explicando de forma menos particularizada.

2. PROGRESSÃO DE REGIME APÓS A LEI 13.964/2019

A vigência da Lei nº 13.964/2019 trouxe profundas mudanças na pena cumprida para fins progressivos do regime. Nesse sentido, como já mencionado, fica claro que o Código Penal em seu artigo 33, § 2º, estipula que a pena de prisão deve ser executada de forma progressiva, a fim de transferir gradualmente o agente de um regime mais severo para um regime mais moderado, através de uma pena de execução penal, de acordo com as disposições do artigo 112 da LEP (SCHAFFER, 2021).

A lei 13.964, mais conhecida como “Pacote Anticrime”, alterou de maneira abrupta o código penal, código de processo penal e diversas leis extravagantes, como a lei de execução penal, lei de crimes hediondos e tantas outras, no que diz respeito a vários aspectos (METZKER, 2020). E, por esta razão, surgiram inúmeras divergências em relação a promulgação da referida lei, sobretudo no que tange à progressão de regime.

O Sistema Prisional Brasileiro é constituído por um complexo que tem o fito de coibir a prática de crimes por pessoas reincidentes e também possui o objetivo de que pessoas primárias também não o cometam, através do encarceramento por determinado tempo até que a sua pena seja integralmente cumprida ou que o réu esteja em liberdade condicional, mas até a chegada de tudo isso que fora citado, tem um árduo e longo processo. Nesse sentido, percebe-se que as penas instituídas ao preso que são vistas como punição nada mais é do que uma prova da incompetência do Estado em encontrar maneiras novas e mais “humanas” de lidar com o crime (SILVA, 2021).

Denota-se que a principal finalidade do encarceramento é a ressocialização do preso, com o objetivo de que este não descumpra com mais nenhuma medida e consiga viver em sociedade. Entretanto, por meio da pena privativa de liberdade, semiaberto e depois para o regime aberto, não se pode dizer que o Estado se preocupa com essas medidas. O que se vê, na realidade, é uma situação muito distinta no que tange ao descumprimento do próprio Estado, em não preparar este condenado para voltar ao seio da sociedade com todas as garantias fundamentais de um cidadão, com os seus direitos garantidos e com a sua imagem “limpa” (PACHECO, DE SOUSA, 2020).

Com isso, surge a incógnita acerca das suas alterações e o quanto isso pode afetar os direitos do réu, no que diz respeito a sua progressão de regime. O pacote anticrime, como já citado, altera os dispositivos penais e processuais penais, por exemplo, a alteração do artigo 3º-A do CPP, que trata de direito processual e, ante isso, não tem o poder de retroagir e se aplicar a atos já realizados, mas tão somente a atos posteriores a sua implementação, de forma imediata, independentemente de ser benéfico ou não ao indivíduo (METZKER, 2020, p. 10).

É de se verificar que, é necessário destacar que a Lei de Execuções Penais foi promulgada em nosso ordenamento jurídico no ano de 1984 e, como o nome já clarifica, possui o condão de executar as normas e penas antepostas nas leis penais e processuais penais. Ademais, a LEP também tinha o condão de tratar acerca dos aspectos do indivíduo encarcerado em relação ao sistema penitenciário e a sua ressocialização, especificando seus direitos de assistência, labor, pena e outras questões que objetivam inserir o preso no seio social. (RIBEIRO et al, 2019).

Para tanto, no que tange a vários sistemas que existem na área da execução da pena, estabelecidos pelo Código Penal, Código de Processo Penal e LEP, o Brasil de maneira mais criteriosa, adotou o sistema progressivo de penas, uma vez que é um sistema mais rigoroso, o qual levaria o condenado a um isolamento absoluto, e dificultaria as suas chances de ressocialização. Estabelecidos, e, em seguida cumprindo alguns requisitos pré-estabelecidos, o condenado progredia a um regime menos rigoroso, por exemplo o semiaberto e, por fim, ao aberto (PACHECO, SOUSA, 2020).

Tais leis são regidas por princípios previstos constitucionalmente e que não devem ser violados. Cita-se pela dicotomia prevista em lei, haja vista que a previsão constitucional não admite a prisão perpétua. Diga-se de passagem, que o cumprimento das penas privativas não podem ser perpetuas e de nada prosseguiria se a CRFB/88 se admitisse que um indivíduo tivesse de cumprir uma pena de 80 anos, por exemplo.

Nesse viés, o art. 75 *caput* do Código Penal preceituava, em sua redação anterior, o cumprimento máximo de 30 anos de privativa de liberdade. Outrossim, justificando a sua reforma, a lei 13.964 alterou o *caput* da redação, sob o pressuposto de que a vida humana, que antes era em expectativa de 45,5 anos (conforme a redação inicial, nos anos 1940), para agora que, segundo estatísticas do IBGE, subiu para 76,3 anos, foi necessária à sua alteração para o limite de 40 anos, conforme o exposto a seguir: "Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos."(BRASIL, 1940). Ademais, se houver a fixação de penas em superior ao máximo proposto em lei, elas devem ser unificadas pelo juiz da execução, adequando-as ao limite fixado. Esta, entre outras foram uma das alterações advindas com o Pacote anticrime, portanto, prossiga-se.

Nesse interim, no que diz respeito a progressão de regime propriamente dita, o crime de roubo no Código Penal houve alterações específicas, tais como a inserção de causas de aumento de pena referente ao uso de arma branca como meio para o exercício da violência ou grave ameaça, nos quais estão previstos no art. 157, §2º, VII; bem como a inclusão também do dispositivo do §2º, alínea "b", que prevê aplicação em dobro da pena prevista no *caput* (reclusão, de quatro a dez anos, e multa), se a violência ou grave ameaça for exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido. (BRASIL, 1940).

Conforme Joia (2021), como tais mudanças ocorreram na lei 8.072/90 a Lei de Execução Penal também sofreu modificações. Nesse sentido, a mesma passou a prever que o agente deverá cumprir 40% da pena, se for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado a este, desde que seja réu primário; e exige o cumprimento de 60% da pena,

se for o agente reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, para, tão somente após, poder progredir de regime carcerário.

Destaca-se que, ao instituir a lei 13.964/19, foi revogado o artigo 2.º, § 2, da Lei de Crimes Hediondos, que impunha 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos) às pessoas condenadas por crime doloso ou equivalente, por meio do artigo 19 da Lei nº 13.964/2019, levando à concentração integral do lapso de tempo na obtenção de progresso de regime no artigo 112 da Lei nº 7.2010/84.

No entanto, analisando o dispositivo acima, verifica-se que os legisladores optaram por manter um intervalo de 2/5 (dois quintos) para infratores primários condenados por crimes hediondos ou equivalentes, reincidentes condenados por crimes hediondos ou equivalentes, correspondentes a 40% e 60% respectivamente, que se aplicariam a crimes hediondos ou equivalentes sem resultado morte.

Noutro giro, o percentual de 50% (cinquenta por cento) também será aplicado nas hipóteses do indivíduo que exerce comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crimes hediondos ou equiparados e pela prática de constituição de milícias privadas (artigo 112, inciso VI, alíneas “b” e “c”, da LEP) (GOUVEIA, 2021, p. 08).

Percebe-se, ante o exposto, que basicamente a nova legislação passou a prever prazos de cumprimento de pena diferentes para os réus primários em face dos que cometeram crimes mediante violência ou grave ameaça e aos crimes hediondos, com ou sem resultado morte.

Nesse diapasão, percebe-se que o pacote anticrime refez totalmente o artigo 112 da LEP e também revogou o artigo 2º, §2º da Lei nº 8.072/90, com o intuito de instaurar novos parâmetros para a progressão de regime que passa agora a ser calculada por meio de percentuais e não por meio de terços, conforme preconizava a antiga redação (MOTA, 2020, p. 27). Vislumbra-se, portanto, a nova forma de determinar a progressão de regime, conforme a tabela abaixo.

Tabela 1 – Demonstrativo do cumprimento de pena para a progressão de regime posterior a alteração efetuada no art. 112 da LEP através da Lei. 13.964/19 – Pacote anticrime.

Natureza do crime	Condição do apenado	Lapso Temporal
-------------------	---------------------	----------------

Crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça	primário	15% (dezesesseis por cento) da pena
Crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça	reincidente	20% (vinte por cento) da pena,
Crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça	primário	25% (trinta por cento) da pena
Crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça	reincidente	30% (trinta por cento) da pena
Condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado	primário	40% (quarenta por cento) da pena
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; c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada	primário	50% (cinquenta por cento) da pena
Condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado	reincidente	60% (sessenta por cento) da pena
Crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.	reincidente	70% (setenta por cento) da pena

(Tabela autoral, conforme as disposições e alterações promovidas pela LEP)

Conforme todo o disposto, percebe-se que muitas foram as alterações trazidas para o ordenamento jurídico brasileiro posteriormente a instituição do pacote anticrime. Foi possível compreender que em muitos casos, o livramento condicional é vedado, tal como nos crimes hediondos ou equiparados que tenham o resultado morte, cabendo, ainda, o cumprimento de 70% da pena para a progressão de regime, se reincidente.

No entanto, o significado literal da pesquisa tem causado muita polêmica, pois há uma lacuna legislativa para aqueles presos que são reincidentes, mas não cometeram nenhum crime hediondo ou semelhante, de modo que esses presos são excluídos da responsabilidade pela aplicação em 40% da pena, também é mais benéfico do que a legislação anterior, o que naturalmente torna estranho o chamado "pacote anticrime".

Nesse sentido, os requisitos temporais ora propostos vão muito além da antiga redação, ou seja, vão além do cumprimento de 3/5 da pena. Em partes, a legislação buscou tornar a questão progressiva mais detalhada, instituindo uma porcentagem diferente para cada uma das condutas ilícitas praticadas. Apenas os requisitos objetivos sofreram alterações no tocante a progressividade. De acordo com Mota (2020, p. 29) "o requisito subjetivo não sofreu nenhuma alteração, devendo o condenado ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento penal, para que então possa ter o direito de progredir para regime mais brando."

Nesse sentido, percebe-se que o marco da ressocialização pós a vigência do pacote anticrime trata-se de um verdadeiro marco na ressocialização do infrator, pois estimula o comportamento adequado desde o início da pena, podendo, então, ser reintegrado ao meio social. Note-se que este sistema difere dos sistemas anteriores na medida em que conduz os presos de volta a valores como o trabalho e o sentido de comunidade.

3. A PROGRESSÃO DE REGIME E A FALSA EXPECTATIVA DE RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO APÓS A LEI 13.964/19

Por muito tempo, anteriormente à década de 1970, uma série de estudos científicos, empíricos e teóricos foram desenvolvidos na tentativa de demonstrar que a vida dentro do sistema prisional fracassou em qualquer tentativa de ressocialização do indivíduo, ainda que, houvesse uma série de recursos investidos com essa finalidade, e isso se dá devido à o processo de desculturação.

Tal preceito pode ser exemplificado por um experimento criado por Philip Zimbardo e conduzido pelo Departamento de Psicologia de Stanford no ano de 1971, que criou uma prisão e dividiu os voluntários nos papéis de prisioneiros e carcereiros. A simulação deveria durar apenas duas semanas, mas teve que ser interrompida depois de

menos de uma semana, pois guardas falsos começaram a humilhar e abusar dos presos e começaram a exibir distúrbios emocionais fortes (PAIVA, 2020).

A prova de que o governo não conseguiu conter o crime impondo poderes disciplinares teve reações diversas. Por um lado, alguns argumentam que o fracasso dessa ideologia de punição é uma manifestação de repressão seletiva usada para moralizar as classes mais baixas, uma crítica bem servida no livro *Vigiar e Punir*, escrita pelo filósofo Michel Foucault. Por outro lado, para aqueles que não vão além das críticas ideológicas da teoria jurídica da pena, a reforma interna do sistema prisional é necessária para concretizar o ideal de reforma sem isentar a privação de liberdade julgada necessária à punição, uma ideologia que promove a defesa social e uma forma de legitimar a punição na sociedade (IBIDEM, 2020).

O instituto da ressocialização constitui um instrumento que visa dar ao preso uma chance para que este adentre na sociedade como alguém que realmente está disposto a ter uma oportunidade. A Constituição Federal prevê expressamente como sendo uma responsabilidade estatal de prover essa tutela. Em conformidade o artigo 5º XLIX é claro em expressar que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988).

Nesse diapasão, o Estado deve garantir a ressocialização perante a todos os cidadãos, bem como a plena execução de seus direitos e deveres como cidadão, com o fito de corroborar para a não violação de seus direitos, ferindo a dignidade da pessoa humana, devendo estes serem submetidos a uma integração social dentro dos estabelecimentos penais (GUIDO, 2015).

Como foi possível perceber, o intuito da ressocialização é justamente trazer à tona a dignidade do preso, além do mais, possui o condão de incentivar o aconselhamento na vida pessoal e profissional do preso, bem como tem como objetivo resgatar a autoestima do preso, para que possa efetivar projetos de amadurecimento pessoal, bem como conseguir proveito profissional na vida durante e após o momento prisional, pois muito embora o mesmo tenha cometido atos ilícitos, a sua vida não pode ser baseada em atos passados. (MELO, 2020).

Mesmo após a vigência do pacote anticrime e do comprimido meio de repressão, os principais objetivos da ressocialização não foram alterados pela incidência da lei, haja

vista que embora as condições de progressão de regime tenham alterado e dificultado a mesma, o objetivo da ressocialização é que, “ao executar a pena, deve-se oferecer ao indivíduo as condições necessárias para a sua ressocialização”, sendo essa uma das principais metas da ressocialização (GOUVEIA, 2021, p. 03).

Em raras ocasiões, pode-se perceber que os detentos se encontram mais envolvidos no processo de produção da ressocialização. No entanto, é compreensível que se o cárcere pudesse proporcionar a tarefa de crescimento pessoal, bem como se o trabalho prisional fosse organizado de outra forma, principalmente se fosse ordenado de forma a criar desafios e satisfazer as condições da tarefa, seria um fator mais eficaz na promoção dos requisitos de ressocialização.

É sabido que a Lei 13.964/2019 tem o condão de ser mais rigorosas em muitos aspectos, sobretudo no que se trata da progressão de regime, haja vista que o seu principal objetivo é ter mais efetividade no combate ao crime, sejam eles de corrupção, crime organizado, bem como crimes que sejam praticados com violência ou grave ameaça contra a pessoa. (LIMA, 2020). Cabe frisar, dentro desse contexto,

que o regime semiaberto é de suma importância para a ressocialização do condenado, tendo em vista ser um regime intermediário de cumprimento de pena, embora, na prática, sua finalidade está sendo desviado, ainda mais quando se impõe medidas mais restritivas de progressão, como ocorre com o pacote anticrime (DE ALMEIDA, 2020, p. 33)

Por essa razão, o semiaberto equipara-se diretamente ao regime fechado, sendo que, como decorrência disso, eventual ressocialização do apenado fica ainda mais prejudicada, visto que passará de 75 a 85% da pena em regime prisional. Entretanto, ainda que, a progressão seja mais rigorosa, a LEP continua com o seu texto intacto no que tange a ressocialização, no art. 1º, veja-se: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. (BRASIL, 1984). Com isso, o preso deverá ser estimulado a ressocializar, como forma de se fazer cumprir a finalidade da Lei e o dever do Estado, reinserindo o mesmo no contexto social.

4. AS CONSEQUÊNCIAS SOFRIDAS PELA RIGIDEZ DA PROGRESSÃO DE REGIME APÓS A LEI 13.964/19

Analisar as consequências advindas do Pacote Anticrime é uma pauta que não pode deixar de ser falada, haja vista a sua importância após o advento da referida lei. Após a sua incidência, grande parte das matérias de direito penal regidas anteriormente foram modificadas, cita-se a título de exemplo o instituto da legítima defesa, do aumento das penas, dos efeitos da condenação e principalmente da rigidez para a progressão de regime. Em grande parte, a lei tem o fito de coibir as práticas de outros crimes, entretanto de uma forma mais rígida. Aumentando consideravelmente os requisitos para a progressão.

Tais normas trazem grandes consequências para o ordenamento jurídico, principalmente no que tange a retroatividade da lei, que via de regra só ocorre para beneficiar o réu. Neste caso,

A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.910.240, por unanimidade reconheceu a retroatividade do artigo 4º da Lei nº 13.964/19 (o chamado pacote "anticrime"), na parte específica em que alterou o artigo 112, V, da Lei de Execução Penal, firmando-se a seguinte tese: "É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no artigo 112, V, da Lei nº 13.964/19, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante" (MOREIRA, 2021, online).

Tal "exceção à regra" pode trazer benefícios aos presos, mas fere constitucionalmente os preceitos da carta magna, em seu artigo 5º, XL da CF/88 que dispõe que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, impondo-se, assim, a irretroatividade da lei penal, salvo quando a lei nova seja benéfica ao acusado (BRASIL, 1988).

De tal maneira, é cabível referir que a primeira consequência da nova legislação é incontestavelmente a extratividade da lei penal – circunstância na qual uma lei pode disciplinar situação de fato ocorrente fora do seu período de vigência – que se estende também à Execução Penal, conforme entendimento pacificado tanto na doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Adicionalmente, em se tratando da progressão de regime e de suas consequências, é necessário frisar reiteradamente o supracitado. Na redação anterior ao pacote anticrime,

a primeira fração era de 1/6 de cumprimento da pena previsto na lei 112 da LEP – Anulada – no qual para a sua computação englobava não apenas os crimes hediondos, mas os comuns, como o roubo, corrupção, entre outros. Além do disposto, havia as frações de 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos) da pena da lei de crimes hediondos – lei 8.072/90, sendo tal fração condicionada aos sentenciados primários e secundários respectivamente (CANOLA, WANDECK FILHO, 2020).

Assim sendo, a redação do artigo 112 da LEP possuía uma aplicação a todos os crimes e sua forma de aplicação de progressão e execução da pena. Concluindo que a rigidez que se deu na modificação dos artigos com a alteração do pacote anticrime foi demasiada extrema, isso porque a Lei revoga a regulamentação anterior e estabelece oito prazos diferentes para o andamento do regime, que não mais se baseiam apenas no tipo de crime cometido (ordinário ou hediondo) e nas circunstâncias individuais penais (primitivo ou reincidente), mas também tendo em conta o *modus operandi* (conduta criminosa com ou sem violência ou grave ameaça), bem como as consequências do lugar que uma pessoa ocupa na organização criminosa.

Tais alterações configuram a rigidez que o Pacote Anticrime trouxe não apenas para a progressão de regime, mas reflete-se de maneira direta em toda a área penal. Simultaneamente após as recentes alterações provocadas pela Lei Anticrime é indiscutível a necessidade de observação das consequências que esta traz consigo. Evidentemente, houve inovações positivas, mas merece notável atenção aquelas que, por algum motivo, afetam totalmente um sistema prisional, narrativa este das modificações no regimento de progressão da pena, posterior de alterações na Lei de Execução Penal (MELO, MADRID, 2021).

Desta forma, é perceptível que tais regras supracitadas atinge não apenas a questão no que tange a superlotação carcerária, pois produz questões relevantes a outras esferas, como a legítima defesa, possuindo consequências negativas que são facilmente detectadas. Antes mesmo da entrada em vigor da lei. 13.964, no 3º trimestre de 2019, os números já eram alarmantes, conforme disposto na tabela a seguir:

TABELA 1 – Quantidade de estabelecimentos prisionais e sua ocupação referente ao 3º trimestre de 2019:

Região	Quantidade de estabelecimentos	Capacidade	Ocupação	Taxa de ocupação
CENTRO-OESTE	220	36.406	71.512	196.45%

NORDESTE	314	70.595	70.595	173,44%
NORTE	170	31.948	51.104	159,96%
SUDESTE	496	242.030	389.916	161,10%
SUL	194	66.356	87.128	131,30%
TOTAL	1.394	447.331	722.097	161,42%

Fonte: SISTEMA PRISIONAL EM NÚMEROS apud Melo e Madrid (2021)

Tais dados remontam o descaso e consequências da falta de estrutura que não só perdurou como ainda persiste. Isso porque, se por um viés o Brasil se encontra entre o ranking dos maiores movimentos de aprisionamento do mundo, por outro, as condições básicas de saúde se encontram precárias, a quantidade de celas prisionais já não é suficiente para abarcar a todos os presos e a superlotação gera uma consequente violência, principalmente no que tange a gangues internas formados por grupos e facções.

Tudo isso tem-se agravado demasiadamente, sobretudo quando se trata do processo de progressão que acaba por protelar a saída do preso e consequentemente a sua ressocialização social. De acordo com os preceitos formulados por Canola e Wandeck Filho (2020, p. 251), outras características que acabam por agravar a condição do preso está vinculado não apenas aos prazos de progressão de regime, mas o estabelecimento de oito prazos divergentes para cada sanção, se atendo a características como o “tipo de crime, a condição pessoal do sentenciado, o modus operandi do delito, suas consequências e até mesmo a posição ocupada pelo sentenciado em eventual organização criminosa”. Dando ao legislador uma sistemática mais ampla e prolixa no que tange a individualização da pena.

Com isso, é importante ressaltar, ainda que,

Embora rechaçado pela melhor doutrina, o entendimento que se firmou no Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de que, somadas as penas, nos termos do art. 111, parágrafo único, da LEP, a condição de reincidente do sentenciado se estende para todos os delitos em cumprimento de pena, mesmo para os cometidos quando ainda primário (WANDECK FILHO, 2020, P. 251).

Desta forma, pode-se perceber que as consequências advindas da alteração da lei penal podem, em partes, prejudicar aquele no qual tem buscado resolver os seus problemas por meio do cumprimento e posterior ressocialização. Trata-se de trazer a norma ao caso concreto e analisa-la, sem, contudo, deixar de aplicar o instituto que beneficia o réu, preceito fundamental da constituição, Carta Magna e que rege todas as relações, dentro e fora do ordenamento jurídico.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar a eficácia e os impactos da progressão de regime posterior a incidência da lei 13.964/19. Através de todas as pesquisas realizadas, foi possível concluir que o Pacote Anticrime impulsionou várias mudanças no âmbito do direito penal, com o objetivo de emitir leis mais eficazes e promover um tratamento mais rigoroso dos crimes mais graves, principalmente no que tange aos presos reincidentes.

Após a realização deste estudo, ficou claro que houve muita importância da entrada em vigor desta lei que altera os requisitos para a progressão institucional, criando disposições e proibindo direitos anteriormente concedidos. O primeiro capítulo deste artigo visou analisar este instituto posterior a entrada em vigor da lei; estas, que já eram rigorosas ficaram ainda mais rigorosas, e possuem o fito principal de coibir a prática de novos delitos. Adicionalmente, a tabela disposta deixou clarificada o aumento de pena e o lapso temporal para a progressão, abrindo margens a questionamentos. Muito tem se discutido sobre a natureza da reincidência exigida pelos legisladores, principalmente para crimes hediondos ou crimes equiparados os quais constam nos termos dos artigos 112 VII e VIII da Lei de Execução Penal, que são considerados o crime mais graves. Se, de fato, o Técnico Legislativo não tinha intenção de impor uma reincidência específica sobre o cumprimento dos percentuais de 60% e 70% previstos em lei, taxativamente o fez.

Já o segundo capítulo tratou sobre a falsa expectativa de ressocialização do preso. É nítido que o fito principal da lei é coibir a prática de novos delitos, mas a lei não traz em seu corpo alterações no que tange a ressocialização do preso, fazendo com que este não tenha a quem recorrer senão a vida do crime novamente. Foi perceptível que as leis estabelecidas no papel não são efetivadas; não há suporte ao ex-presidiário que quer recomeçar a vida de maneira justa. Infelizmente tratam-se de casos isolados, mas que prescindem de atenção, o que falta tanto dentro do sistema como fora dele.

O último capítulo deste estudo buscou tratar sobre as consequências sofridas pela rigidez da progressão de regime. Inicia-se justamente com o aumento dos números de

presos, a superlotação sempre fora um problema no Brasil. A falta de infraestrutura e de políticas públicas para o encarceramento sempre foi e sempre será um problema. O grande aumento previsto no quadro disposto apenas corrobora com o que aqui se expõe.

Deste modo, pode-se concluir que o pacote anticrime, ao passo em que pode ser um bom instrumento legislativo para coibir a prática de novos crimes possui dois entraves: fecha espaço pra superlotação carcerária e dificulta o processo de ressocialização que já não possui eficácia plena. Desta forma, o desenvolvimento do sistema de progressão é direito do infrator previsto em lei, cuja realização deve se limitar ao que for estipulado em previsão legal, definindo o poder punitivo do Estado e sua vontade, determinado pelo princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

ALVIM, S. C ; DE OLIVEIRA, L. F. A eficácia da progressão de regime no sistema penal brasileiro diante das normas e políticas públicas de ressocialização. Científic@-Multidisciplinary Journal, v. 1, n. 2, p. 16-35; 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347-DF, 2015. Relator Ministro Marco Aurélio.** Disponível em: <https://www.jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em: 23 de mar. de 2022.

CANOLA, B. C; WANDECK FILHO, F. A. O pacote anticrime e seus reflexos na execução penal—alterações e inconstitucionalidades do novo sistema de progressões de regime. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 26, p. 240-263; 2020.

CANOLA, B. C; WANDECK FILHO, F. A. O pacote anticrime e seus reflexos na execução penal—alterações e inconstitucionalidades do novo sistema de progressões de regime. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 26, p. 240-263;2020.

DA SILVA, F. J. M. A progressão de regime após as alterações trazidas pela lei 13.964 de 2019 na lei de execução penal—possíveis impactos no sistema penal brasileiro. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte;2021.

DA SILVA, F. J. M. A progressão de regime após as alterações trazidas pela lei 13.964 de 2019 na lei de execução penal—possíveis impactos no sistema penal brasileiro. 2021.

DE ALMEIDA, C. H. B. **Análise Crítica da Progressão de Regime no Sistema Penal Brasileiro**. Intertem@ s ISSN 1677-1281, v. 39, n. 39; 2020.

DE ANDRADE, C. C. et al. **O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais**. Texto para Discussão; 2015.

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

DICK, C. S. **Ressocialização Do Preso: Uma Revisão Bibliográfica**. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, v. 7, n. 1, p. 518-528, 2021.

FERRARI,P.F;MAXIMIANO,K. F. G. A. **saída temporária xo sistema legal brasileiro**. Revista Juris UniToledo, v. 6, n. 01;2021.

GOUVEIA, M. **A Progressão de Regime nos Crimes Hediondos após a Vigência do Pacote Anticrime**. Trabalho de Conclusão de Curso; 2021.

GUIDO, G. D. P. **Sistema prisional e a ressocialização do preso**. Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis–IMESA, Assis–SP;2015.

JOIA, M. M. B. **Pacote anticrime: alterações promovidas no Código Penal**. 24 mar. 2021;conteúdo jurídico. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56288/pacote-anticrime-alteraes-promovidas-no-cdigo-penal>. Acesso em: 20 de out. 2021.

LIMA, R. B. D. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. E-book.

LIMA, R. B. D. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19**. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm;2020.

MACHADO, N. O; GUIMARÃES, I. S. **A realidade do sistema prisional brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI, v. 5, n. 1, p. 566-581; 2014.

MELLO, B ; MADRID, F. D. M. L. **O Enrijecimento Da Progressão De Regime E O Reflexo No Sistema Carcerário.** Etic-Encontro De Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498, v. 17, n. 17; 2021.

MELO, R. E. R. D. S. **Pacote Anticrime:** Alterações Provocadas Pela Lei 13.964/2019. Pontifícia Universidade Católica de Goiás; Escola de Direito e Relações Internacionais. 2020.

METZKER, D. **Lei Anticrime:** Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento. Edição e revista atualizada, São Paulo: Ed. Cia do Ebook; 2020.

MOREIRA, R. A. **Retroatividade do pacote 'anticrime':** a recente posição do STJ. 30 de mai. De 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-30/romulo-moreira-retroatividade-pacote-anticrime>. Acesso em: 13 de abr. de 2022.

MOTA, M. P. Análise Da Alteração Do Art. 112 Da Lei De Execução Penal Em Decorrência Da Lei N° 13.964/2019 (Pacote Anticrime) E Seu Impacto No Ordenamento Jurídico. Fundação Educacional de Lavras; out. 2020.

PEREIRA, G. P; MAFRA, J. S.; SCHLICKMANN, F. O Retrocesso No Princípio Da Ressocialização No Brasil Após As Mudanças Da Lei Anticrime Na Progressão De Regime. Trabalho de Conclusão de Curso; 2020.

PACHECO, J. S. A; DE SOUSA, R. A. **A progressão do regime de cumprimento de pena como medida ressocializadora.** Faculdade Alfredo Nasser, p. 37. 2020.

PAIVA, L. A. D. **Política criminal atuarial:** uma visão da lógica gerencialista nas recentes alterações da lei penal brasileira. 55 f. Monografia (Graduação em Direito) - **Escola de Direito, Museologia e Turismo, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto;** 2020.

PEREIRA, G. P.; MAFRA, J. S.; SCHLICKMANN, Flavio. O retrocesso no princípio da ressocialização no brasil após as mudanças da Lei Anticrime na Progressão De Regime. **Ponto de Vista Jurídico**, p. 103-121;2020.

RIBEIRO, L. B. et al. **Sistema prisional brasileiro: a progressão de regime e a expectativa de ressocialização do preso.** Trabalho de Conclusão de Curso; 2019.

ROSSINI, T. R. D. O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso. 06 jan. 2015, DireitoNet. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8784/O-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>. Acesso em: 23 de mar. de 2022.

SANCHES, N. H. et al. Aplicação da detração penal sob a luz da constituição federal. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2020.

SCHAFFER, J. Progressão de regime da pena privativa de liberdade com o advento do pacote anticrime. Trabalho de Conclusão de Curso; 2021.

VASCONCELOS, A. W. S. D; VASCONCELOS, T. N. S. D. Direito, justiça, políticas públicas e a relação entre estado e sociedade. 1ª edição, Paraná, editora Atena; 2021.

VILLELA, A. L. D. C ; SILVEIRA, V. P. C. Pacote anticrime. Jornal Eletrônico Faculdade Vianna Júnior, v. 13, n. 1, p. 16-16, 2021.

DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

GUSTAVO ANTÔNIO MEIRELES MELGAR OIOLA:

Graduando em Direito da Faculdade São Lucas.¹⁵³

MARCELO LIMA DE OLIVEIRA

(orientador)

Resumo: O presente artigo visa estudar sobre o instituto das organizações criminosas no sistema penal brasileiro. O crime organizado surge, no sistema prisional, como um fenômeno de proporções extremamente preocupantes. Essa realidade demonstra que o Estado, além de não ressocializar o criminoso, tal como prevê a Lei n.º 7.210/84, Lei de Execuções Penais, acaba transformando o sistema prisional em um lócus de contaminação de valores criminológicos. Assim, fazer parte de uma organização criminosa é quase que uma condição *sine quo non* para o preso. O crime organizado tem provocado crises no sistema prisional de proporções inimagináveis, demonstradas pelas megarrebeliões, em diferentes estados, pois influencia, dita rumos, comanda, determinando, inclusive, execuções dentro e fora do sistema prisional e tudo cumprido fielmente. Desta forma, por meio da ressocialização será possível a reintegração do indivíduo no corpo social. Através da Lei de Execução Penal, que versa sobre a efetivação da decisão criminal de maneira a proporcionar condições para a integração social do transgressor e do apenado, foi possível evidenciar os direitos de integração ao sistema prisional, a assistência necessária garantida, a atuação e a relevância da conscientização e de apoio ao egresso a sociedade. A metodologia utilizada, é abordagem qualitativa, com intuito de gerar conhecimento para elaboração do texto científico, como o trabalho de conclusão de curso, se faz necessário um estudo pelo método dedutivo. E a análise dos resultados alcançados através da pesquisa e do referencial teórico adotado, de modo abordar as investigações contidas acerca do tema entre o campo do Direito Penal, voltadas a abranger o sistema penal brasileiro.

Palavras-chaves: Ressocialização. Sistema Prisional, Organizações Criminosas.

Abstract: This article aims to study the institute of criminal organizations in the Brazilian penal system. Organized crime appears in the prison system as a phenomenon of extremely

153 E-mail: gusttavomelgar@gmail.com

worrying proportions. This reality demonstrates that the State, in addition to not re-socializing the criminal, as provided for in Law No. Thus, being part of a criminal organization is almost a sine quo non condition for the prisoner. Organized crime has provoked crises in the prison system of unimaginable proportions, demonstrated by the mega-rebellions, in different states, as it influences, dictates directions, commands, even determining executions inside and outside the prison system and everything faithfully carried out. In this way, through resocialization it will be possible to reintegrate the individual into the social body. Through the Penal Execution Law, which deals with the execution of the criminal decision in order to provide conditions for the social integration of the offender and the convict, it was possible to highlight the rights of integration into the prison system, the necessary assistance guaranteed, the performance and the relevance of awareness and support to the egress to society. The methodology used is a qualitative approach, in order to generate knowledge for the elaboration of the scientific text, such as the course conclusion work, a study by the deductive method is necessary. And the analysis of the results achieved through the research and the theoretical framework adopted, in order to approach the investigations contained on the subject between the field of Criminal Law, aimed at covering the Brazilian penal system.

Keywords: Resocialization. Prison System, Criminal Organizations.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estudar sobre o instituto das organizações criminosas no sistema penal brasileiro. A conexão do crime organizado com o sistema prisional nada mais é do que uma consequência da realidade da instituição prisional brasileira.

Ademais, o domínio das organizações criminosas vem ajudando a deteriorar o sistema prisional devido as péssimas condições de estruturação, salubridade, saúde, trabalho, convivência social e familiar. O que acaba influenciando ativamente a reincidência criminal, visto que os direitos que seriam dever do Estado assegurar ao preso são prestados pelas organizações.

Nesse sentido, a falta de políticas públicas adequadas e eficientes impede tanto a aplicabilidade das normas Constitucionais quanto as da Lei de Execução Penal, assim como, a garantia dos direitos sociais. Por isso é difícil falar sobre a ressocialização do preso, sem a preservação dos direitos fundamentais corroborados na legislação vigente.

Diante disso, a ressocialização da pena pode ajudar no controle dos presídios? Além disso, ressocializar o detento conta com a exteriorização de sua vontade, pois se faz necessário que este, no exercício de seu livre arbítrio, queira ser reeducado.

Além disso, o sistema contribui significativamente para a recidiva de seus egressos, visto que estes se encontram em um meio que não fornece condições mínimas para que o preso escolha se quer ou não, permanecer na prática delitiva.

Portanto, o objetivo geral deste artigo é analisar se a ressocialização pode auxiliar no controle dos presídios brasileiros. Já os objetivos específicos são verificar os aspectos legislativos da organização criminosa; estudar o sistema prisional de Porto Velho e do Estado de Rondônia; e verificar como ocorre a ressocialização em Porto Velho.

Desta forma, com a implementação de ressocialização, se faria com a finalidade de que se reforme menos onerosamente o sistema, proporcionando maiores e melhores condições de execução penal e diminuindo a influência do sistema nos índices de reincidência.

E quanto a metodologia utilizada, será de abordagem qualitativa, com intuito de gerar conhecimento para elaboração do texto científico, como o trabalho de conclusão de curso, se faz necessário um estudo pelo método dedutivo. E a análise dos resultados alcançados através da pesquisa e do referencial teórico adotado, de modo abordar as investigações contidas acerca do tema entre o campo do Direito Penal, voltadas a abranger o sistema penal brasileiro.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Inicialmente, vale mencionar que há complexidade quanto à origem e definição das organizações criminosas. Tem-se que “organização”, segundo o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (FERREIRA, 1998, p. 1232) é “associação ou instituição com objetivos definidos” e ainda, “modo pelo qual se organiza um sistema”.

Diante da assertiva, tem-se, em precária suposição, que Organização Criminosa seja uma empresa ou órgão com objetivo de praticar crimes ou de praticar atividades ilícitas. A definição de organização criminosa sucinta diversos debates doutrinários porque não existe um critério consensual para tanto, além da sua dificuldade de tipificação legal.

De acordo com Marcelo Batlouni acerca do conceito de crime organizado:

Crime organizado é qualquer crime cometido por pessoas ocupadas em estabelecer uma divisão de trabalho: uma posição designada por delegação para praticar crimes que como divisão de tarefa também

inclui, em última análise, uma posição para corruptor, uma para corrompido e uma para um mandante. (MENDRONI 2002, P. 5)

É evidente que cada país possui particularidades próprias, que acabam dando contornos específicos às organizações criminais, contudo, não é menos verdade que cada uma possui características que são comuns a todas as organizações, o que lhes proporciona uma estrutura própria de atuação.

A este respeito afirma Wilson Lavorenti que:

As organizações criminosas, como regra, possuem uma organização empresarial, com hierarquia estrutural, divisões de funções e sempre direcionadas ao lucro. Elas possuem algo mais do que um programa delinquencial. Consubstanciam-se em um planejamento empresarial (custos das atividades e de pagamento de pessoal, recrutamento de pessoas etc) com firmas constituídas formalmente ou não. Quanto mais rica e firmemente estruturada a organização, menores os riscos nas suas atuações (LAVORENTI, 2000, p. 19).

Na verdade, impossível se faz a definição de organização criminosa apenas através de conceitos estritos ou até mesmo de exemplos de condutas criminosas. De forma que não se pode atar esse conceito, restringindo-o à determinada infração penal, pois as organizações criminosas detêm inacreditável poder variante.

Afirma Marcelo Batlouni Mendroni (2002, p. 7) sobre as organizações criminosas: “elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez”, pois quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade aos anseios da sociedade, já estará alguns anos em atraso e assim ocorrerá sucessivamente.

Logo, não há definição certa de crime organizado, ou organização criminosa, sendo que necessário se faz conhecer suas características para que se possa delas formular uma definição.

2.1 A LEI 9.034/95 E O CRIME ORGANIZADO

A Lei 9.034/95 também conhecida como a Lei do combate ao crime organizado, ingressou no ordenamento jurídico dispondo sobre os meios operacionais à repressão e à

prevenção das atividades praticadas pelas organizações criminosas sem que, a legislação pátria definisse o que vem a ser crime organizado.

Ao contrário do que deveria ocorrer, deu-se a entender que crime organizado seria qualquer delito decorrente de ações de bando ou quadrilha, como indica o art. 1º do mesmo dispositivo. Art. 1º: "Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre crime resultante de quadrilha ou bando" (BRASIL, 1995).

Nesse ponto a Lei Ordinária 9.034/95 foi infeliz, por não ter apresentado um conceito autônomo de crime organizado. Isso porque, como é sabido, nem todas as quadrilhas e bandos que cometem crimes os fazem de forma organizada e estruturada, descaracterizando-se do crime organizado. Ao que tudo indica, a intenção do legislador foi de criar uma modalidade de crime, quer seja organização criminosa, deixando ao intérprete o dever de fixar as demais características da organização criminosa.

Como afirma Luiz Flávio Gomes (1997, p. 89): "Aliás, a partir do art. 2º, a Lei 9.034/95 só tem sentido se entendermos que o legislador efetivamente criou essa nova modalidade criminosa".

O artigo 2º da Lei supracitada dispõe que "em qualquer fase da persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além do já previsto na Lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas".

De qualquer modo, necessário se faz suprir essa dificuldade de conceituação emanada da Lei 9.034/95, o que não permite que se faça interpretando tão somente os dois primeiros artigos isoladamente. Explica Luiz Flávio Gomes:

É da interpretação conjugada de tais dispositivos que poderemos delimitar o objetivo da Lei, isso porque não é nenhuma quadrilha ou bando que configura a organização criminosa explicada no art. 2º. A Lei foi feita para 'combate' o crime organizado (a criminalidade sofisticada), não a quadrilha ou bando (que entrega o amplo conceito de criminalidade sofisticada). Os meios operacionais (investigatórios e probatórios) foram pensados para o controle do crime organizado, não da simples quadrilha ou bando. Isso está explícito no título da Lei, onde se lê: Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para

a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (GOMES, 1997, p. 91).

Disso se conclui que os crimes resultantes de quadrilha ou bando, quando em concurso material, devem ser aplicadas as regras emanadas da Lei 9.034/95, o que é expressamente tipificado no art. 288 do Código Penal: "Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes" (BRASIL 1940).

Por fim, com a publicação da Lei 10.217 de 12 de abril de 2001, a alteração dos dispositivos da Lei 9.034/95, acabou por eliminar a eficácia de inúmeros dispositivos legais contidos na Lei 9.034/95.

2.2 A LEI 10.217/01 E O CRIME ORGANIZADO

Em abril de 2001 ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 10.217, modificando os artigos 1º e 2º da Lei 9.034/95, passando o art. 1º deste dispositivo a vigorar com o seguinte texto: "Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo" (BRASIL, 2001).

Tem-se que a própria Lei trouxe a incidência de associação criminosa, e ainda a diferença entre quadrilha ou bando das organizações criminosas, o que não aconteceu na Lei anterior.

Contudo, a partir da Lei 10.217/01, três foram os fenômenos que passaram a existir distintamente, a quadrilha ou bando, associações criminosas e organizações criminosas. Os dois primeiros fenômenos já estão conceituados no nosso ordenamento jurídico, porém a grande dificuldade relaciona-se às organizações criminosas, fazendo com que a Lei 9.034/95 perca a sua eficácia.

Na verdade, para o crime de quadrilha ou bando, necessário se faz o concurso de, ao menos, quatro pessoas, excluindo assim de seu conceito, as associações ou organizações criminosas que podem ser exercidas com duas ou três pessoas. A título de exemplo, quadrilha ou bando está tipificado no art. 288 do Código Penal; associação criminosa, na Lei de Tóxicos, artigos 14; art. 18, III; entre outros, conforme entendimento de Soliane Malagueta (2007).

Contudo, a organização criminosa continua não tipificada no ordenamento jurídico, fazendo com que, juridicamente, continuemos sem saber do que se trata. Tratando-se, portanto, de um conceito vago, totalmente aberto.

3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema prisional surge como encarceramento penal, separando o indivíduo da sociedade, para, durante o tempo de reclusão, ressocializá-lo. O desafio de promover a ressocialização através da técnica do isolamento vem sendo objeto de debates por causa da ineficácia que vem sendo demonstrada.

A primeira prisão brasileira foi a Casa de Correição da Corte, inaugurada em 1850, hoje conhecida como Complexo Frei Caneca, localizada no Estado do Rio de Janeiro, cuja técnica punitiva consistia na reabilitação do preso, através do trabalho, conforme entendimento de Soliane Malagueta (2007):

Os presos trabalhavam durante o dia, ficando isolados no período noturno, sob vigilância absoluta. O trabalho que realizavam durante o dia era tido como indispensável para sua nova formação, proporcionando-lhes a possibilidade de adquirir bons hábitos sem, entretanto, receber qualquer tipo de remuneração. Tal isolamento visava a romper o vínculo do infrator com o crime, dando a ele a possibilidade de refletir sobre seu ato (MALAGUETA, 2007, p.43).

Esse modelo de isolamento, conhecido como silêncio absoluto, não alcançou o objetivo desejado, uma vez que esse sistema se tendeu aos preceitos desejados, pois destinava-se somente a pequenas delinquências, que eram mais frequentes nas classes mais pobres.

Desde o ano de 1784 o Estado de São Paulo, tem a Cadeia de São Paulo, localizada no largo de São Gonçalo, hoje Praça João Mendes. Somente em 1852, é que surge a Casa de Correição, localizada na Avenida Tiradentes, onde os condenados obedeciam ao critério de individualização da pena. Com o aumento de presos, em 1920 é inaugurada a Penitenciária do Estado de São Paulo, cujo projeto foi de Ramos de Azevedo, com capacidade de abrigar 1.200 presos, dispondo, dentre outras coisas, de oficinas de trabalho, celas

individuais, iluminação natural no centro do prédio. Foi a partir da década de 1950 que se dá a criação, no Brasil, de inúmeras penitenciárias. Ainda na década de 50 tem-se a criação dos Institutos Penais Agrícolas, onde os detentos trabalham ao ar livre, não sendo aceitos por parte da sociedade, por não aceitar essa forma de punição (MALAGUETA, 2007, p.43).

É, como afirma Antonio Luiz Paixão (1987, p. 20): “a prisão moderna é, antes de tudo, uma ‘empresa de modificação de indivíduos’ que operacionaliza a racionalização de justiça penal”.

Embora o objetivo do sistema prisional seja promover a ressocialização do infrator, durante o período de seu apenamento, hoje os resultados apresentados, revelam que ele se tornou um “depósito” de infratores sem ter, praticamente, nenhuma chance de ressocialização.

3.1 O SISTEMA PRISIONAL DE RONDÔNIA

De acordo com as autoras Patrícia Vasconcellos e Camila Felici (2020) o sistema prisional do Estado de Rondônia possui um crescimento relativo de pessoas privadas de liberdades, que acarreta na lotação nos sistemas prisionais, tendo em vista as unidades prisionais não possuem capacidade para acolher tantos presidiários, neste sentido, vejamos a seguir:

Em 2017, a capacidade de lotação das unidades prisionais do Estado estavam aproximadamente 80% além do previsto (Infopen, 2017). O quadro nacional também demonstra que houve mais pessoas conduzidas a prisão do que o número de vagas criadas. Assim, comparando-se os dados de 2015 e de 2017, a superlotação aumentou de 65,8% para 69,2% (Infopen, 2017). Em Rondônia, a população carcerária, no ano de 2017, era de 11.427 reeducandos, contabilizando todos os regimes de cumprimento de pena – fechado, provisório, semiaberto e aberto. Dentro do cárcere são 8.226 pessoas privadas de liberdade para um quantitativo de 5.496 vagas, gerando um déficit de 2.730 vagas. Quanto aos monitorados eletronicamente em cumprimento de pena em casa, o número total alcança 924 reeducandos (VASCONCELLOS; FELICI, 2020, p.43).

Mesmo com as rebeliões ocorridas em 2002 e 2004, na Casa de Detenção José Mário Alves da Silva, conhecida como “Urso Branco”. Ainda que o cenário de superlotação das

unidades seja o fator central do qual decorre a violação de direitos das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional, é certo que ele não pode ser visto, de forma simplista, como a única causa dos problemas carcerários, conforme mencionado por Camila Serrano Giunchetti (2010).

A análise do cenário estadual revela outros fatores como a qualidade dos serviços penais, a gestão pública e a infraestrutura. Inclusive, o Estado brasileiro admite na petição enviada à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) com data de 22 de abril de 2003 que, de fato, o Presídio “Urso Branco” encontrava-se superlotado, sem condições de segurança, com situação de grave insalubridade, insuficiência de assistência médica e que havia alta ociosidade entre as pessoas privadas de liberdade. Após as duas citadas rebeliões, duas organizações não governamentais, a Comissão de Justiça e Paz de Porto Velho (CJP) e o Centro de Justiça Global (JG) apresentaram petições para a Comissão Internacional de Direitos Humanos pleiteando que esta solicitasse ao Estado brasileiro medidas urgentes para a proteção dos presos (GIUNCHETTI, 2010, p.52).

Posteriormente a esses fatos, a gestão prisional em Rondônia, mesmo com poucos recursos financeiros passou a investir na unidade prisional, de acordo com as recomendações recebidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, através da Resolução de 21 de setembro de 2005, bem como na construção de mais unidades pelo Estado para amenizar os problemas com a superpopulação e gestão. Nesse sentido vejamos a seguir a quantidade de estabelecimentos penais em Rondônia:

Segundo dados do Infopen de 2007, Rondônia possuía 29 estabelecimentos penais, sendo 16 penitenciárias (15 masculinas e 1 feminina), uma colônia agrícola, industrial ou similar e 12 cadeias públicas. De acordo com o plano diretor do sistema penitenciário do Estado de Rondônia havia meta de ampliação do número de vagas. A capacidade de vagas no sistema penitenciário, em janeiro de 2008, era de 3.174 vagas, sendo 2.500 o regime fechado, 430 no semi-aberto e 244 no aberto. Contudo, o déficit de vagas totalizava 2.594, no mesmo período, considerando todos os regimes de pena (SEJUS, 2007, p.01).

Em reportagem disponibilizada pela Ordem dos Advogados da Seccional de Rondônia, o representante da Comissão de Prerrogativas de Rolim de Moura, em debate sobre o processo de regionalização da execução penal na Comarca de Rolim de Moura afirma que:

Trata-se de uma política totalmente equivocada, até porque os melhores índices de ressocialização ocorrem em pequenas unidades prisionais, onde os presos estão próximos aos seus familiares e até para os próprios agentes penitenciários é muito difícil, pois fizeram concurso para trabalhar naquela unidade e eles são deslocados para outras, o que causa transtornos (SEJUS, 2007, p.01).

Com esse novo cenário, passa-se a analisar a problemática com o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana como garantia de direitos fundamentais básicos aos apenados, principalmente no que diz respeito ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes com os genitores, privados do direito de liberdade, pois estes, devem ser criados e educados no seio de sua família, conforme previsto no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

3.2 O SISTEMA PRISIONAL EM PORTO VELHO-RO

O gerenciamento do sistema prisional no Estado de Rondônia é responsabilidade da Secretaria de Estado de Justiça – SEJUS, anteriormente denominada por Secretária de Estado de Administração Penitenciária – SEAPEN, alterada pela Lei Complementar nº 412 (BRASIL, 2007).

A Gerência de Reinserção Social – GERES, instituída em 2015, parte pertencente a Secretaria de Estado da Justiça de Rondônia (SEJUS, 2019), atua na intenção de proporcionar meios para o efetivo cumprimento acerca das disposições legais na esfera da execução penal, neste sentido, assegurar as condições necessárias de assistência e promoção ao apenado, para sua reinserção social.

Ademais, a Secretaria de Estado da Justiça de Rondônia administra atualmente 12 (doze) estabelecimentos penais no município de Porto Velho, conforme demonstrativo do referido da INFOPEN da quinzena de maio deste ano, vejamos a seguir o quantitativo de presos em cada estabelecimento prisional, os quais totalizam em 7.413 (sete mil e quatrocentos e treze) presos:

Imagem 1: Quantitativo de presos por unidade prisional em Porto Velho em maio de 2022.

QUANTITATIVO DE PRESOS POR UNIDADE PRISIONAL				
QTE	REG	COMARCA	UNIDADE PRISIONAL	TOTAL GERAL
1	1	PORTO VELHO	PENITENCIÁRIA ESTADUAL JORGE THIAGO AGUIAR AFONSO	638
2	1	PORTO VELHO	CASA DE DETENÇÃO DR. JOSÉ MÁRIO ALVES DA SILVA (URSO BRANCO)	472
3	1	PORTO VELHO	PENITENCIÁRIA ESTADUAL EDIVAN MARIANO ROSENDO - (PANDA)	524
4	1	PORTO VELHO	PENITENCIÁRIA DE MÉDIO PORTE - (ANTIGO ÊNIO)	341
5	1	PORTO VELHO	CENTRO DE RESSOCIALIZAÇÃO SUELY MARIA MENDONÇA (PENFEN e PEPFEM UNIFICADAS)	120
6	1	PORTO VELHO	COLÔNIA AGRÍCOLA PENAL ÊNIO DOS SANTOS PINHEIRO - (CAPEP)	320
7	1	PORTO VELHO	UNIDADE DE INTERNAÇÃO MASCULINA MEDIDAS DE SEGURANÇA	20
8	1	PORTO VELHO	CENTRO DE RESSOCIALIZAÇÃO VALE DO GUAPORÉ (CRVG)	162
9	1	PORTO VELHO	UNIDADE DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO - UMESP (CAPITAL)	1366
10	1	PORTO VELHO	UNIDADE SEMIABERTO E ABERTO FEMININO E ALBERGUE MASCULINO - USAFAM	2852
11	1	PORTO VELHO	PENITENCIÁRIA ESTADUAL ARUANA	210
12	1	PORTO VELHO	PENITENCIÁRIA ESTADUAL MILTON SOARES DE CARVALHO (470)	388

Fonte: INFOPEN, 2022.

A superlotação é um dos maiores problemas presentes no sistema prisional do Estado, o alto número de apenados e a falta de vagas e espaço nas celas, tendo em vista que grande parte dos que ali se encontram são reincidentes. O aglomerado de pessoas torna-se situação facilitadora para a proliferação de doenças e violência entre os detentos.

Nesse sentido, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “a capacidade das unidades estaduais é para receber 5.804 presos. Como atualmente a população carcerária é de 10.179 pessoas, a superlotação corresponde a 75,4% no Estado de Rondônia” (G1/RO, 2021).

Desta forma, os desafios presentes no meio carcerário, estão muito além da superlotação, são consequências do abandono e descaso existente, o combate a esses desafios acarreta em métodos para evitar a reincidência na criminalidade, não somente no âmbito municipal.

Portanto, a fazer jus aos princípios elencados na Constituição Federal de proporcionar recursos e meios para a eficácia da ressocialização, bem como resguardar o direito da dignidade humana, trazendo com si resultados satisfatórios na reincidência criminal. Ademais, a fim de proporcionar meios para combater o crescimento da criminalidade e por consequência o aumento da população carcerária, em 1999 ocorreu a implementação do programa Pintando a Liberdade no Estado de Rondônia (SEJUS, 2019).

3.3 Lei de Execução Penal de 1984 E OS DIREITOS DOS APENADOS

A Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 tem como objetivo garantir ao sentenciado os direitos e deveres previstos por esta norma especial, sendo esta aplicada aos presos condenados, provisórios e internados, Lei de Execução Penal é taxativa conforme o art. 1º - “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão

criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

É importante observar que ao condenado o único direito que foi restringido, foi o direito à liberdade, portanto ao sentenciado devem-se garantir todos os seus direitos não atingidos pela sentença, assim dispõe a lei de execução penal em seu art. 3º “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (BRASIL, 1984).

A Lei de Execução Penal, disciplina sobre a classificação dos presos a partir do seu ingresso no sistema prisional conforme o art. 5º: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal” (BRASIL, 1984).

A Lei de Execução Penal em seu art. 6º: “A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizado da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório”. A classificação tem por objetivo escolher o estabelecimento prisional, os programas que propiciem sua ressocialização (BRASIL, 1984).

A comissão tratada nos artigos 5 a 8 da Lei de Execução Penal, será composta por servidores do quadro efetivo do sistema prisional, e serão responsáveis por elaborar o programa de individualização e acompanhar o condenado durante o cumprimento de pena, assim dispõe em seu artigo 7º:

A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1(um) psiquiatra, 1(um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade (BRASIL, 1984).

O Estado é responsável principal no processo de ressocialização, este tem o dever de garantir ao preso e ao internado toda a assistência que se fizer necessária, para que dessa forma possa garantir o mínimo de dignidade ao recluso e buscando reduzir-lhe o peso do encarceramento, assim preconiza o art.10 da Lei de Execução Penal; “Art. 10 – Assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único – A assistência estende-se ao egresso” (BRASIL, 1984).

São assistências conforme a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), expressa em seu art. 11: “A assistência será: material; jurídica; educacional; social e religiosa”. A assistência à

saúde do preso ou do internado visa à prevenção e cura, devendo ser disponibilizado atendimento médico, farmacêutico e odontológico. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados, que não podem constituir advogado por falta de recursos financeiros. A assistência educacional deverá proporcionar uma instrução escolar e formação profissional ao preso e ao internado. A assistência social tem o intuito de preparar o preso e o internado para o retorno à sociedade.

A assistência religiosa garante aos presos e aos internados a liberdade de culto, como também a opção pela não participação, devendo o estabelecimento prisional ofertar local adequado para a atividade religiosa. A religião sempre esteve presente na vida dos homens e não seria razoável no momento da suspensão de sua liberdade, também privá-lo de sua religiosidade.

Tendo em vista que, os presos passam um longo período dentro de suas celas em regra sempre superlotadas e praticam poucas atividades, a possibilidade de eles participarem de um culto religioso e interagir com outras pessoas ainda que por pouco tempo, provavelmente o estresse causado pelo enclausuramento será amenizado por esse momento de interação.

4 DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

As organizações criminosas adentram nos presídios do país, sem dúvida essa problemática no sistema prisional do país contribui sobremaneira no diz respeito ao crescente número de envolvimento de indivíduos dentro do sistema prisional com esses grupos.

É justamente nesse ponto vulnerável e aproveitando-se da situação, que esses jovens são recrutados pelas organizações criminosas. Indivíduos que muitas vezes cometem pequenos delitos, e ao se tornarem ingressos do sistema prisional transformam-se em criminosos de alta periculosidade, que por sua vez quando saem dos presídios envolvem-se em mais crimes.

Quando esses indivíduos saem do sistema carcerário não podem em hipótese alguma deixar de cumprir as ordens dessas organizações, pois saem com uma dívida a pagar, muitas organizações criminosas pagam até advogados para defender esses indivíduos, como a grande maioria são pobres ao ponto de muitos deles não terem condições financeiras de seus familiares os visitar, conforme entendimento de André Torres (SOUZA, 2019).

As organizações criminosas ajudam a bancar advogados, doação de cestas básicas e pagamento de viagens a familiares que moram longe por exemplo. É justamente onde os líderes dessas organizações criminosas atuam, para envolver esses ingressos do sistema prisional, aos seus grupos.

Segundo afirma Lacerda:

Na imensa maioria dos presídios, quem dita as regras de convivência entre os detentos são as organizações e não o poder público, como era de se esperar. Tal como acontece na esfera corporativa, com empresas de pequeno, médio e grande porte, as organizações têm suas particularidades. (LACERDA 2017, p. 04).

O problema, sem dúvida, é complexo e a solução para tal não é fácil, pois de certa forma por trás dos fatos, existe um contexto: socioeconômico, psicológico e antropológico, no que diz respeito ao envolvimento desses indivíduos com o mundo do crime, e, conseqüentemente com as organizações criminosas.

Pode-se mencionar vários fatores pelos quais contribui-se para o ingresso dessas organizações criminosas dentro do sistema prisional, no entanto não podemos e não devemos deixar de responsabilizar o papel do Estado na sua política frívola, no que concerne a sua responsabilização da política carcerária no país.

Lacerda (2017) afirma que o sistema prisional acaba retroalimentando os batalhões que lutam numa guerra em que as organizações criminosas são um resultado óbvio da expansão maciça do aparato prisional, conjugado com a crescente degradação e violação de direitos nesses ambientes.

O sistema jurídico brasileiro é fundamentado no positivismo jurídico. A sensação de insegurança nos últimos anos vem assustando a população brasileira, pois sabe-se que o Estado tem se omitido quanto ao que se refere a questão do combate a esses grupos criminosos que crescem a cada dia dentro do sistema prisional.

4.1 DA NECESSIDADE DO CONTROLE DOS PRESÍDIOS PELO ESTADO

Entre estudiosos e sociólogos há quem afirme que o Estado brasileiro nunca esteve no controle dos presídios nacionais, dada a sua omissão às necessidades do cárcere desde sempre. De fato, a ausência histórica e sistemática do Estado nos presídios brasileiros resta evidenciada pelos resultados da CPI do Congresso Nacional sobre o sistema carcerário

realizada em 1976, cujos resultados já apontavam superlotação, maus-tratos, falta de trabalho e de especialização do sistema penitenciário, problemas estes que não foram resolvidos e só se avolumaram com o decorrer dos anos, fortalecendo e legitimando o poder das organizações, conforme entendimento de Vanessa Galvão (HERCULANO, 2020).

As inúmeras ramificações das organizações para fora do cárcere abrangem quase todo o território nacional com conexões internacionais nos principais países produtores de cocaína na América do Sul.

A verdade é que hoje o combate a uma organização criminosa fora das cadeias requer, necessariamente, que se acabe com o seu poder quase absoluto dentro do cárcere.

É certo que a existência de organizações criminosas não é exclusividade brasileira, existindo diversas outras espalhadas pelo mundo, mesmo nos países mais desenvolvidos, podendo citar como exemplo o Cartel de Medellín, na Colômbia; a Ndrangheta e Camorra, na Itália; Yakuza, no Japão; Los Zetas, no México; A Bratva, na Rússia; e o Cartel de Sinaloa, no México. Não obstante, o surgimento das organizações dentro do sistema penitenciário é exclusividade brasileira. Lá fora a organização criminosa nasce nas ruas. Aqui, nasce nos presídios que potencializam a rede de contatos e fortalece as relações pessoais dos seus integrantes, funcionando como um motor de um ciclo evolutivo de atividades criminosas no país (HERCULANO, 2020, p.23).

Ora, a construção de presídios seguros e bem estruturados, onde efetivamente são respeitados os direitos humanos dos internos e garantida a ressocialização, é uma medida eficaz para inibir as organizações criminosas e, conseqüentemente, beneficiar toda a sociedade com a redução da violência urbana.

Com a terceira maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para os EUA e a China, conforme os últimos números divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), referentes a junho de 2016, o país precisa de ações planejadas, estratégicas eficientes, ideias e práticas inovadoras para mudar essa preocupante realidade, conforme entendimento de Vanessa Galvão (HERCULANO, 2020).

As autoridades públicas precisam sair do estado de letargia em que se encontram e provocar a deliberação política e social sobre a matéria. Aguardar a tragédia para anunciar pacotes de medidas emergenciais, construção de presídios e endurecimento das penas tem se mostrado desastroso e ineficaz, porque são medidas paliativas que não tratam a raiz do problema. Definitivamente a situação é gravíssima, tanto que se pode afirmar que o Brasil deixou de assistir a rebeliões provocadas como reação à precariedade das condições de encarceramento, como as que ocorreram na década de 80 e culminaram com o massacre do Carandiru, e passou a assistir a rebeliões orquestradas pelas organizações criminosas que reinam diante da incapacidade e omissão do Estado em gerenciar o sistema prisional brasileiro (HERCULANO, 2020, p.62).

De todas as medidas necessárias e urgentes, o oferecimento de condições mínimas de sobrevivência aos internos é uma excelente sugestão. O Estado precisa garantir, efetivamente, a vida dos presos dentro dos estabelecimentos penais para que o interno tenha opções de escolha e condições de ressocialização. Fala-se, aqui, da proteção do mínimo existencial do direito fundamental de respeito a integridade física e moral núcleo essencial intangível a ser assegurado, independentemente de condições adversas, limites financeiros ou colisão com outros direitos fundamentais.

Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres, menciona sobre o direito ao mínimo existencial, que:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão (TORRES, 2009, p. 30).

Portanto, é necessário aprimorar não apenas a estrutura dos presídios, mas também a estruturação de todos os órgãos de segurança pública para que os casos possam ser eficientemente investigados e que os processos possam ser analisados com maior celeridade. É urgente o aperfeiçoamento das operações de inteligência, intervenção e integração dos agentes de segurança e a modernização do sistema penal e de execução penal para que toda essa realidade seja transformada, conforme entendimento de Vanessa Galvão (HERCULANO, 2020).

A liberação desordenada de toda essa massa carcerária excedente, como defendem alguns estudiosos, sem a devida contraprestação do Estado no reforço do sistema de segurança pública como um todo, mostrasse equivocada. Não devemos esquecer que essas pessoas estão presas pelo cometimento de crimes graves, e devolvê-las precocemente à sociedade gerará outros três efeitos indesejados, que são o descrédito das instituições, a certeza do incremento da sensação de impunidade e a reiteração de atos criminosos graves.

O Estado precisa investir em mais qualificação nas investigações para que elas avancem contra os líderes das organizações criminosas e não resultem somente na prisão de intermediários e traficantes da ponta da organização. Não é soltando em massa que vamos resolver o problema.

Há um conjunto de condutas necessárias que perpassam pela imprescindível estruturação e qualificação dos órgãos de segurança pública; melhoria nas condições dos presídios e a efetivação dos direitos humanos dos internos. É necessário, também, que a sociedade entenda que o combate à criminalidade e a insegurança pública implicam, necessariamente, a preocupação com a tutela das condições dignas do encarceramento, conforme entendimento de Vanessa Galvão (HERCULANO, 2020).

Pois enquanto a opinião pública mostrar-se contrária, os poderes políticos não irão, por si sós, tomar a iniciativa de enfrentar o problema, em face, principalmente, do pouco prestígio popular sobre a matéria. A experiência mostrou que a violência contra os presos se reflete do lado de fora. Estudar as prisões e tudo o que ocorre lá dentro hoje é imprescindível para compreendermos como as atividades criminosas e o crime organizado estão se estruturando e articulando.

Tudo o que acontece nos presídios interessa a todos nós, mas a percepção da população sobre o sistema penitenciário nacional ainda está muito aquém da realidade, marcada, principalmente, pelo preconceito e desconhecimento da necessidade de se garantir o direito fundamental ao respeito e a integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX e § 1º), e isso precisa mudar.

4.2 DA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO EM PORTO VELHO

O objetivo da ressocialização é garantir ao preso a assistência necessária para que possa acontecer sua reinserção na sociedade, o acompanhamento familiar de maneira a entender as circunstâncias que o levou para a delinquência, adentrando assim possibilidades para reintegrá-lo à vida em liberdade, fator esse que depende de vários complementos, seja a vontade do apenado, o apoio estatal, o apoio da família ou da sociedade. Nesse sentido, Rogério Greco diz:

(...) o Estado, quando faz valer o seu *iuspuniendi*, deve preservar as condições mínimas de dignidade da pessoa humana. O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, muito mais grave, de tratá-lo como um animal. Se uma das funções da pena é a ressocialização do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá (GRECO, 2015. p. 127).

O Estado deve atender todos os requisitos existentes voltados para o apenado, o sistema carcerário e a sociedade, pois o intuito é buscar a efetivação dos direitos assegurados pela legislação. Desta forma, para este estudo compreende-se como ressocialização uma forma de inserção do preso na sociedade, ou seja, é a possibilidade para que o preso possa ser reinserido novamente à sociedade para conviver e participar da vida social.

No município de Porto Velho, assim como no Estado de Rondônia observou-se o incentivo da Secretaria do Estado da Justiça, em parceria com a Secretaria Estadual de Educação, investindo no trabalho de ressocialização, educação e acolhimento, como possibilidade de levar ao apenado, condições para que ele retorne a sociedade (SEJUS, 2019).

Os trabalhos de ressocialização encontram-se espalhados por todo o território do Estado de Rondônia. Conforme informações da Secretaria do Estado de Justiça, em três anos, levando em conta sua oferta desde 2017, houve um grande aumento no número de reeducando em trabalhos remunerados, aumentando de 750 para 2.550 reeducandos,

esses que são solicitados por órgãos públicos e instituições diversas para diferentes atividades (SEJUS, 2019).

Através da mão de obra desses apenados já foram realizadas limpezas em trechos da litorina da Estrada de Ferro Madeira Mamoré, a Igrejinha e a Vila Candelária, no município de Porto Velho, trabalhos de conservação e roçagem nas áreas da Fazenda Futuro, local esse onde é realizado a cultura do café colonial, bananeiras, etc. (SEJUS, 2019).

É a partir desta concepção que é possível perceber que não há como separar estes institutos, ambos se completam e buscam de modo igualitário proporcionar a execução do cumprimento da pena de forma digna e conforme preceitua legislação, para que ao fim do cumprimento de sua pena não retornem ao sistema penitenciário.

Neste sentido, deve-se destacar atividade exercida pelo apenado, o qual o levará a busca de valores morais e bens materiais, pois o oferecimento de cursos profissionalizantes acaba com um problema cultural e outro profissional, pois temos a concepção de que a pessoa não possuía uma formação e por não haver outra saída, elas foram para criminalidade, conforme entendimento de Jeferson Vieira (CALMON, 2020).

Com o propósito de que o trabalho surge para recuperar a dignidade humana do apenado, de forma a agregar formação, entre seus familiares e aqueles profissionais com quem conviverão.

No entendimento de Jeferson Vieira:

No entanto, não só o trabalho ajudará o apenado em uma ressocialização, mas também os estudos e uma profissionalização, pois quando esse apenado voltar a conviver em sociedade, ele poderá dar continuidade aos seus estudos e poderá dar início a sua nova profissão, pois de acordo com o levantamento realizado no ano de 1996 pela Pastoral Carcerária no Brasil, cerca de 87% (oitenta e sete por cento) dos apenados brasileiros não possuíam o 1º grau completo, o que leva a sociedade a pensar que todos os apenados são analfabetos (CALMON, 2020, p.01).

Como mencionado anteriormente, verificou-se que é essencial que a ressocialização realizada através de estudos, da formação profissionalizante e do trabalho,

em junção com a assistência e a saúde, para a reintegração do apenado a sociedade, de forma a se adequar as regras e voltar a conviver em harmonia novamente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verificou a situação do sistema prisional brasileiro com o surgimento das organizações criminosas que se mostram cada vez mais articuladas no território nacional.

Frise-se que essas organizações criminosas funcionam como uma espécie de Estado paralelo. Percebe-se a grande dificuldade do Estado em conter o imenso avanço que as organizações criminosas vêm tendo no país, quanto mais o Estado prende e se incham os presídios, menor é o poder de controle do Estado, a consequência disso é o domínio das organizações no sistema carcerário do país.

Além disso, também ficou evidente, a necessidade de que a sociedade entenda a importância da matéria, e não apenas apoie, mas cobre as medidas necessárias para garantir as condições dignas do encarceramento como forma de combate à força das organizações criminosas. Só assim o Brasil vencerá o caos do sistema prisional brasileiro e poderá deixar de ser agente permanente de violação de direitos fundamentais e descumpridor das obrigações internacionais firmadas.

A ressocialização é um assunto muito discutido, com o propósito de encontrar uma solução para o caos que se tornaram as penitenciárias. A ressocialização nada mais é que a busca pela recuperação do delinquente, para que este possa retornar sua vida em sociedade.

Além disso, na cidade de Porto Velho a superlotação é um dos maiores problemas presentes no sistema prisional do Estado; a falta de vagas e espaço nas celas. Nesse sentido, fica claro que administração pública ainda deve rever os métodos para se evitar a superlotação nos presídios, bem como a aplicação de estudos de formação profissionalizante e de trabalho, em junção com a assistência e a saúde para que seja aplicado as medidas ressocializadoras de forma eficaz na cidade de Porto Velho.

Portanto, com a aplicabilidade das medidas ressocializadora, será possível a reintegração do apenado à sociedade, de forma a se adequar às regras e voltar a conviver em harmonia novamente. Bem como, garantir o direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes com os genitores, privados do direito de liberdade, como forma de aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana aos

apenados. Além disso, proporcionar meios para combater o crescimento da criminalidade e por consequência o aumento da população carcerária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del2848.htm. Acesso em: 03 mai. 2022.

_____. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Senado, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. **Lei Complementar nº 412, de 28 de dezembro de 2007.** Disponível em: <https://sapl.al.ro.leg.br/norma/3841>. Acesso em: 01 mai. 2022.

_____. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

_____. **Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001.** Altera os arts. 1º e 2º da Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10217.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

CALMON, Jeferson Vieira. **Análise do processo de ressocialização, com foco a reinserção do indivíduo na sociedade.** Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/analise-processo-ressocializacao-com-foco-a-reinsercao-individuo.htm>. Acesso em: 15 abr. 2022.

G1/RO. **Número de presos cai 2,7% em RO, mas presídios seguem com 75% de superlotação em meio à pandemia. 2021.** Disponível em: <https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2021/05/22/numero-de-presos-cai-27percent-em-ro-mas-presidios-seguem-com-75percent-de-superlotacao-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 13 mai. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e políticos-criminal**. 2. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora RT, 1997.

GIUNCHETTI, Camila Serrano. **Globalização e direitos humanos. Estudo acerca da influência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as Instituições Domésticas: o caso do Presídio “Urso Branco” (RO)**. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília Instituto de Relações Internacionais. Brasília, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** / Rogério Greco. 17. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HERCULANO, Vanessa Galvão. **O domínio das organizações criminosas nos presídios brasileiros e o caso da chacina de altamira/PA como reflexo dessa realidade**. 2020.

Disponível em:

<https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revistacsp/article/download/211/184/609>. Acesso em: 10 mai. 2022.

INFOPEN. **Estatísticas do Sistema Penitenciário 2022**. Disponível em:

<https://rondonia.ro.gov.br/wp-content/uploads/2022/05/1aQUINZENA-MAIO-2022.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2022.

LACERDA, Ricardo. **Organizações – Um raio X dos grupos que transformaram o crime em uma indústria no Brasil**. Dossiê Super Interessante, 2017

LAVORENTI, Wilson. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000.

MALAGUETA, Soliane. **O sistema prisional e o crime organizado**. 2007. Disponível em:

<https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/o%20sistema%20prisional%20e%20o%20crime%20organizado.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PAIXÃO, Antonio Luiz. **Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso**. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1987.

SEJUS, Secretaria de Estado da Justiça. **Plano Diretor do Sistema Penitenciário de Rondônia**. Relatório da situação atual do sistema penitenciário, 2007. Disponível em:

<https://www.mpro.mp.br/documents/10180/580287/Plano+Diretor+Sistema+Penitenci%C3%A1rio+RO.pdf/b9d96f4b-c04f-4177-a931-d6450633e57a>. Acesso em: 22 abr. 2022.

SEJUS/RO. **Pintando a Liberdade, Secretaria de Estado da Justiça, Rondônia, 2019.** Disponível em: <http://www.rondonia.ro.gov.br/sejus/institucional/infopen/infopen-2019/>. Acesso em :12 abr. 2022.

SEJUS/RO. **Secretaria de Justiça abriu mais vagas para reeducandos.** Disponível em: <http://www.rondonia.ro.gov.br/em-tres-anos-secretaria-de-justica-abriu-mais-de-25-mil-vagas-para-reeducandos-em-orgaos-publicos-e-instituicoes/>. Acesso em 22 abr. 2022.

SOUZA, André Torres de. **Facções criminosas nos presídios brasileiros: Dificuldades de Enfrentamento ao Crime Organizado pelo Estado Brasileiro.** 2019. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/2406/1/Artigo%20-%20Andr%c3%a9%20Torres%20de%20Souza.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral de; FELICI, Camila Batista. **Rondônia: o princípio da dignidade da pessoa humana e a regionalização dos presídios.** Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Rond%C3%B4nia%3A-o-princ%C3%ADpio-da-dignidade-da-pessoa-humana-Vasconcellos-Felici/8f01600d734ee494da155f36de1a295357e34a3c>. Acesso em: 29 abr. 2022.

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE COMO FUNDAMENTO DE CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NA AÇÃO POPULAR

CAROLINE MOURA E TAWARAYA:

Formada em Direito pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus, advogada com experiência em contencioso de massa e contencioso estratégico, pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universitária Católica de Minas Gerais – PUC Minas.

RESUMO: O presente artigo propõe a análise de julgados que protegeram, ou não, a moralidade ao julgar ações populares para o restabelecimento ou proteção dela, a despeito da ausência de prejuízo ao patrimônio público. Se busca, também, superar o entendimento de haver a necessidade da ocorrência do prejuízo ao patrimônio, visto que os princípios devem ser protegidos, pois são comandos normativos dotados de aplicabilidade. E, o cidadão, como parte legítima para propor a ação popular, tem o direito de busco junto ao Poder Judiciário a tutela a moralidade da Administração Pública.

Palavras-chaves: princípios; moralidade; ação popular; cidadania; democracia direta.

Sumário: 1. Introdução: 1.1 1.1. Solução dada ao caso. – 2. Revisão da Jurisprudência. 3. Revisão Bibliográfica. 4. Posicionamento Crítico Fundamentado. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é a análise da Repercussão Geral 836 do Supremo Tribunal Federal (STF) de relatoria do Ministro Dias Toffoli julgada pelo Tribunal Pleno em 27 de agosto de 2015 e publicada em 09 de outubro de 2015. Seu objeto é a análise da exigência de comprovação de prejuízo ou material aos cofres públicos como condição para a propositura de ação popular.

O pano de fundo da ação popular 380/2008 (numeração única 275-96.2007.811.0041) é a alegação de afronta ao princípio da moralidade que o Decreto n. 4.399 de 2006, editado pelo então prefeito do Município de Cuiabá, que elevou as tarifas de transporte público, traz em si.

O autor da ação popular alega que o referido decreto violou a Lei Orgânica do Município, a qual estabelece que as tarifas somente poderiam ser revistas com a mesma periodicidade do reajuste salarial dos servidores públicos municipais e num percentual nunca superior a esse reajuste. Também foi alegado que o reajuste das tarifas ensejaria

aumento dos gastos públicos em decorrência do custeio de 50% (cinquenta por cento) das passagens dos estudantes.

Em 14 de abril de 2011 a ação foi extinta sem resolução do mérito. Como parte da fundamentação veio o seguinte argumento:

“Ante ao exposto, diante da ausência de um dos requisitos necessários para propositura da ação popular, qual seja, a lesividade ao patrimônio público, resolvo o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inc. IV do Código de Processo Civil.”

Contra a sentença foram interpostos recursos de apelação, os quais tiveram provimento negado, mantendo-se a extinção do feito sem resolução do mérito.

Contra o acórdão foi interposto recurso extraordinário alegando violação ao artigo 5º, inciso LXXVIII e 37, “caput”, ambos da Constituição Federal, pois o decreto que aumentou a tarifa não respeitou o disposto na Lei Orgânica do Município de Cuiabá, que vincula o reajuste da tarifa ao reajuste dos servidores municipais, os quais estavam sem reajustes há 11 (onze) anos. Não foram apresentadas contrarrazões, apesar da regular intimação.

O extraordinário não foi admitido no Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Contra a decisão foi interposto agravo e respectiva contraminuta.

Foi reconhecida a repercussão geral por tratar-se de matéria que extrapola o interesse das partes envolvidas e mostra-se “relevante do ponto de vista social e jurídico”, conforme acórdão.

1.1. Solução dada ao caso:

O apelo extremo, e, por conseguinte seu agravo, foram acolhidos. O STF, seguindo os reiterados posicionamentos semelhantes, entendeu que a lesão à moralidade não necessita estar acompanhada da efetiva e comprovada lesão ao patrimônio público material, conforme ementa do acórdão, que assim diz:

“Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Condições da ação. Ajuizamento para combater ato lesivo à moralidade administrativa. Possibilidade. Acórdão que manteve sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que é condição da ação popular a demonstração de concomitante

lesão ao patrimônio público material. Desnecessidade. Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida. 1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A decisão objurgada ofende o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico. 3. Agravo e recurso extraordinário providos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência.” (ARE 824781 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 08-10-2015 PUBLIC 09-10-2015)

O reconhecimento da repercussão geral teve o voto da maioria, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio e sem se manifestarem os Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber.

Ademais disso, o julgamento no mérito teve o voto da maioria, sendo vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki.

2. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Faz parte do presente estudo exemplos de como o Judiciário tem apreciado as ações populares quando algum cidadão busca ver concretizada ou restaurada a moralidade de um ato administrativo.

No recurso de apelação contra sentença que extinguiu sem resolução do mérito uma ação popular proposta o Estado do Piauí, que na sua origem tinha por objeto a inconformidade às renúncias e isenções fiscais por representarem ilegalidade dado o desvio de finalidade, pois não atenderem aos requisitos legais, foi exarado o entendimento de que deve ser demonstrado o prejuízo ao patrimônio material. Vejamos:

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO POPULAR. ILEGALIDADE E LESIVIDADE DO ATO. DECRETO. CONCESSÃO DE RENÚNCIA E INCENTIVOS FISCAIS. NULIDADE DA SENTENÇA. VIOLAÇÃO ÀS REGRAS PROCESSUAIS – INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS DA ILEGALIDADE E LESIVIDADE. ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. O apelante defende, preliminarmente, a nulidade da sentença, por não

apreciar o pedido de elaboração de cálculo, necessário para viabilizar a comprovação da lesividade reclamada, e, ainda, por inocorrência da audiência prevista no art. 334, CPC e por violação aos artigos 357 e 464, do mesmo estatuto processual. 2. O requisito objeto da ação popular diz respeito à natureza do ato ou da omissão do poder público a ser impugnado, que deve ser, obrigatoriamente, lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade, seja por imoralidade. 3. Na propositura da ação o autor deve, de logo, apontar o ato administrativo capaz de provocar lesão ao patrimônio público, porquanto ônus probatório, embora dinâmico, recai sob suas atribuições na forma disposta no Código de Processo Civil ao instituir que caberá ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e, caberá ao réu, provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos direito. 4. Apesar do art. 370 repetir as regras contidas no art. 333 do CPC/73, o parágrafo primeiro permite que o juiz, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribua, em decisão fundamentada e, com atenção ao princípio do contraditório, o ônus da prova distribuído de forma diversa. 5. Mesmo assim, é de se acentuar que o destinatário da prova é sempre o processo que recebe o provimento jurisdicional, cabendo, no entanto, ao juiz a dispensa da prova pericial. É o que diz o art. 472, CPC, que traz essa possibilidade desde que as partes apresentem sobre a questão de fato controvertida pareceres técnicos ou documentos elucidativos que o julgador entender como suficientes. (...) MÉRITO. 10. O Apelante aforou Ação Popular, apontando como atos ilegais a edição dos Decretos Estaduais nºs. 11.591 e 11.641, concedendo tratamento tributário privilegiado, garantindo incentivos fiscais às Empresas SOCIMOL – INDÚSTRIA DE COLCHÕES E MÓVEIS LTDA. e GUADALAJARA S/A – INDÚSTRIA DE ROUPAS. 11. Sustenta que os atos lesivos ao erário são representados pela ilegalidade das renúncias fiscais e isenções fiscais à vista do desvio de finalidade o que representa a nulidade absoluta das isenções tributárias. 12. A ilegalidade do ato, no caso, somente decorrerá se posto em desatendimento aos pressupostos constitucionais expressos no art. 37, CF, pelos quais o ato administrativo vincula a Administração aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e

eficiência. 13. Os decretos questionados tiveram como base de edição a Lei nº 4.503/92, assim como a Lei nº 4.859/96 que regula em seu artigo 1º, a concessão de isenção de ICMS no Estado do Piauí. 14. Resta demonstrado que a edição dos decretos concedendo renúncia e incentivos fiscais às empresas demandadas teve como base a legislação específica. 15. Com efeito, os atos apontados como lesivos ao patrimônio público, além de encontrar amparo na legislação própria, não restaram comprovadas lesividade ao erário. 16. A inexistência de prova inequívoca acerca do binômio ilegalidade-lesividade conduz à improcedência da ação constitucional, mormente porque “é pressuposto da ação popular que o ato além de ilegal, seja lesivo ao patrimônio público. Inexistindo provas nesse sentido, impõe-se a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido. 17. Preliminares de nulidade da sentença afastas para conhecer do recurso mas para negar-lhe provimento, mantendo a sentença recorrida. 18. Decisão unânime. (TJPI | Apelação Cível Nº 2017.0001.006231-5 | Relator: Des. José James Gomes Pereira | 2ª Câmara de Direito Público | Data de Julgamento: 11/04/2019)

Por outro lado, também no Estado do Piauí, na Ação Popular n. 0000480-66.2012.8.18.0038 intentada contra o Município de Morro Cabeça do Tempo e Valdiel Alfredo Nepomuceno, ex-prefeito do município, em razão de nomeação de candidato no período entre os três meses anteriores ao pleito até a posse do eleito, houve a alegação de falta e interesse de agir, pois a ação visava tão somente questionar a validade das nomeações. Entretanto, no mesmo sentido do Supremo Tribunal Federal, foi exarada a sentença, conforme trecho a seguir:

“Assim, conforme previsão constitucional, a ação popular se presta a defesa da moralidade administrativa de forma genérica, como também as causas que visem anular ato lesivo ao patrimônio público.

Deste modo, sendo possível a ação popular para defesa da moralidade administrativa, não há ausência de interesse de agir.”

A Câmara de Direito Público do mesmo Tribunal entendeu em consonância com o Supremo Tribunal Federal, e, mantendo a sentença acima referida ao analisar a remessa necessária n. 2016.0001.001757-3, exarou julgamento com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – AÇÃO POPULAR – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR – AFASTADA –

CONCURSO PÚBLICO – CONTRATAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS – FINAL DE MANDATO DE PREFEITO – SENTENÇA MANTIDA – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E NÃO PROVIDA

1. É cabível ação popular quando há evidente questionamento sobre moralidade administrativa. Preliminar de falta de interesse de agir afastada.

2. Não há que se falar em violação ao inciso V, alínea c, do art. 73, da Lei n. 9.504/1997 na medida em que o concurso público fora homologado antes do prazo proibitivo prescrito no referido inciso.

3. Remessa necessária conhecida e não provida à unanimidade.

(TJPI | Reexame Necessário Nº 2016.0001.001757-3 | Relator: Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar | 4ª Câmara de Direito Público | Data de Julgamento: 11/10/2017)

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consonante e assim afirma: “A Jurisprudência do STJ admite o ajuizamento da ação popular na defesa da moralidade administrativa, ainda que inexista dano material ao patrimônio público”. (STJ, REsp 964909/RS, Rel. Min. Eliana Calmon. DJe 23/11/2009)

Na mesma direção, decidiu o STJ, ao julgar recurso especial de uma ação popular contra uma lei municipal que transformou um loteamento residencial em um município no Estado de São Paulo em tipo misto para atender a interesses de algumas pessoas:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE MATERIAL. OFENSA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. CABIMENTO. LOTEAMENTO TIPO RESIDENCIAL. TRANSFORMAÇÃO EM TIPO MISTO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE JULGADOS DO MESMO TRIBUNAL. SÚMULA 13/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. A ação popular é instrumento hábil à defesa da moralidade administrativa, ainda que inexista dano material ao patrimônio público. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 774.932/GO, DJ 22.03.2007 e REsp 552691/MG, DJ 30.05.2005).

2. *O influxo do princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal, traduz-se como fundamento autônomo para o exercício da Ação Popular, não obstante estar implícito no art. 5º, LXXIII da Lex Magna. Aliás, o atual microssistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje compostos pela Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, revela normas que se interpenetram, nada justificando que a moralidade administrativa não possa ser veiculada por meio de Ação Popular.*

3. *Sob esse enfoque manifestou-se o S.T.F: "o entendimento no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LI do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico." (RE nº 170.768/SP, ReI. Min. Ilmar Galvão, DJ de 13.08.1999).*

(...)

6. *Sob esse enfoque o acórdão recorrido assentou: "(...) A imoralidade do ato administrativo está bem estampada na Ata da Seção Extraordinária, realizada na Câmara Municipal de Bady Bassit no dia 23.12.1996, quando o Projeto de Lei nº 63/96, de autoria do Executivo Municipal foi discutido e aprovado. Restou evidente que a transformação do loteamento residencial para de uso misto foi unicamente para atender interesses de algumas pessoas, inclusive de vereador do Município, que ali pretendiam construir motéis. A Lei Municipal nº 1.310/97 padece de vícios, uma vez que foi promulgada para atender determinadas pessoas, deixando de estabelecer regras gerais, abstratas e impessoais." fls. 451.*

(...)

(REsp 474.475/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 06/10/2008)

3. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

O entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da repercussão geral objeto do presente estudo demonstra que a moralidade é dotada de valor próprio. E, que o cidadão tem o direito de querer ver um ato lesivo à moralidade ser revisto e até mesmo anulado.

Os atos administrativos devem passar o sentimento e a exteriorização de condutas íntegras e de legitimidade para ser reconhecido e aceito. Não o contrário. Se o administrador representa o povo, ele não pode ir contra os interesses e proteções conferidas à comunidade, a qual é destinatária da ação final da Administração: o bem comum.

José Murilo de Carvalho quando trata das consequências de quando um dos Poderes se afasta do povo diz que:

O Estado é sempre visto como todo-poderoso, na pior hipótese como repressor e cobrador de impostos; na melhor, como um distribuidor paternalista de empregos e favores. A ação política nessa visão é sobretudo orientada para a negociação direta com o governo, sem passar pela mediação da representação. (CARVALHO, 2004, p. 221)

A partir disso pode ser construído o raciocínio de que quando a Administração atua à margem da moralidade, o povo sente que foi distanciado de seus representantes, pois estes ao invés de agirem em prol do bem comum e de acordo com os parâmetros legais e constitucionais postos, agem sem a preocupação que os cargos que ocupam e o papel que desempenham merecem.

Segundo Ana Lucia Sabadell a sociedade deve reconhecer a legitimidade na conduta de uma autoridade. E assim diz:

O que se entender por legitimidade? A legitimidade é decorrente do sentimento expresso por uma comunidade de que determinada conduta é justa, correta. Daí dizer-se que esta implica sempre reconhecimento. Assim, a legitimidade pode ser definida como um amplo consenso, no seio da sociedade, de que uma autoridade adquire e exerce o poder do modo adequado. (SABADELL, 2008, p. 127)

José dos Santos Carvalho Filho afirma que:

“Os tempos modernos aprofundaram a necessidade de refletir melhor sobre o sentido do interesse público, pois que com a criação do Estado de Direito e a decorrente elevação dos direitos e interesses da coletividade passou a sobressair o sentimento de que o Estado em última instância, só se justifica em função dos interesses da sociedade, ou seja, o móvel da sua instituição repousa no intuito de servi-la e administrar-lhe direitos e interesses.” (DI PIETRO, 2010, p. 71)

Com isso, conclui-se que a Administração age para o interesse e proteção da coletividade, e esta ao passo que se sente lesionada por um ato praticado deve ter meios de agir contra referido ato, pois para o bem ou para o mal, a coletividade é destinatária da atividade administrativa.

Ainda que haja o interesse individual do autor no resultado da ação popular, se estiver envolvido o proveito coletivo é legítimo.

Sobre o interesse individual do autor e o reflexo da ação popular na coletividade Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade dizem que:

“O fato de o autor da ação popular ter algum interesse pessoal no resultado do processo não afasta sua legitimidade. O que importa é que ele também vise ao benefício do patrimônio público, da moralidade administrativa ou do meio ambiente. (...)” (ANDRADE, 2012, P. 269)

A par da necessidade de reconhecimento do ato pela sociedade como sendo legítimo e moral, há que se falar que, sem excluir o princípio da moralidade, os princípios são dotados de caráter normativo.

Luís Roberto Barroso assim fala sobre a conquista do espaço, da importância e do reconhecimento dos princípios como normas jurídicas:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. (BARROSO, 2009, p. 352)

Na contramão das decisões acima comentadas, utilizando-se dos dizeres de Hely Lopes Meirelles, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar recurso

de apelação na ação popular, entendeu que deve ser demonstrada a lesão e a ilegalidade contra o patrimônio público, conforme trecho a seguir:

“Especificamente sobre a lesão ao patrimônio público, cumpre-me registrar que é pressuposto básico e fundamental, devendo estar presente para que tenha êxito a própria ação popular. Pode decorrer de presunção legal, como nos casos contidos no artigo 4º da 4.717 de 1965, cabendo, então, ao autor comprovar, de forma efetiva, a lesão, que deverá convergir como ilegitimidade do ato, ou no dizer de Hely Lopes Meirelles:

‘Nos demais casos, impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular.

E, sem estes três requisitos – condição de eleitor, ilegalidade e lesividade – que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular.’ (In Mandado de Segurança, ação popular... 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 91)” (TJMG, Processo n. 1.0024.05.660468-9/001, Rel. Silas Vieira, julgamento 17/05/2007, publicação 09/08/2017)

Todavia, o entendimento que prevalece não acompanha o acima colacionado. Prevalecendo assim, a proteção à moralidade da Administração.

4. POSICIONAMENTO CRÍTICO FUNDAMENTADO:

A ação popular posta com um dos mecanismos de controle da Administração pelo povo, o titular do poder, se presta a assegurar que a atuação de Estado seja pautada na moralidade com vistas ao bem dos seus representados.

A Lei 4.717/65 no artigo 1º, ao tratar do cabimento da ação popular que:

“Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de

cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”

A Constituição Federal no artigo 5º, inciso LXXIII, diz que:

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

Comparando ambos os dispositivos acima transcritos, nota-se que a intenção do Constituinte foi a ampliação das possibilidades dos mecanismos de controle dos atos da Administração e da proteção da moralidade pública.

A Lei da Ação Popular ainda diz no artigo 2º:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo.

Considerando que o princípio é uma norma, conforme exposto anteriormente, a violação ao princípio da legalidade pode ser objeto de ação popular, com fundamentação no item c, do parágrafo único, do artigo 2º da Lei de Ação Popular.

Assim, condicionar a ação popular à comprovação da lesão ao patrimônio público material, é ignorar a possível ilegalidade perpetrada pela Administração no

desenvolvimento de suas funções e atividades em razão do descumprimento do princípio da moralidade.

Logo, os princípios jurídicos, e, em especial nesse estudo, o princípio da moralidade, não devem ser ignorados, haja vista o seu poder e a força normativa dele.

Não podemos esquecer também que a moralidade consta no rol dos princípios que dirigem a atividade da Administração Pública, seja no art. 37, "caput" da Constituição Federal¹⁵⁴, seja no art. 5º, "caput" da Lei 14.133/21 – Nova Lei de Licitações¹⁵⁵, no artigo 2º "caput" da Lei 9.784/99¹⁵⁶, entre outros diplomas esparsos no ordenamento jurídico.

O Supremo Tribunal Federal como instituição com o dever de guarda da Constituição Federal ao entender que a defesa da moralidade isolada é capaz de ser objeto da ação popular resguardou um dos princípios constitucionais da Administração Pública e assegurou o exercício da cidadania, um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso II, da Constituição.

Nas palavras de Alexandre de Moraes:

"A ação popular, juntamente com o direito de sufrágio, direito de voto em eleições, plebiscitos e referendos, e ainda iniciativa popular de lei e o direito de organização e participação de partidos políticos constituem formas de exercício da soberania popular (CF, arts. 1º e 14), pela qual, na presente hipótese, permite-se ao povo, diretamente, exercera função fiscalizatória do Poder Público, com base no princípio da legalidade dos atos administrativos e no

154 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:

155 Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

156 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

conceito de que a *res pública* (República) é patrimônio do povo. (...)” (MORAES, 2010, p. 182-183)

E, novamente nas palavras de Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade:

“A ação popular é um instrumento de democracia participativa (CF, art. 1º, parágrafo único), uma ferramenta por meio da qual o cidadão pode participar do controle dos atos da Administração, fiscalizando a sua idoneidade. (...)” (ANDRADE, 2012, P. 273)

Sendo assim, o cidadão, ainda que se sentindo ofendido por um ato que possa atentar contra a moralidade da Administração pode e deve ter seu pedido apreciado, pois presente o interesse de agir.

Imagine-se, por exemplo, um cidadão ver um titular de um dos Poderes agindo nos bastidores para que pessoas próximas a ele fossem nomeadas em altos cargos da Administração Pública - ainda que isso não encontre óbice na Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal -, ou um edital de licitação para aquisição de itens vistos pela coletividade como supérfluos, apenas conseguir encontrar no Poder Judiciário a proteção à moralidade pública que está sendo violada se estiver atrelada a um prejuízo ao patrimônio público. Isso seria permitir que os representantes do povo, os agentes públicos, todos os responsáveis pelo funcionamento da máquina pública atuem à margem da moralidade, que é uma norma de obediência constitucional.

Se o poder emana do povo, direta ou indiretamente, este deve ter mecanismos de lidar com este poder, se fazer representado e não encontrar óbices quando se socorrer ao Judiciário para corrigir um impedir de ser maculada a imagem da Administração.

5. REFERÊNCIAS:

ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade – 2ª ed. rev., atual. e ampli. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos – 12ª ed. ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho – 6ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

MORAES, Alexandre. Direito constitucional – 23ª ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Carlos Vinícius Alves Ribeiro coordenadores. – São Paulo: Atlas, 2010.

SABADELL, Ana Lucia. Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito. – 4ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE INTERVENÇÕES JURÍDICAS E PSICOSSOCIAIS PARA O PSICOPATA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

ANA LEIDE ALVES COELHO DA MATA:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho. Pós Graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário.

LARISSA CARVALHO DE ALMEIDA ¹⁵⁷

(coautora)

SAMILA MARQUES LEÃO ¹⁵⁸

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho analisa a ineficácia do sistema punitivo brasileiro relacionado ao psicopata homicida. A princípio define-se o que é psicopata, em seguida discutimos acerca das características, identificação desse indivíduo, em posterior abordaremos sobre o sistema Penal Brasileiro, a inexistência previsão legal que contemple indivíduo com transtorno de personalidade antissocial no caso os psicopatas, mostrando que a medida de segurança não surtir efeito em relação aos psicopatas, em seguida falaremos sobre a ineficiência do tratamento penal aplicado a esse infratores, tendo como base no caso concreto: Chico picadinho para tipificar tais condutas delinquentes, e por fim mostramos a necessidade da criação de uma legislação própria, pois, essa lacuna na lei acarreta insegurança jurídica no país, ao afrontar a nossa Constituição Federal que preceitua não haver prisão perpetua no país, onde os psicopatas, que venham a infringir a lei devem ter atenção especializada, condição protetora proporcionada pelo Estado e tratamento, não apenas reclusão .

Palavras-chave: psicopata. direito penal. transtorno de personalidade.

Abstract: The present work analyzes the ineffectiveness of the Brazilian punitive system related to the homicidal psychopath. At first, what is a psychopath is defined, then we discuss the characteristics, identification of this individual, in later we will discuss about the

157 Acadêmico Curso de Direito do Centro Universidade Santo Agostinho- UNIFSA. *E-mail* : larissacarvalho32@hotmail.com

158 Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho Mestre em Psicologia que está vinculado. *E-mail*. .samilaleão@gmail.com

Brazilian Penal system, the inexistence of legal provision that contemplates an individual with antisocial personality disorder in the case of psychopaths, showing that the security measure does not have an effect in relation to psychopaths, then we will talk about the inefficiency of the penal treatment applied to these offenders, based on the specific case: Chico minced to typify such delinquent conduct, and finally we show the need to create a own legislation, because this gap in the law causes legal uncertainty in the country, as it confronts our Federal Constitution, which stipulates that there is no perpetual prison in the country, where psychopaths, who may break the law, must have specialized attention, a protective condition provided by the stay and treatment, not just imprisonment.

Key words: psycho. criminal law. personality disorder.

Sumario:1.Introdução;2. Psicopatia;2.1.Conceito;2.1.1.Características:Um olhar Biopsiocossocial;2.2. Método de identificação: Escala Hare;3. Sistema Penal atual;3.1.Da imputabilidade, da semi-imputabilidade;3.2; Da medida de Segurança;4.Ineficácia da legislação Brasileira aplicado ao psicopata homicida; 5.Caso concreto: Francisco Costa da Rocha-"Chico Picadinho";6. Conclusão; Referências.

1.INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a necessidade de criação de intervenção jurídica e psicossocial para o psicopata no Ordenamento Brasileiro específico que contemple o psicopata homicida, no Ordenamento Jurídico Brasileiro. A princípio, vale ressaltar que o termo sociopatia e psicopatia definem indivíduos com transtorno de personalidade antissocial, esse transtorno poderá advir da relação entre fatores genéticos, psicológicos e ambientais, optaremos pelo termo psicopatia, é mais usual na linguagem jurídica.

Dessa forma, na ausência de uma legislação específica voltada para o tratamento desses indivíduos, estes terminam respondendo por seus delitos em condição equiparada a criminosos comuns.

Quando não inseridos em penitenciárias que por vezes tem sua pena reduzida por bom comportamento, ou são internados em hospitais de custódia que prevê a liberação do paciente depois de verificada a cessação da periculosidade. Em ambos os casos de volta a sociedade normalmente tornam a reincidir.

A reincidência é um problema a ser apontado ao se falar de psicopatia, por não deterem a capacidade de aprendizado como punições, de acordo com Morana (2003) em apenados brasileiros, encontrou reincidência criminal 4,52 vezes maior em psicopatas que em não psicopatas.

Transgressores da lei e regras sociais, possuem dificuldades acentuadas de aprender com punições e experiências o que torna a ressocialização muito difícil de se realizar, assim a pena privativa de liberdade e a medida de segurança perdem sua finalidade que seria a reinserção desses infratores de volta sociedade, nos levando a questionar sobre a ressocialização qual a eficiência do sistema punitivo brasileiro na ressocialização do psicopata homicida?

O desenvolvimento da pesquisa teve como base o levantamento bibliográfico envolvendo a legislação vigente, doutrinas, revistas, artigos acadêmicos. Quanto ao método de abordagem utilizado no estudo será o indutivo partindo do caso concreto à aplicabilidade da norma.

Para alcançar a conclusão do estudo, em um primeiro momento iremos abordar aspectos gerais da psicopatia como conceito, características, método de identificação, aspectos esses que tornam o criminoso diferenciado dos demais criminoso comuns.

Ademais, examinaremos o sistema penal no que tange as implicações penais, procurando compreender com são tratados e punidos. Chamando a atenção para a necessidade de uma legislação adequada voltada ao psicopata, com uma assistência integral à saúde com equidade, com a implementação de políticas públicas de inclusão voltadas para pessoas privadas de liberdade, sua reinserção na sociedade, reorientada num modelo assistencial promovendo um bem-estar social. A saúde é um direito de todos e dever do Estado assim preceitua nossa Constituição Federal 1988.

Portanto, concluindo que o Direito Penal é ineficaz no tratamento e punição desses delinquentes, e que a justiça brasileira não está apta a lidar com essas pessoas acometidas por esse transtorno.

2. PSICOPATIA

2.1 Conceito

O termo psicopatia vem do grego "*psyche*" (mente) e "*pathos*" (doença), significando literalmente "doença mental".

O Manual Diagnóstico e Estatísticos de Transtorno Mentais (DSM-5), documento criado pela Associação americana de Psiquiatria (APA), conceitua transtorno mental como uma patologia que afeta a cognição, a regulação emocional e comportamental da pessoa, com consequências no funcionamento social, laboral, acadêmico, podendo resultar em prejuízo para o indivíduo e sofrimento para os que estão a sua volta (DMS-V, 2014).

Para a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva (2018), o psicopata não possui enfermidade psíquica, ou seja, transtorno mental, suas condutas não decorrem de uma mente adoecida mais sim de um raciocínio calculista e frio, possuem total consciência dos seus atos, e são perfeitamente capazes de entender a diferença entre o lícito e o ilícito, assim sendo torna-se impossível classificá-lo como doente mental.

São extremamente inteligentes, podendo passar despercebidos na sociedade, e como se tivessem uma vida dupla consciente de suas condutas e indiferentes as conseqüências que delas sobrevier, identificar um o psicopata torna-se uma tarefa árdua.

Deste modo, a Organização Mundial de Saúde, conceitua a psicopatia como um distúrbio de personalidade, caracterizada pelo desvio entre o comportamento e as normas sociais vigentes. Comportamento esse não modificado pela as experiências e punições (OMS, 1998).

Na classificação Internacional de Doenças (CID-10), está registrada com o código F60.2, como transtorno de personalidade dissocial grave, caracterizado por atitudes e comportamentos disfuncionais, condição essa de difícil modificação, na medida em que o indivíduo tende a aceita-la como normal (CID-10, 1993).

Segundo o Manual Diagnóstico e Estatísticos de Transtorno Mentais, é um transtorno de personalidade entre a infância e adolescência seguindo até a idade adulta. Com padrão repetitivo, persistente de comportamento, onde normas e direitos são violados, decisões são tomadas por impulso, em busca de satisfazer seus desejos, sem análise das conseqüências (DMS-5, 2014).

Atualmente a ciência não possui nenhum método eficaz que mude essa condição do psicopata, ou seja, a psicopatia não tem cura, ainda não há comprovação de nenhum tratamento efetivo (SILVA, 2018).

Os psicopatas alguns podem ter surto, são conscientes e racionais, o seu comportamento é resultante de escolha livre e não resultado de qualquer enfermidade,

seus atos são frutos de uma mente fria e calculista, de racionalidade perfeita e íntegra, porém são deficitários de sentimentos.

Sendo, um grande mistério para a ciência a cura da psicopatia, e um dos grandes desafios do judiciário ter que enquadrar esses delinquentes com base no ordenamento jurídico vigente.

2.2 Características: um olhar Biopsicossocial

Na visão biopsicossocial, a psicopatia reside na interação pouco compreendida entre os aspectos biológico, social e psicológico. A psicopatia não é uma doença e sim uma maneira de ser (HARE, 2013).

Esse transtorno vem sendo estudado no campo psiquiátrico e psicológico como forma de estratégias e prevenção, no sentido de buscar construir estratégias de prevenção que um indivíduo desenvolva a psicopatia já que o tratamento é algo distante.

Assim, o transtorno de conduta vem sendo entendido no campo psiquiátrico, como oportunidade para formulação de estratégias de prevenção, na medida que é indicador de risco de desenvolvimento de transtornos mais graves.

Segundo Robert Hare (2013), ninguém nasce psicopata e sim com tendência a psicopatia, quanto mais avançada a idade mais difícil será o tratamento, se o diagnóstico e o acompanhamento forem feitos na fase infantil, partindo do princípio de que a formação da personalidade se dar entre a infância e a adolescência, poderá se reduzir o impacto negativo do transtorno com possibilidade de eficácia, onde será possível a mudança de alguns comportamentos característicos do transtorno como agressividade e impulsividade.

Nesse contexto, a saúde pública inserida no campo da saúde preventiva cujo objetivo principal é a prevenção de doenças e o favorecimento da saúde física e mental, pode ser considerada como tecnologia que possibilita na prevenção em saúde mental de doenças.

Ainda assim, a causa da psicopatia ainda é pouco compreendida entre os fatores biológicos, ambientais, genéticos, sociais. Essa situação gera discussões éticas; se é correto submeter psicopatas, após cometer um crime, à prisão ou interná-lo em um hospital psiquiátrico, submetendo-o às pesquisas e investigação científica ou ainda a tratamento mesmo sem eficácia comprovada.

2.3 Método de identificação: Escala *Hare*

O psicólogo canadense Robert Hare, especialista em ciências criminais, cria em 1980 e aperfeiçoa em 1991 um método com o objetivo de detectar traços psicóticos em indivíduos e sua evolução, chamado de escala *Hare*, PCL-R- (*Psychopathy Checklist Revised*).

Hoje, o PCL-R, é conhecido como melhor instrumento de identificação, foi traduzido e validado no Brasil pela psiquiatra Hilda Morana, e avaliado pelo Conselho de Psicologia, em 2005, sendo bem aceita pela comunidade psiquiátrica. Como o objetivo de identificar os psicopatas na população carcerária e remove-los para um ambiente mais adequado, segundo a psiquiatra Morana (2005), o PCL-R, tem se mostrado eficaz para exames criminológicos (YAMADA, 2019).

É o primeiro exame a ser padronizado no sistema penal do Brasil, utilizado para avaliar a população carcerária, válido e confiável, proporciona informações sobre os aspectos afetivos, interpessoais, problemas de comportamento. Utilizada também no âmbito clínico para avaliar possíveis tendências violentas, permitido detectar a probabilidade de uma pessoa cometer um delito.

Segundo Morana (2018), avalia com segurança o grau de periculosidade e reabilitação do criminoso comum. Consiste em uma entrevista composta de 20 itens, pontuados em uma escala de três pontos (0,1,2) orientados para análise da estrutura da personalidade do indivíduo, esses itens ainda são divididos em dois grupos.

O primeiro corresponde à análise das características centrais da personalidade psicótica superficiais, sendo estas: manipulação, ausência de remorso ou culpa, mentira patológica, falta de empática, afetivo-emocional, indiferença, mentira patológica, incapacidade de aceitar a responsabilidade por seus atos. A segunda avaliará o comportamento desviante como a tendência ao tédio, irresponsabilidade, descontrole, promiscuidade sexual, estilo de vida, transtornos de conduta na infância, impulsividade, relacionamentos conjugais.

Ainda segundo a autora supracitada, a reincidência criminal, está relacionada à personalidade de quem comete. A identificação de pessoas com traços psicóticos é um procedimento importante na prevenção de reincidência.

Os critérios são válidos e precisos para diferenciar psicopatas de criminosos comuns, dessa forma, é imprescindível a aplicação desse procedimento na prevenção de reincidência e conseqüentemente a diminuição de crimes.

É válido pontuar que a escala *Hare* é uma das etapas da avaliação psicológica, segundo Sonia Rovinsk (2013), a avaliação forense na área jurídica é de suma importância, como prova pericial, dirigi-se a um foco específico determinado pela autoridade judicial possibilita informações técnicas desconhecidas pelo juiz .

Esse processo de avaliação tem como objetivo a obtenção de dados através de instrumentos adequados como entrevista, aplicação de testes psicológicos, observação, com o intuito de elucidar determinados aspectos psicológicos do indivíduo, auxiliando o juiz em decisões judiciais.

Recorre-se às provas periciais quando os argumentos ou demais provas, que se dispõe não são suficientes para convencimento do juiz na sua tomada de decisão a cerca dos fatos que estão sendo julgados.

A atuação do psicólogo forense tem a contribuir no contexto judiciário brasileiro, pois, espera-se com a perícia psicológica compreender a subjetividade do sujeito no sentido de trazer contribuições para o Direito.

3 SISTEMA PENAL ATUAL BRASILEIRO

3.1 Da imputabilidade, da Semi-imputabilidade, da Inimputabilidade

No Código Penal Brasileiro não há previsão expressa sobre o indivíduo com transtorno de personalidade antissocial, quando praticam um crime, nasce no Estado o dever de punir, que observa a culpabilidade e o discernimento do agente durante a conduta praticada. Já vimos não se tratar de doentes mentais, e sim indivíduos com capacidade de entendimento.

Segundo Fernando Capez (2015), na imputabilidade, o agente deverá ter capacidade plena de entendimento e controle sobre a vontade, ou seja, o sujeito deve entender as consequências de suas condutas. Deve ter condições físicas, biológicas, psicológicas, morais e mentais de saber que sua conduta é um ilícito penal. A pessoa dotada de capacidade deve responder por suas ações, que no tempo da ação ou omissão não tinha restrições quanto a capacidade de compreensão, são anomalias de personalidade que não exclui a culpabilidade, não afetam a razão, a inteligência, nem alteram a vontade (NUCCI, 2021).

No direito penal, para que um delito seja imputado a alguém e este seja responsabilizado penalmente, é necessário três critérios, onexo causal entre o agente e o crime praticado, entendimento da ilicitude do fato, e que na época pudesse escolher ou não o praticar.

Partido desse pressuposto, a imputabilidade trata-se da condição de maturidade e de sanidade mental, é a possibilidade de atribuir a um sujeito a responsabilidade pela prática de uma infração penal.

Na inimputabilidade, prevista no artigo 26 *caputs* do referido código, ocorre a exclusão da culpabilidade. Fica isento de pena quem por doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado era ao tempo da ação ou omissão inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940).

Esse indivíduo não responde criminalmente por seus atos, ele não compreende que comete crime, não tem discernimento que o ato praticado por ele é antijurídico. A prova da inimputabilidade é fornecida pelo exame pericial. Portanto para o psicopata ser considerado inimputável tem que ser inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito no tempo da ação ou omissão.

Assim, a principio terá sua pena substituída por medida de segurança, o juiz determinará sua internação em hospital de custódia, segundo o art. 97, *caput*, 1ª parte, do CP (BRASIL, 1940). Ou tratamento ambulatorial psiquiátrico, se toda via o fato previsto como crime for punível com detenção como consta no art. 97, *caput*, 2ª parte, do CP (BRASIL, 1940).

Em ambos os casos o prazo mínimo da medida de segurança é de um a três anos, ainda sim por tempo indeterminado enquanto não cessar a periculosidade do agente, constatado através perícia médica.

Ainda de acordo com o art. 97, § 4º, o tratamento ambulatorial, examinadas as condições do agente, poderá ser substituído por internação hospitalar a qualquer tempo, desde que haja necessidade para o agente (BRASIL, 1940).

Então para o reconhecimento da inimputabilidade, é necessária a verificação se a psicopatia se trata de uma doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Ainda são considerados inimputáveis, com fundamento na lei nº 8.069, os indivíduos que preencherem os requisitos; em embriagues completa decorrente de caso fortuito ou força maior, dependentes químicos e o menor de 18 anos (BRASIL, 1990).

Fica assim dessa forma afastada a culpabilidade do agente, tornando-se livre de pena, desde que essa condição seja caracterizada no momento do crime, ou seja, no momento da prática do delito, e que há laudo probatório.

No tocante a semi-imputabilidade, prevista no *parágrafo* único do artigo 26 do Código, penal, há condenação porém com redução de pena de um a dois terços ou substituição por medida de segurança, artigo 98 do CP (BRASIL, 1940).

Anuncia tratar-se do agente, com capacidade diminuída de entendimento, porém não se exclui a culpabilidade, o juiz, depois de condenar, analisara se a pena reduzida ou se a medida de segurança é adequada à finalidade da sanção penal.

Portanto, tanto na inimputabilidade quanto na semi-imputabilidade, para que se apure se a existência de doença mental existe um procedimento denominado incidente de insanidade mental, por meio do qual se submete o acusado a exame médico-legal, para afastar ou diminuir a responsabilidade penal. Então no caso da inimputabilidade, é a absolvição de pena combinada com a medida de segurança e na semi-imputabilidade, é a condenação com redução de pena ou substituição por medida de segurança.

Com já explicitado, a psicopatia não provoca qualquer alteração na saúde mental do indivíduo, o fato de comportamento antissocial, não quer dizer necessariamente comprometimento da saúde mental, ainda sim se fosse considerada perturbação de saúde mental, não teria o caráter de diminuir a capacidade de entender. O psicopata tem plena consciência dos atos que pretende praticar e auto-controle, sendo esse fator algo que precisa ser analisado tanto pelo operador do direito, como pela equipe que autoriza a perícia.

3.3 Da medida de segurança

A medida de segurança é sanção penal imposta pelo Estado, com finalidade exclusivamente preventiva e não punitiva, tem o intuito de evitar que o agente que praticou uma infração penal de volte a delinquir.

O artigo 96 do Código Penal determina as espécies de medida de segurança, internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou à falta outro

estabelecimento adequado, ou sujeição a tratamento ambulatorial, dependendo do grau de periculosidade (BRASIL, 1940).

Para que seja aplicada a medida de segurança pelo juiz, deve ser comprovada a chamada periculosidade, ou seja, o potencial lesivo do agente atestada através de exames e avaliação médica.

O código penal, em seu art. 97, determina se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação, se o crime for punível com detenção será submetido a tratamento ambulatorial (BRASIL, 1940).

Tanto a internação ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, o prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos não possuem tempo máximo, podendo se prorrogar, art. 97 do CP, § 1º (BRASIL, 1940).

O art. 5º, inciso XLVII, da CF/88, fixa que não haverá pena de caráter perpétuo, ao contrário da lei penal, que especifica a medida de segurança, terá durabilidade até o cessar a periculosidade do agente (BRASIL, 1988).

Entretanto, com o objetivo de sanar lacuna legislativa sobre a durabilidade da medida de segurança, o Supremo Tribunal Federal (STJ), pacificou o entendimento, mediante a súmula 527, da seguinte forma: o tempo de duração da medida de segurança não deverá ultrapassar o limite máximo de pena abstrata cominada com o delito praticada. Fazendo analogia ao art. 75 do Código Penal, que prevê pena privativa de liberdade de até 30 (trinta) anos, com o objetivo de não ferir a Constituição Federal (BRASIL, 2015).

Em suma, o Código Penal não trata do prazo máximo de duração da medida de segurança, entretanto aduz a Constituição Federal que no Brasil não haverá pena de caráter perpétuo, a prisão não excedera a 30 anos. Nesse sentido é possível afirmar que a medida de segurança não ultrapasse 30 anos de duração fazendo analogia ao exposto ao art. 75 CP, até porque é tratamento de cura e não punição.

Nesse contexto, a periculosidade deveria se manifestar ante do término da pena. A medida de segurança então, não terá efeito em relação aos psicopatas, pois a maioria dos casos se observa com o cessar da periculosidade. E para os psicopatas não há cura. Além do que inexistente prisão perpétua no Brasil infringe os Direitos humanos previstos na Constituição Federal.

4. INEFICIÊNCIA DO TRATAMENTO PENAL APLICADO AO PSICOPATA HOMICIDA

O Psicopata se preso, após cumprir sua pena reincidirá, segundo Ana Beatriz (2012), cometerá os mesmos crimes de antes, pois é incapaz de aprender com punições ou experiências, não entende a punição como correção. A tríade funcional, prevenir, punir e ressocializar, não se efetiva, então, a reincidência de crimes cometidos é exorbitante, justamente por acharem que não estão fazendo nada de errado.

Para a psiquiatria o psicopata não é doente, daí se exclui a inimputabilidade, a questão está na imputabilidade e semi-imputabilidade.

O questionamento gira em torno da punibilidade, quando considerado imputável, cumpre pena em um sistema carcerário e se semi-imputável é submetido a tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia (CAPEZ, 2005).

Se submetidos a tratamento ambulatorial ou hospital de custódia, são ineficazes, segundo Silva, não existe cura para psicopatia, a taxa de reincidência é duas vezes maior que criminosos comuns (SILVA, 2018).

Os psicopatas iniciam no crime em idade precoce, a resposta aos programas de reabilitação são ineficazes e possuem alto índice de reincidência criminal (TRINDADE, 2009).

A questão reside no fato da ineficácia tanto da medida de segurança, quanto da pena privativa de liberdade, em ambos, o indivíduo retornaram ao convívio social e consequentemente voltaram a cometer novos crimes.

Segundo Morana (2003), a reincidência é um problema a ser apontado ao se falar de psicopatia, por não deterem a capacidade de aprendizado como punições, de acordo com o a psiquiatra, em apenados brasileiros, encontrou reincidência criminal 4,52 vezes maior em psicopatas que em não psicopatas.

Outra situação complexa é a realidade das prisões, sendo um cenário de violação dos direitos humanos, a superlotação, falta de serviços de saúde adequado, estrutura física das celas, alimentação inadequada, é todo um contexto, que contribui negativamente para a recuperação dos demais para aqueles que apresentam problemas psíquicos, essa realidade torna-se suscetíveis a desenvolver doenças psíquicas.

Com o objetivo de ressocializar as unidades prisionais devem ser adequadas de acordo com as exigências sanitárias, para a prestação de serviço de saúde mental e psicológica, o que se nota é uma total ausência do estado nesse sentido, onde a sua organização é voltada a segurança para manter as pessoas presas.

O art. 14 da Lei de Execução Penal, aduz sobre a assistência a saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá de atenção médica, farmacêutica e odontológica (BRASIL, 1940).

A saúde é um direito de todo e dever do Estado, assim emana a Constituição federal, é primordial a implementação de uma política pública de inclusão social que atente para a promoção dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade.

Em suma, a solução mais adequada reside na criação de lei especial que contemplem os psicopatas com a criação de estratégias jurídicas e de saúde mental com tratamentos específicos, e que o Estado propicie através de políticas públicas a prevenção ainda precoce detectada em crianças que apresente indícios de traços psicóticos, como já fora explicitado se é sabedor que a psicopatia pode surgir na infância e se agravar na idade adulta devido a fatores externos como um meio ambiente negativo.

É dificultoso para a ciência desvendar a causa e um tratamento eficaz, assim como para o direito o de julgar esses indivíduos com base no nosso ordenamento jurídico, o assunto é complexo, não há um consenso do que pode ser feito.

5. CASO CONCRETO: CHICO PICADINHO

Francisco Costa Rocha, "Chico Picadinho", viveu uma infância conturbada, em uma família desestruturada, nasceu de uma relação extraconjugal meio ao clima de rejeição dos pais, impressiona pela frieza que demonstra ao relembrar seus crimes.

Conhece em 1966 Margareth, bailarina, ele a esquartejou com uma lâmina de barbear, retirando seus mamilos e genitálias e descartando no vaso sanitário (GAZETA, 2021).

Julgado e sentenciado a 18 anos de reclusão por homicídio qualificado e 2 dois anos e 6 meses por destruição de cadáver. Ao final foi sentenciado a 14 anos e 4 meses e 24 dias. Em 1974 Ao cumprir 8 anos de pena, foi posto em liberdade por bom comportamento, livre continuou sua vida boêmia (GAZETA, 2021).

Em 1976, conheceu Rosemary, 20 anos, doméstica, tentou estrangulá-la, mas não obteve êxito, denunciado pela vítima respondeu processo.

Em 1994, conheceu Ângela de Sousa, 37 anos, prostituta, estrangulou-a com seu cinto, arrastou o corpo até o banheiro esquartejando-a em 11 pedaços com faca e serrote, jogando algumas partes no vaso e o restante dividiu em uma mala e uma sacola e limpou

a cena do crime. Por esse crime foi condenado a 22 anos e 6 meses de reclusão, por 4 votos a 3 votos no tribunal do júri (VOL, 2021).

Em 1988, sua prisão chega ao fim, seu alvará de soltura foi expedido, entretanto o Ministério Público, entendeu devido a sua periculosidade, que permanecesse em custódia do Estado, propondo uma ação de interdição civil com o fundamento da privação do convívio em social devido ao transtorno ser considerado grave, vários recursos foram interpostos sem êxito (R7, 2019).

Em 2003, foi impetrado habeas corpus, no supremo tribunal Federal, com a alegação de cumprimento ilegal de pena, sem êxito.

Em 2017, a juíza Sueli Zeraik, da Vara de execução criminal, por considerar arbitrária a prisão em unidade prisional, determinou que fosse liberado em 120 dias. Porém, devido ao conflito de jurisdição o juiz da Vara da Família, sob alegação de que o agente, estava cumprindo pena com finalidade médica e não privativa de liberdade, ordenou sua transferência para o hospital psiquiátrico (R7, 2019).

Percebe-se, que a personalidade de Chico Picadinho se enquadra nos critérios diagnosticados pela Classificação Estatística internacional de doenças mentais (CID-10), sobre o transtorno de personalidade antissocial, como desrespeito as regras sociais, regras e obrigações sociais, insensibilidade aos sentimentos alheio, ao praticar esses crimes apresenta uma conduta antissocial motivada

Chico Picadinho está no poder do Estado por mais de 42 anos. Observa-se que a falta de uma legislação específica em relação condutas delinquentes de pessoas com transtornos de personalidade acarreta insegurança jurídica no país, ao afrontar a nossa Constituição Federal que preceitua não haver prisão perpetua no país.

Os psicopatas, que venham a infringir a lei devem ter atenção especializada, condição protetora proporcionada pelo Estado e tratamento, não apenas reclusão.

6.CONCLUSÃO

O presente estudo buscou aprofundar reflexões sobre a falta de uma legislação penal específica, para regulamentar condutas ilícitas praticadas por pessoas com transtornos de personalidade, é possível verificar que com a existência de uma lacuna na legislação penal vigente, que contemple os psicopatas, possibilita que estes terminem respondendo por seus delitos em condição equiparada a criminosos comuns.

O sistema legal considera dois tipos de sanções: penas de prisão com base em prisão e medidas de segurança baseadas em risco. Até o presente momento não há tratamento

comprovado em relação a cura desses indivíduos, dessa maneira tanto a pena privativa de liberdade como a medida de segurança perdem seu objetivo principal a ressocialização.

O direito penal é ineficaz no tratamento e punição desses perpetradores, e a justiça brasileira é incapaz de lidar com os afetados por esse transtorno de personalidade antissocial.

É compreensível há necessidade da criação de uma lei especial no ordenamento jurídico brasileiro, para que pessoas com transtorno de personalidade antissocial, tenham locais apropriados para o cumprimento de penas, o que muitas vezes não é possível dada sua particularidade e impossibilidade de ingressar nas fileiras dos presos comuns. Observa-se que a edição de uma legislação própria é de suma importância, no entanto deve-se também adotar políticas públicas para que tais indivíduos sejam submetidos tratamento adequado dado e respondam por seus delitos.

REFERÊNCIAS

ABDALLA, E. F; HILDA. C. P MICHEL.H.S. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**, volume 28, 2006, disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/579224443/transtorno-de-personalidade-antissocial-e-direito-penal>. Acesso em: 18 out. 2021.

ABDALLA, E. F; HILDA. C. P MICHEL.H.S. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**. Brazilian Journal of Psychiatry, v. 28, p. s74-s79, 2006.

BRASIL. **Art. 26 do Código Penal Brasileiro. Decreto Lei nº 2848/40**. De 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del12848compilado.html/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. **Art. 96 do Código Penal Brasileiro. Decreto Lei nº 2848/40**. De 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. Art. 97 do Código Penal Brasileiro. **Decreto Lei nº 2848/40**. De 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: <https://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-129707/o-horror-e-o-grotesco-na-psicologia--a-avaliacao-da-psicopatia-atraves-da-escala-hare-pcl-r-psycho-pathy-checklist-revised>. Acesso em: 15 out.2021.

____. Art. 98 do Código Penal Brasileiro. **Decreto Lei nº 2848/40**. De 07 de Dezembro de 1940. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de12848lei/de12848.htmcompilado.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

____. **Art. 14 do código de Execução Penal**. Lei nº 210. De 11 De Julho DE 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 19 de maio de 2022.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

____. **Da aplicação de lei penal. Decreto Lei nº 8.069. De 07 de Dezembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 527**. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Órgão Julgador Terceira Seção. Data da Decisão: 13/05/2015. DJE:18/5/2015.

CAPEZ, **Curso de Direito Penal**. 17º ed. Vol. Saraiva, São Paulo 2013. Fernando. **Curso de Direito penal: parte geral**. 19º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, C. R. **Metodologia científica** / Célia Regina Diniz; Iolanda Barbosa da Silva. – Campina Grande; Natal: UEPB/UFRN - EDUEP, 2008.

FAGUNDES, G. **Os brutais assassinatos de Chico Picadinho, que chocaram o país nas décadas de 60 e 70**. Vol, 2020. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/os-brutais-assassinatos-de-chico-picadinho-que-chocaram-o-pais-nas-decadas-de-60-e-70.phtml>. Acesso em: 17 out. 2021.

GIL, A.C, 1946- **Como elaborar projetos de pesquisa**/Antônio Carlos Gil. - 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. V. I. 19ª ed. revisada, ampliada e atualizada. Niterói: Impetus, 2017.

HARE, R.D. **Sem consciência: O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013.

MORANA, HCP. **Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira:** caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial. São Paulo, 2003.

Manual Diagnostico E Estatistico De Transtornos Mentais (DMS-. 5) . ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

MORANA,H.**Reincidência Criminal:** É possível prevenir? .Disponível em: <https://ww.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8114,71043.Reincidencia+criminal+e+possivel+prevenir>. Acesso em: 20 maio e 2022.

MASSON, C. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)** – vol. 1 /– 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MAGALHÃES, G. **Memória:** Chico Picadinho, o esquartejador de mulheres.GazetadeS.Paulo,2021.Disponívelem:<https://www.gazetasp.com.br/capital/2021/04/1088340-memoria-chico-picadinho-o-esquartejador-de-mulheres.html>. Acesso em: 18 out.2021.

NUCCI, G.D.S. **Manual de Direito Penal** – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OMS-ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). CID-10 **Classificação Estatística Internacional de Doenças Problemas Relacionados à Saúde**. 10ª edição.rev.-São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993.

ROVINSKI, S.L. R. **Fundamentos da Perícia Psicológica Forense**. 3ª Ed. São Paulo: Vetor, 2013.

SILVA, A.B.B. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. 3. Ed. – São Paulo: Principium, 2018.

SOUSA,P.**Quarenta anos depois, Chico Picadinho deixa a prisão. R7, 2019.**Disponível em:<https://noticias.r7.com/prisma/arquivo-vivo/quarenta-anos-depois-chico-picadinho-deixa-a-prisao-22012019>. Acesso em: 17 out. 2021.

SOUZA, L. C.S.D. **O PCL-R como instrumento de avaliação da psicopatia no Brasil The PCL-R as an instrument to assess psychopathy in Brazil**. Rev. Bras. de Direito e Gestão Pública (Pombal, PB), v. 8, n. 03, p. 974-989, 2020.

TRINDADE, J. **Psicopatia - A máscara da justiça/Jorge Trindade, Andréa Beheregaray, Mônica Rodrigues Cuneo**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

YAMADA, L. T. **O Horror e o Grotesto na Psicologia – A avaliação da psicopatia através da Escala Hare PCL-R (Psychopathy Checklist Revised)**. Disponível em: <https://www.livros01.livrosgratis.com.br/cp128513.pdf>. Acesso em: 16 out. 2021.

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A PUBLICIDADE NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

AMANDA NOGUEIRA MAGALHÃES ALVES DIAS:

Graduanda do Curso de Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG.

PAULO IZIDIO DA SILVA REZENDE¹⁵⁹

(orientador)

RESUMO: É certo que diante da nova economia digital, a tecnologia não se afigura mais como um elemento secundário, mas como ferramenta estratégica fundamental, todavia o amplo alcance da informação e a rápida capacidade de disseminação em dimensões antes inimagináveis, evidenciam os riscos que o indivíduo, por meio da exposição de seus dados, efetivamente culmine em prejuízos à sua esfera íntima. Neste teor, a preocupação com a privacidade passa a ser intrínseca à legislação brasileira, consoante se observa com a promulgação da Lei n.º 13.709/2018 e da Emenda Constitucional n.º 115/2022. No âmbito do Poder Judiciário, por sua vez, reside a desafiadora tarefa de tutelar a proteção de dados pessoais na medida em que se garanta à efetivação do princípio da publicidade e da transparência na atuação jurisdicional, pois se de um lado as constantes evoluções tecnológicas alcançam o judiciário através de procedimentos e processos eletrônicos que agilizam cada vez mais as demandas judiciais, por outro, o amplo alcance que um vazamento de dados pode tomar são incomensuráveis, em razão da vultuosa quantidade de dados dispostos nos sites dos Tribunais de todo o país, por vezes replicados em bancos públicos de jurisprudência e sites de notícias jurídicas. Certo é que tais direitos não podem (e nem devem) ser analisados como absolutos e inflexíveis, mas sim interpretados com fundamento no princípio da concordância prática, a fim de que haja a efetiva coordenação, combinação e harmonia dos bens jurídicos em conflito.

159 Professor Orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG; Pós-graduado em Direito pela Fundação - Universidade de Gurupi - UNIRG (2011). Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2013). Secretário Geral Adjunto da Diretoria da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção Gurupi - TO (2019-2021). Mestre em Direito Digital pela Univem - Marília - SP.

Palavras-chave: Informação. Proteção de dados. Direito fundamental. Publicidade. Processo Judicial Eletrônico.

ABSTRACT: It is true that in the face of the new digital economy, technology no longer appears as a secondary element, but as a fundamental strategic tool. through the exposure of your data, effectively culminates in damage to your intimate sphere. In this regard, the concern with privacy becomes intrinsic to Brazilian legislation, as observed with the enactment of Law No. 13,709/2018 and Constitutional Amendment No. 115/2022. Within the scope of the Judiciary, in turn, lies the challenging task of protecting the protection of personal data insofar as it guarantees the effectiveness of the principle of publicity and transparency in judicial action, since on the one hand the constant technological evolutions reach the judiciary through electronic procedures and processes that increasingly streamline judicial demands, on the other hand, the wide reach that a data leak can take are immeasurable, due to the huge amount of data available on the websites of the Courts across the country, sometimes replicated in public jurisprudence banks and legal news sites. It is certain that such rights cannot (and should not) be analyzed as absolute and inflexible, but rather interpreted based on the principle of practical agreement, so that there is effective coordination, combination and harmony of the legal interests in conflict.

Keywords: Information. Data protection. Fundamental right. Advertising. Electronic Judicial Process.

1. INTRODUÇÃO.

A sociedade, ao longo do tempo, sofreu diversas formas de organização social, existindo em cada época, um elemento central para a sua estruturação e progresso, ao que se pode citar com a supervalorização da terra e do escambo na sociedade agrícola, das máquinas a vapor e eletricidade na sociedade industrial, ou mesmo a oferta de serviços que angariaram papel de destaque no arranjo socioeconômico da dita sociedade pós-industrial. No contexto atual, por sua vez, a informação passa a ser o elemento nuclear do desenvolvimento, incentivado por um fluxo que não encontra mais obstáculos físicos distanciais, “sedimentada em razão da evolução tecnológica recente, que criou mecanismos capazes de processar e transmitir informações em uma quantidade e velocidade jamais imaginável” (Bioni, 2021, p. 03), transformando sobremaneira a compreensão e o tratamento a ser direcionado a essa nova realidade.

Não por acaso, os dados pessoais como informações naturalmente importantes e vulneráveis, ganham novos contornos no espaço digital, devido à rápida capacidade de

disseminação e ao amplo alcance que um vazamento de dados pode tomar. “Não há limites materiais e fronteiriços na rede virtual, permitindo que uma informação pessoal, muitas vezes confidencial e privada, possa ser transferida de um local ao outro de forma ágil e difícil de ser combatida” (PECK, 2020), sujeitos ao risco de captação e tratamento por terceiros. Necessários, portanto, esforços conjuntos para tornar o ecossistema dessa nova economia digital mais preparado para a interoperabilidade que a nova informação exige.

Neste teor, durante os últimos anos, o Brasil avançou no objetivo de trazer maior segurança jurídica ao assunto, ao que se pode citar com o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Lei do Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação e Marco Civil da Internet. Contudo, foi através da promulgação da Lei n.º 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) e, mais recentemente, com a aprovação da PEC n.º 17/2019, promulgada na correspondente Emenda Constitucional n.º 115, de 10 de fevereiro de 2022, que se proporcionou na instauração de uma cultura de privacidade, o reconhecimento de um direito humano e fundamental autônomo à proteção dos dados pessoais por aqueles que os detém e tratam, bem como garantir seu uso para as finalidades previstas.

Sob outro leme, consigne-se que habita como regra a publicidade e a transparência na atuação jurisdicional, garantia fundamental estampada no inciso LX, do artigo 5.º, da Constituição Federal, extremamente importante ao Estado de Direito e indispensáveis à segurança jurídica, sendo inclusive, objeto de rigoroso posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal, visando conferir máxima credibilidade para os atos realizados pelo Poder Judiciário.

Pois bem. A matéria é complexa e de imensa relevância prática e, conforme impecavelmente obtemperou Ricardo Villas Bôas Cueva, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, “a legislação de proteção de dados não se destina, nem poderia, a interferir, limitar ou retardar a atividade jurisdicional” (CUEVA, 2020, p. 207), tampouco poderia prejudicar ou restringir o direito de defesa, em seu sentido lato, de modo que torna-se necessário o efetivo equilíbrio entre os novos contornos trazidos pela rápida capacidade de disseminação da informação e a proteção de dados pessoais na perspectiva do processo judicial eletrônico.

2.VISÃO SISTÊMICA SOBRE A LEI N.º 13.709/2018 (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS).

É cediço que dados pessoais são informações naturalmente importantes e vulneráveis, contudo no espaço digital essa importância ganha novos contornos devido à rápida capacidade de disseminação e ao amplo alcance que um vazamento de dados pode tomar. (PECK, 2020). A disciplina da proteção de dados pessoais se consolidou como um tema de incontestável protagonismo, não apenas no atual debate jurídico brasileiro, mas também com a intensificação do debate sobre as consequências sociais, políticas e econômicas do tratamento de dados pessoais.

Não obstante o ordenamento jurídico brasileiro tenha primado pelo Princípio da Publicidade dos atos processuais – a exemplo do que preceituam os artigos 5.º, inciso LX e 93, IX da Constituição Federal –, dispondo o sigilo como medida excepcional, quando o direito à proteção de dados pessoais é adicionado à equação, a discussão ganha novos contornos.

Com a expansão da economia informacional, a custódia de dados pessoais por instituições diversas tornou-se ainda mais comum nas duas últimas décadas. Intencionando preservar a propriedade, além de trazer maior segurança aos seus titulares, mediante direitos de privacidade, e de liberdade, como também o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, surgem em todo o mundo legislações comprometidas com a tutela da proteção de dados pessoais.

No Brasil, a Lei n.º 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, originária do Projeto de Lei Complementar n.º 53/2018, promulgada pelo presidente Michel Temer no dia 14 de agosto de 2018, passou a vigorar na sua quase totalidade¹⁶⁰ em 18/09/2020, com teor extremamente técnico disciplinando sobre as permissões, os limites e os procedimentos para o tratamento de dados pessoais no país, na reunião de itens de controle do cumprimento das garantias fundamentais. Ademais, ela inclui “fundamentos e princípios que vão para além do seu próprio texto, servindo como um norte para a interpretação e aplicação de leis que envolvam o tratamento de dados pessoais e sua proteção” (COTS; OLIVEIRA, 2019, p. 39).

O espírito da norma visa proteger o direito à proteção de dados, “sendo este entendido como uma forma de alcançar a efetiva proteção dos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade” (SOLER, 2022, p. 10).

¹⁶⁰ Os artigos 52, 53 e 54, da Lei 13.709/18, que tratam das sanções administrativas a serem aplicadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), tiveram sua entrada em vigor em 1.º de agosto de 2021.

Portanto, sob uma visão perfunctória, a Lei n.º 13.709/2018 traz em seu bojo dez capítulos, a saber: as disposições preliminares, onde trabalha os conceitos e princípios para a realização do tratamento de dados pessoais (Capítulo I); as hipóteses e formas em que se é possível tratar os dados (Capítulos II e IV); dispõe sobre diversos direitos direcionados ao titular (Capítulo III); trata sobre a transferência internacional dos dados (Capítulo V); designa de quem são e as responsabilidades de cada uma das partes (agentes de tratamento) que tratará os dados (Capítulo VI); determina observações às boas práticas e formas de conduta para garantir o respeito às normas e concretizar efetiva proteção de dados (Capítulo VII); traz um sistema processual visando assegurar e fiscalizar a exequibilidade dos direitos dos titulares e de toda a norma em si, determinando as responsabilidades da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade – CNPDPP (Capítulos VIII e IV); e, por derradeiro, leciona sobre as disposições finais e transitórias (Capítulo X).

De seu turno, sob uma visão mais pontual à norma em si, é possível extrair que alguns dispositivos ferem com acuidade a matéria sujeita no presente artigo, consoante se vislumbra logo no primeiro artigo, o qual dispõe que a proteção de dados se destina ao tratamento, inclusive nos meios digitais – portanto, independe do meio utilizado, seja físico ou digital, online e offline –, *"por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural."* Obtempera em continuidade, no artigo 3.º, que a *"lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado (...)"*

A teor, consoante se extrai dos dispositivos retromencionados, o rol de incidência das pessoas jurídicas de direito público, acaba por produzir consequências também na esfera judicial, em especial, no que se destina ao tratamento dos dados pessoais nos processos, preferencialmente em seus sítios eletrônicos. Sinale-se, por oportuno, que o tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública e na busca do interesse público.

Ademais, importa extrair as disposições trazidas pelo artigo 2.º, os fundamentos da proteção de dados pessoais pelo que aqui se apontam *"o respeito à privacidade"* tratado sob a égide da proteção de dados, *"a autodeterminação informativa"*, cujo significado visa garantir que o titular tenha o direito de decidir o que será feito com a sua informação e, *"a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem"* previsões constitucionais guardadas

pelo artigo 5.º, inciso X e que são repetidos na Lei n.º 13.709/18 com o intuito de reforçar sua aplicabilidade.

Em ato contínuo, o artigo 17 traz consigo como objetivos, a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Logo, da leitura conjunta do artigo 2.º com o artigo 17, resta claro que o desiderato da lei não é obstar o desenvolvimento econômico e tecnológico, mas sim, harmonizar a ordem econômica, disciplinada na Constituição Federal, com os direitos fundamentais e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Vale a pena pontuar ainda, que a norma destaca nos termos do rol exemplificativo trazido em seu artigo 5.º, inciso X, que considera tratamento de dados pessoais toda e qualquer operação ou atividade realizada com esses dados. Veja-se: "*a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.*"

Mais a mais, o alcance da norma é extraterritorial, o que significa dizer que os "efeitos internacionais, na medida em que se aplica também aos dados que sejam tratados fora do Brasil, desde que a coleta tenha ocorrido em território nacional, ou por oferta de produto ou serviço para indivíduos no território nacional ou que estivessem no Brasil." (Peck, 2020, p. 39).

Já no que tange a legalidade de tratamento na utilização de dados pessoais, pautados na Lei n.º 13.709/2018, especial destaque merecem os artigos 7.º e 11. O artigo 7.º por sua vez, traz os fundamentos que justificam o tratamento de dados (com ou sem o consentimento do titular), e prevê, no inciso VI, o exercício regular de direitos, inclusive do Contraditório, da Ampla Defesa e do Livre Acesso à Justiça, em processo judicial, administrativo ou arbitral. Neste sentido, Fernanda Galera Soler, em sua obra *Proteção de Dados: reflexões práticas e rápidas sobre a LGPD*, muito bem elucida que:

Cumprе ressaltar que essa é uma base legal que pode ser utilizada para a guarda e manutenção de dados que podem originar um processo judicial. A título de exemplo podemos pensar na manutenção dos dados de empregados, pelo período previsto em lei, com o intuito de resguardar a empresa das provas e documentos, por ventura necessários na hipótese do ajuizamento de uma ação trabalhista. O mesmo se aplicaria para outros tipos de ações, como

de cobrança, de natureza consumerista, etc. (...) É importante destacar que essa hipótese de tratamento não se restringe ao Judiciário, mas também abarca os processos administrativos e o arbitral, desde que esse último esteja de acordo com a Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307 de 1996). (...) Estamos diante de uma interpretação extensiva, porém, que se harmoniza com o espírito da norma e a equilibra para garantir o exato cumprimento das demais previsões da legislação. Assim como, esse entendimento já funciona como uma sugestão de *modus operandi* para o agente de tratamento. (...) Por fim, não se pode esquecer que a aplicação desta base legal pode ser unicamente utilizada com a finalidade específica de garantir o exercício regular de direitos em qualquer tipo de processo. (SOLER, 2022, p. 19).

Gize-se, portanto, que a Lei Geral de Proteção de Dados representa o marco de uma nova cultura de tutela da privacidade e dos dados pessoais no Brasil, pautada na defesa de que todo dado pessoal possui relevância e valor por representar uma projeção da pessoa humana. Logo, a referida norma não só facilita o controle dos dados tratados, imprimindo deveres e responsabilidades aos agentes de tratamento, como também oportuniza maior segurança para que as informações circulem. Visa, em suma, antecipar os riscos de violação à privacidade, além de evitar tratamentos abusivos de informações e vazamentos de dados.

3.A PROTEÇÃO DE DADOS ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL 115/2022.

Consoante mencionado em linhas volvidas, muito embora a proteção de dados seja tratada para além da esfera digital – física, online e offline –, não há como perder de vista o fato de que cada vez mais os dados disponíveis são inseridos em bancos de dados informatizados, de maneira que a facilidade de acesso aos dados pessoais, acrescida à celeridade da transmissão e do cruzamento de tais dados, potencializa as chances de afetação dos direitos fundamentais das pessoas, mediante o conhecimento e o controle de informações sobre a sua vida pessoal, privada e social. (BIONI, 2020, página 41).

Os estudiosos enxergam que um fator extremamente preocupante é a garantia de real domínio dos dados pelo cidadão, vez que a função primordial da proteção de dados não é apenas tutelar os dados *per se*, mas assegurar a proteção ao titular desses dados. Neste teor, o reconhecimento de um direito humano e fundamental autônomo à proteção dos dados

peçoais foi gradual, sendo desenvolvida durante anos, sob a fonte de numerosas experiências internacionais.

Em 1980, foi publicada as chamadas *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* (Diretrizes sobre a Proteção da Privacidade e Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais), primeiro documento a estabelecer diretrizes para proteção e coleta de dados aos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, impactando não apenas a estabilização da concepção de privacidade relacionado à proteção de dados pessoais, tal como o progresso do fluxo transfronteiriço de dados. A partir de 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, apresenta-se como outro importante marco prevendo que *"todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito"* (JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2000, p. 10). Em maio de 2018, cite-se a reforma geral do regramento Europeu, que através do Regulamento n.º 2016/679 (General Data Protection Regulation – GDPR) e da Diretiva 2002/28/EC (ePrivacy), moldaram os aspectos de privacidade nos serviços de comunicação eletrônica.

No Brasil, o tema vem ganhando espaço nos últimos anos, em especial com a promulgação da Lei n.º 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), objeto de discussão em tópico anterior. Contudo, foi apenas recentemente, em que pese os grandes avanços no campo doutrinário e jurisprudencial, que se passou a discutir a necessidade e mesmo conveniência da aprovação e promulgação da PEC n.º 17/2019, visando integrar como um direito fundamental à proteção de dados pessoais ao rol de direitos e garantias da Carta Magna.

Os avanços foram significativamente positivos, pois com a aprovação da PEC n.º 17/2019 e, posterior promulgação da correspondente Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, a proteção de dados pessoais foi definitivamente consagrada como um direito fundamental, inserindo, com força de cláusula pétrea, o inciso LXXIX no artigo 5.º da Constituição Federal, cujo teor dispõe que *"é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais"*; do inciso XXVI no artigo 21 para atribuir à União a competência exclusiva para *"organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei"*; como também o inciso XXX no artigo 22, para atribuir novamente à União a competência exclusiva para legislar sobre *"proteção e tratamento de dados pessoais"*.

Fato é que a positivação formal, como *in casu*, carrega consigo uma carga positiva adicional, ou seja, acrescenta (ou, ao menos, assim o deveria) valor positivo substancial em

relação ao atual estado da temática no Brasil e, neste pormenor, fica assegurada à proteção de dados a condição de direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção próprio, bem como ao direito à proteção de dados atribui-se de maneira inquestionável o pleno regime jurídico-constitucional relativo ao seu perfil de direito fundamental nos aspectos material e formal já consagradas no texto da Carta Magna, bem como na doutrina e na jurisprudência constitucional brasileira. Mais a mais, passam a ser dotadas de aplicabilidade imediata (direta) e vinculam diretamente todos os atores públicos, e, sopesadas as devidas ressalvas, os atores privados; assume ainda, expressiva relevância frente às diversas lacunas regulatórias, além de ponderar o legislador infraconstitucional na determinação de intervenções restritivas no campo de proteção do direito, implicando a observância das exigências da reserva de lei, sob pena de inconstitucionalidade da restrição.

4.A DICOTOMIA ENTRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E PUBLICIDADE PROCESSUAL.

Ab initio, em breve síntese, compete trazer à baila a Resolução n.º 121/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, responsável por regular o acesso aos dados de processos eletrônicos, cujo espírito se apresenta sob a perspectiva da ampla publicidade dos processos judiciais, consoante se desprende dos seus artigos 1.º e 2.º, os quais lecionam que “*toda e qualquer pessoa, independentemente de prévio cadastramento ou de demonstração de interesse*” poderá consultar os dados básicos dos processos judiciais, como nome das partes e de seus advogados e inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos. A íntegra processual, por sua vez, somente pode ser consultada por advogados, procuradores, defensores públicos e membros do Ministério Público, ainda que não vinculados ao processo, desde que previamente identificados no sistema do tribunal, o que amplia consideravelmente o rol de pessoas autorizadas ao acesso, salvo nos casos de processos em sigilo ou segredo de justiça.

Tal temática é sufragada pelo festejado doutrinador Eduardo Tomasevicius Filho, que em sua obra **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira**, preleciona:

O Poder Judiciário brasileiro tem hoje sob seus cuidados setenta e nove milhões de processos, havendo ainda um número até hoje não contabilizado de autos arquivados. Cada processo contém uma enorme quantidade de dados pessoais cujo acesso até poucos anos atrás só poderia se dar de modo presencial, nos balcões dos fóruns

país afora. A despeito da publicidade, obstáculos diversos e custos dificultavam o acesso instantâneo e gratuito à informação. Porém, com o crescente uso da Internet e disponibilização on-line de decisões, movimentações, atas de audiências e outros, abriu-se as portas para a exposição massiva de dados, criando situações de excesso de publicidade e todos os riscos a ela inerentes. Parte desse problema vem sendo equacionado pelo Conselho Nacional de Justiça, limitando as informações on-line, por meio da Resolução n.º 121/2010, que dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e dá outras providências. (TOMASEVICIUS, 2021, p. 95).

É cediço que o ordenamento jurídico brasileiro primou pelo Princípio da Publicidade dos atos processuais, que possui fundamento constitucional (artigo 93, incisos IX e X) e infraconstitucional (a exemplo do artigo 11, do Código de Processo Civil), que em seu real sentido pode ser definido “em uma primeira acepção, como o dever estatal de disponibilizar à sociedade as informações criadas, coletadas ou armazenadas pelo Estado a fim de possibilitar o controle e a participação democráticos” (STF, 2020), que somada a uma visão deontológica, tem a publicidade como essencial ao Estado democrático, sendo, pois, um valor em si mesmo.

Na esfera do processo judicial eletrônico, todavia, reside a preocupação com o alcance que os dados pessoais podem tomar, sobretudo no âmbito da assim chamada sociedade tecnológica. Evidentemente, os processos judiciais estão repletos de dados pessoais, pelo que se depara, neste ponto, com o desafio de conciliar e compatibilizar a publicidade dos processos judiciais eletrônicos com a proteção de dados pessoais, o que se busca, aliás, com a promulgação da Lei n.º 13.709/2018 (LGPD) e da Emenda Constitucional n.º 115, de 10 de fevereiro de 2022.

Obtempera, portanto, que o direito fundamental à proteção de dados pessoais apresenta uma dupla dimensão (subjéctiva e objectiva), cumprindo uma multiplicidade de funções na ordem jurídico-constitucional. A primeira, dimensão subjéctiva, determina uma esfera de liberdade individual de não sofrer intervenção indevida do poder estatal ou privado. A segunda, dimensão objectiva, traz a delimitação desse direito por meio da acção estatal, a partir da qual surgem deveres de protecção do Estado para a garantia desse direito nas relações privadas, cujo controle pelos atos do Estado operam-se tanto por sua acção, como também por sua omissão.

Sob tal perspectiva, necessário o efetivo equilíbrio do processo eletrônico na perspectiva da proteção dos dados pessoais e a discussão acerca da dicotomia que envolve os limites da publicidade no processo judicial eletrônico e os direitos fundamentais face a esses dados – sensíveis ou não – na era da informatização, pois se por um lado, é posto as inevitáveis e constantes evoluções tecnológicas que alcançam o judiciário através de procedimentos e processos eletrônicos que agilizam cada vez mais as demandas judiciais, por outro se contrabalanceia o tratamento dos dados e do direito da personalidade das pessoas envolvidas e a colisão entre o princípio da publicidade e intimidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, mais precisamente, no que tange aos direitos da personalidade, tendo em vista o armazenamento de milhares de dados nos sites dos Tribunais de todo o país, por vezes replicados em bancos públicos de jurisprudência e sites de notícias jurídicas.

Seja pela perspectiva da publicidade, seja pelo panorama da proteção de dados, ambos os direitos são extremamente importantes e devem ser inerentes ao processo judicial, de maneira que não podem, e nem devem, ser analisados como absolutos e inflexíveis. Em havendo conflito entre eles, deverão ser devidamente interpretados para que haja a devida harmonia.

De seu turno, o consagrado e renomado constitucionalista Alexandre de Moraes, em sua obra **Direito Constitucional**, trata com precisão a matéria sujeita, ao dispor que:

(...) quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 2016. p. 92)

Portanto, o caminho a ser percorrido perpassa pelo efetivo equilíbrio, fomentado mediante implementação de ferramentas que visem minorar a exposição de dados, reduzindo-os apenas ao necessário para que sejam resguardados os dados pessoais dos envolvidos no processo, à medida em que se conserve a publicidade dos atos processuais.

Busca-se, neste pormenor, o engajamento dos indivíduos que se encontram à frente no tratamento dos dados, guardando a utilização de softwares responsáveis por restringir o acesso a documentos por terceiros a dados que devem ser resguardados, sem que se abstenha o acesso aos precedentes. Acrescente-se a isso, um mapeamento dos dados que deverão continuar nas bases e aqueles que poderão ser excluídos, conservando-se apenas para a finalidade as quais foram coletados e acompanhados dos consentimentos dos seus responsáveis.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

É latente que a “disseminação dos dados pessoais alcançou uma dimensão sem precedentes no âmbito da assim chamada sociedade tecnológica, notadamente a partir da introdução do uso da tecnologia da informática e da ampla digitalização” (BIONI, 2020, página 40). Neste sentido, pode-se dizer que informação desenvolveu um valor intrínseco estabelecendo o fenômeno da monetização dos dados e por isso, os interesses econômicos do capitalismo informacional entram em choque com a cada vez mais crescente necessidade de se tutelar os direitos fundamentais, a privacidade e a proteção de dados.

Não se pode olvidar que a tecnologia não se afigura mais como um elemento secundário, mas como ferramenta estratégica fundamental, assim, a preocupação com a privacidade passa a ser intrínseca à legislação brasileira, especialmente no que concerne ao ambiente virtual, razão pela qual todos os entes, sejam eles públicos ou privados, devem se comprometer a resguardar os dados pessoais aos quais têm acesso.

Neste sentido, ainda há muito a se percorrer, contudo, o Brasil tem se mostrado atento às evoluções necessárias no que tange a cultura de privacidade e proteção de dados pessoais, de maneira que nos últimos anos avançou no objetivo de trazer maior segurança jurídica ao assunto, através da promulgação da Lei n.º 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), que visa garantir o direito de proteção dos dados, por aqueles que os detém e tratam, bem como garantir seu uso para as finalidades previstas e, mais recentemente, com a Emenda Constitucional n.º 115, de 10 de fevereiro de 2022, que definitivamente consagra a proteção de dados pessoais como um direito fundamental, inserindo, com força de cláusula pétrea.

Para o Estado e o Poder Judiciário, por sua vez, reside uma tarefa desafiadora, na medida em que perante sua guarda está uma vultosa quantidade de dados pessoais que carecem de proteção, mas que ao mesmo tempo devem guardar respeito ao princípio

da Publicidade, que há muito rege o processo judicial como indispensável à segurança jurídica e ao Estado de Direito. Tal perspectiva impõe um diálogo entre as diferentes fontes normativas, extraíndo uma interpretação sistêmica que prestigie a proteção de dados pessoais e ao mesmo passo garanta à efetivação do princípio da publicidade e da transparência na atuação jurisdicional. Ademais, quando em conflito, não se mostram absolutos, nem tampouco se sacrificam, são em verdade interpretados de maneira harmônica, a fim de que, no caso concreto, se extraia seu verdadeiro sentido e a finalidade precípua de sua aplicação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União (DOU), Brasília, DF, 15 ago. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Brasília, DF: Senado Federal.

GARCIA, Lara. R. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): Guia de implantação**. 1. ed. – Editora Blucher, 2020.

HINTZBERGEN, Jule et. al. **Fundamentos de segurança da informação: com base na ISO 27001 e na ISO 27002**. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

ALVES, Magda. **Como escrever teses e monografia: um roteiro passo a passo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2007.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SLEIMAN, Cristina, [et al.]. **Segurança digital: proteção de dados nas empresas**. Organização Patricia Peck Pinheiro. São Paulo: Atlas, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de dados pessoais comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016

FILHO, Eduardo T. **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: uma análise setorial (volume I)**. -1. ed. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2021.

BOTELHO, Marcos César. **A Proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 2020. 191 p. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n.º 32, 2020. Data da submissão: 22/01/2020. Data da aprovação: 01/04/2020.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOLER, Fernanda G. **Proteção de dados: reflexões práticas e rápidas sobre a LGPD**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

CUNHA, Paola Fernandes de Souza; JUNIOR, Airto Chaves e MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. O princípio da publicidade face o direito à intimidade no processo judicial eletrônico. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALLI, Itajaí, v.4, n.1, 1.º quadrimestre de 2009.

STF. Plenário. **ADI 6387 MC-REF / DF**, Rel. Min. Rosa Weber, j. 07.05.2020

AMARAL, Fernando. **Introdução à ciência de dados**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

LEGALCLOUD. **5 Decisões Judiciais sobre a LGPD nos Tribunais [2020]**. Disponível em: < <https://legalcloud.com.br/decisoes-judiciais-lgpd-tribunais/>>. Acesso em: 19 de novembro de 2021.

JUS. **Proteção de dados pessoais e publicidade processual: estudo sobre as bases legais previstas no Código de Processo Civil e na Lei Geral de Proteção de Dados**.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92053/protecao-de-dados-pessoais-e-publicidade-processual-estudo-sobre-as-bases-legais-previstas-no-codigo-de-processo-civil-e-na-lei-geral-de-protecao-de-dados>>. Acesso em: 19 de novembro de 2021.

MIGALHAS. Proteção de dados pessoais e publicidade processual: Um contrassenso?

Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/343796/protecao-de-dados-pessoais-e-publicidade-processual-um-contrassenso>>. Acesso em: 23 de novembro de 2021.

JUS. A Incidência da Lei Geral de Proteção de Dados nos Processos Judiciais.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/83986/a-incidencia-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-nos-processos-judiciais>>. Acesso em: 23 de novembro de 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. O desafio da harmonização entre publicidade e proteção de dados pessoais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-02/direito-digital-harmonizacao-entre-publicidade-protecao-dados-pessoais>>. Acesso em: 23 de novembro de 2021.

JUSBRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados e Publicidade Processual. Disponível em: <<https://ovcardoso.jusbrasil.com.br/artigos/883957607/lei-geral-de-protecao-de-dados-e-publicidade-processual>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2021.

JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01). Publicações da Comissão Nacional de Protecção de

Dados, 2000. Disponível em:

<<https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/CARTAFUNDAMENTAL.pdf>>. Acesso em: 30 de novembro de 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation).

Official Journal of the European Union 119, 04.05.2016, 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2021.

MARDENEFRAGA. A proteção aos dados pessoais, o princípio da publicidade e a publicidade dos atos processuais. Disponível em: <<https://mardenefraga.adv.br/a-protecao-aos-dados-pessoais-o-principio-da-publicidade-e-a-publicidade-dos-atos-processuais/>>.

Acesso em: 10 de fevereiro de 2022.

AGÊNCIABRASIL. **Senado inclui proteção de dados pessoais como direito fundamental.** Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-10/senado-inclui-protecao-de-dados-pessoais-como-direito-fundamental>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2022.

MIGALHAS. **Proteção de dados pessoais a um passo de ser considerada um Direito Fundamental.** Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/351098/protecao-de-dados-pessoais--direito-fundamental>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2022.

LEGISCOMPLIANCE. **Aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados no processo judicial precisa ser regulamentada pelo CNJ, diz juiz (TJMS).** Disponível em: < <https://www.legiscompliance.com.br/artigos-e-noticias/1918-aplicacao-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-no-processo-judicial-precisa-ser-regulamentada-pelo-cnj-diz-juiz-tjms>>. Acesso em: 02 de março de 2022.

LAPIN. **O direito fundamental à proteção de dados pessoais à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: < <https://lapin.org.br/2021/03/31/o-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-a-luz-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal/>>. Acesso em: 02 de março de 2022.

SENADO. **Senado inclui proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição.** Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/20/senado-inclui-protecao-de-dados-pessoais-como-direito-fundamental-na-constituicao>>. Acesso em: 02 de março de 2022.

JUS. **Proteção de Dados na Constituição: Comentários à Emenda Constitucional 115/2022.** Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/96377/protecao-de-dados-na-constituicao-comentarios-a-emenda-constitucional-115-2022>>. Acesso em: 10 de abril de 2022.

LEFOSSE. **Promulgada a Emenda Constitucional nº 115 que reconhece a proteção de dados como um direito fundamental.** Disponível em: < <https://lefosse.com/noticias/promulgada-a-emenda-constitucional-no-115-que-reconhece-a-protecao-de-dados-como-um-direito-fundamental/>>. Acesso em: 10 de abril de 2022.

CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EM AMBIENTE DIGITAL

MIGUEL DAS CHAGAS BRITO FILHO:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.¹⁶¹

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL¹⁶²

(orientador)

RESUMO: O presente estudo trata-se da cadeia de custódia da prova, prevista nos Arts. 158-A a 158-F, introduzida no Código de Processo Penal Brasileiro pela Lei nº 13.964/19, analisando os impactos de sua inobservância em âmbito digital. No processo penal brasileiro, atina-se que a preservação da cadeia de custódia está relacionada à necessidade de assegurar a integridade, isto é, a credibilidade da prova. Conforme a metodologia utilizada, partindo de uma pesquisa bibliográfica, desenvolveu-se uma investigação em conjunto entre doutrina e legislação, a fim de averiguar quais são os impactos da violação da cadeia de custódia da prova digital. Nessa perspectiva, enquanto para alguns autores, o descumprimento de quaisquer das regras impostas torna a prova inadmissível e até mesmo ilícita; para outros, trata-se de caso de nulidade e anulabilidade; havendo, ainda, quem defenda que é uma questão de autenticidade da prova e a eventual violação deverá ser avaliada caso a caso, sendo uma questão de peso, e não de validade.

Palavras-chave: prova digital; processo penal; cadeia de custódia; pacote anticrime.

ABSTRACT: The present study deals with the chain of custody of the evidence, provided for in Arts. 158-A to 158-F, introduced in the Brazilian Criminal Procedure Code by Law No. 13.964/19, analyzing the impacts of non-compliance in the digital sphere. In the Brazilian criminal procedure, it is understood that the preservation of the chain of custody is related to the need to ensure the integrity, that is, the credibility of the evidence. According to the methodology used, based on a bibliographic research, a joint investigation was carried out between doctrine and legislation, in order to find out what are the impacts of violating the

¹⁶¹ E-mail: mi_brito.007@hotmail.com.

¹⁶² Professor do Curso de Direito do UNIFSA. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UFC).
E-mail: julianoleonel@hotmail.com

chain of custody of digital evidence. From this perspective, while for some authors, noncompliance with any of the imposed rules makes the evidence inadmissible and even illegal; for others, it is a case of nullity and voidability; there are also those who argue that it is a question of the authenticity of the evidence and any violation should be evaluated on a case-by-case basis, being a matter of weight, not validity.

Keywords: digital proof; criminal proceedings; chain of custody; anti-crime package.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa ora proposta trata da cadeia de custódia, prevista no Código de Processo Penal como o conjunto de procedimentos adotados com o intuito de manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, visando a rastrear a posse e o manuseio, desde o reconhecimento até o descarte.

Nessa perspectiva, esta investigação parte da problemática a seguir: quais os impactos da inobservância da cadeia de custódia da prova na investigação criminal em ambiente digital no Brasil?

Em face disso, estabeleceu-se como objetivo geral analisar os impactos da inobservância da cadeia de custódia da prova na investigação criminal em ambiente digital no Brasil. Especificamente, pretende-se: revisar a bibliografia em Direito Processual Penal atinente à cadeia de custódia da prova; identificar os métodos de preservação e coleta de prova digital; debater a autenticidade e a integridade da prova digital que teve sua cadeia de prova inobservada.

Isso posto, avulta-se que a cadeia de custódia é um dos instrumentos que permitem que o vestígio se transforme em prova, tendo em vista garantir a integridade desta, assim como idoneidade e rastreabilidade dos vestígios para manter a transparência e confiabilidade dentro do processo.

A metodologia utilizada neste trabalho parte de estudo bibliográfico, mediante análise documental, ancorado em abordagem dedutiva. Nessa perspectiva, fundamentam-se nos estudos de autores que se dedicaram a examinar o tema proposto, além de referências teóricas já analisadas, devidamente publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos. Adicionalmente, examinam-se leis e demais normativos atinentes à temática em apreço.

Nesse ensejo, acredita-se que a realização desta investigação facultara à comunidade acadêmica importantes reflexões quanto à temática da cadeia de custódia na investigação criminal em ambiente digital, evidenciando aspectos oportunos para o conhecimento mais acurado desse procedimento.

2 PROVA DIGITAL

Para Thamay e Tamer (2020), a prova digital é muito semelhante a prova tradicional. No entanto, o termo “digital” agregado a prova, irá permitir duas interpretações, a primeira irá tratar a prova digital como manifestação de um ato ou ação ocorrido no ambiente digital, e a segunda prevê que a prova digital demonstra um fato que não ocorreu no ambiente digital, mas que pode ser comprovado por meio digital.

Portanto, na acepção do renomado autor, a prova digital é o instrumento jurídico por meio do qual é possível demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato, além de suas eventuais circunstâncias, tendo ocorrido em sua totalidade ou não, em meios digitais ou, caso se manifeste fora de seu âmbito, meio de demonstrar a ocorrência de um fato ocorrido em meio digital, ou que tem no meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato de conteúdo.

No âmbito do Processo Penal, a prova digital refere-se a arquivos informáticos que podem estar em poder do investigado ou de terceiros, os quais guardam informações imprescindíveis ao esclarecimento da lide, com vistas à apreensão da verdade. Impende sobrelevar, por oportuno, que elas dizem respeito a todos os dados ou às informações armazenadas em dispositivos informáticos. Não obstante, o processo penal conta com provas documentais que estão, a princípio, armazenadas em bancos de dados digitais, a exemplo de dados cadastrais do cliente do provedor de conexão à Internet (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2019).

2.1 Características da prova digital

Segundo Vaz (2022), a prova digital possui quatro características; imaterialidade e despreendimento do suporte físico originário, volatilidade, suscetibilidade de clonagem e necessidade de intermediação de equipamento para ser acessada.

No que diz respeito à imaterialidade, esta se relaciona com a sua natureza não física, em razão do conteúdo da referida espécie probatória ser composto por bits e impulsos

elétricos. Portanto, o dado digital não está sujeito ao suporte físico para existir, possibilitando seu deslocamento através de redes de comunicação a outros dispositivos digitais.

No que tange em relação a volatilidade, se dá pela possibilidade de alteração binária ou algorítmica que seria capaz de inviabilizar a prova digital. Ela possibilita a alteração dos dados digitais, o que pode ocasionar a perda de informações, o que levantaria indagações sobre a confiabilidade da prova digital (VAZ, 2012).

Quanto à suscetibilidade de clonagem, significa a reprodução integral da sequência numérica dos dados que compõem a prova digital (VAZ, 2012, p. 69)

Por último, há a necessidade de intermediação por meio de equipamento, em virtude de que a prova digital é composta de uma ordem algorítmica que compõe um código digital. Portanto, para que ocorra o processamento da informação, é preciso um meio que leia o código digital e a sua referência em relação ao detentor da prova digital (VAZ, 2012).

2.2 Da admissibilidade da prova digital

A fim de que se faça o uso da prova digital, é necessário que esteja de acordo com os fatores da autenticidade e da integridade. A primeira deve ser analisada com uma propriedade fundamental da prova digital, no qual confirmem que os fatos estejam relacionados com o fato jurídico ocorrido e que levem a sua respectiva autoria. Já a autenticidade assegura que a prova digital será verídica em relação aos fatos relatados ou sobre sua autoria (THAMAY; TAMER, 2020).

Ressalta-se que os fatores acima estão dispostos na legislação nacional, mais precisamente no art. 195 do Código de Processo Civil, que corresponde ao registro de atos processuais eletrônicos. Aliás, havendo a possibilidade, por analogia ou pela finalidade da mencionada prova, de adotar esse entendimento a qualquer registro eletrônico com o objetivo de viabilizar a produção de prova nos autos processuais (PASTORE, 2020).

A legislação infraconstitucional nacional que fundamenta o entendimento sobre a autenticidade é composta pela MP nº 2.200, de 2001, que institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil, como também o novo Código de Processo Civil de 2015, como também o Código de Processo Penal, a Lei de nº 11.419 de 2006 que dispõe acerca da informatização do processo judicial.

Ainda sobre o fator da integridade, esta deverá ser entendida como um fundamento intrínseco da prova digital, no qual garantirá que não houve alterações, ou seja, que não foi modificada ou adulterada desde a sua constituição. Portanto, é possível estabelecer que a prova digital íntegra é aquela que não foi modificada e permanece idônea em relação aos fatos dispostos desde a sua constituição, permanecendo completa e íntegra (THAMAY; TAMER, 2020).

3 CONCEITO DE CADEIA DE CUSTÓDIA

A cadeia de custódia foi alterada no código de processo penal brasileiro por meio da Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime. No art. 158-A do CPP conceitua a cadeia de custódia como sendo o “conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

Nessa perspectiva Siegel (2000 apud MACHADO, 2017, p. 10) relata que a documentação da cadeia de custódia é um processo que estabelece a identidade e a integridade do vestígio desde a cena do crime até o tribunal.

Assim, a referida autora aduz que consoante a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), a cadeia de custódia manifesta-se nas fases externa e interna. Aquela compreenderia aspectos como a preservação do local de crime, a busca, o reconhecimento, a fixação, a coleta, o acondicionamento e o transporte do vestígio, até chegar à entrega deste ao responsável pelo seu processamento. Por seu turno, a fase interna ocorreria após a entrada do vestígio no órgão pericial, compreendendo a recepção e conferência do vestígio; classificação, guarda e/ou distribuição; análise pericial; registro da cadeia de custódia, e a devolução juntamente com o laudo pericial ao requisitante da perícia (MACHADO, 2017, p. 10).

Dessa forma, cabe às autoridades discernimento no sentido de propiciar a devida estrutura física, mediante o uso de ambientes seguros e organizados adequadamente para tal, a fim de destinar a guarda e manutenção de evidências atendendo à sua cadeia de custódia e possíveis usos na construção da idoneidade judicial, seja pela acusação ou pela defesa, durante todo o período de processamento (MEDEIROS, 2020, p. 20).

Assim, em conformidade com a referida autora, pode-se inferir que a incumbência de manutenção da veracidade da prova processual pela cadeia de custódia deve ser compartilhada por todos os agentes implicados em determinada investigação criminal.

Importa dizer que

no que diz respeito à preservação das informações coletadas, a cadeia de custódia possibilita documentar a cronologia das evidências, quem foram os responsáveis por seu manuseio, etc. Procedimentos como: colocar lacres em evidências, restringir o acesso apenas aos profissionais responsáveis pela custódia minimizam a possibilidade da manipulação indevida e tornam as evidências mais confiáveis. (COSTA JÚNIOR, 2014, p. 51).

Em consonância com os arts. 158-A ao 158-F, do Código de Processo Penal, a cadeia de custódia da prova tem os seguintes procedimentos ou etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas, de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, mediante autorização judicial. (BRASIL, 2021, p. 8-9).

Considerando que a cadeia de custódia é todo o caminho percorrido pela prova, desde o momento de sua coleta até o trânsito em julgado, atina-se que para que as provas sejam admitidas após certificada a origem do vestígio, o adequado desenvolvimento da cadeia de custódia ocorre quando se identificam/cumprem as seguintes etapas: quem manejou o vestígio; o que fez com ele; como o fez (EDINGER, 2016, p. 240).

Deveras, a cadeia de custódia da prova na investigação criminal denota a corrente histórica ou sequência da posse de determinada prova. Nesse sentido, ela não se confunde com a prova da cadeia de custódia, já que esta consiste na reconstrução cronológica da corrente histórica da posse de uma dada prova, retratando-a desde a sua geração até o seu aporte nos autos, evidenciando cada um dos elos dessa corrente, por cujas mãos a detenção da prova foi passada (DALLAGNOL; CÂMARA, 2016, p. 436).

Tendo isso em vista, a responsabilidade pela manutenção da idoneidade da prova processual pela cadeia de custódia deve ser compartilhada por todos os agentes do Estado envolvidos em uma investigação criminal, quais sejam: o policial que está nas ruas; o agente que atua na ponta e identifica o delito criminal; os investigadores; o perito criminal – que é o responsável pela garantia de validade das evidências nos exames periciais.

Por cúmulo, Medeiros (2020, p. 20) ratifica a responsabilidade das autoridades no âmbito da garantia da estrutura física, mediante espaços seguros, condições de salubridade e organização adequada para a guarda e manutenção das evidências, com o intuito de respeitar a sua cadeia de custódias e possíveis usos na construção da verdade judicial, seja pela acusação ou pela defesa, durante todo o período de processamento.

No tocante à preservação das informações coletadas, a cadeia de custódia permite, ainda, documentar a cronologia das evidências, revelando quem foram os responsáveis por

seu manuseio. Para tanto, lança mão de estratégias capazes de reduzir a possibilidade de manipulação indevida, tornando as evidências mais confiáveis, ao colocar lacres em evidências e restringir o acesso apenas aos profissionais responsáveis pela custódia, por exemplo, (COSTA JÚNIOR, 2014, p. 51).

Coadunando Prado (2014, p. 82), as discussões atinentes à cadeia de custódia perpassam a questão técnica para desfrutar de prestígio constitucional, porquanto se relaciona com a garantia contra a prova ilícita. Nessa lógica, se a constatação de que houve derrogação de quaisquer elementos informativos, pode-se respaldar a suspeição no que alude à fidelidade da prova e sua ineficácia.

4 DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL

Denota-se no âmbito processual criminal, que a evidência obtida por meio digital se caracteriza por certa complexidade, podendo, após a coleta, ser alterada – seja de modo proposital ou não –, indicando a imprescindibilidade de criação de uma Cadeia de Custódia, a fim de que se conheçam todas as fases percorridas nesse importante processo.

Nessa perspectiva Siegel (2000 apud MACHADO, 2017, p. 10) relata que a documentação da cadeia de custódia é um processo que estabelece a identidade e a integridade do vestígio desde a cena do crime até o tribunal. Assim, a referida autora aduz que consoante a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), a cadeia de custódia manifesta-se nas fases externa e interna. Aquela compreenderia aspectos como a preservação do local de crime, a busca, o reconhecimento, a fixação, a coleta, o acondicionamento e o transporte do vestígio, até chegar à entrega deste ao responsável pelo seu processamento.

Por seu turno, a fase interna ocorreria após a entrada do vestígio no órgão pericial, compreendendo a recepção e conferência do vestígio; classificação guarda e/ou distribuição; análise pericial; registro da cadeia de custódia, e a devolução juntamente com o laudo pericial ao requisitante da perícia (MACHADO, 2017, p. 10).

Dessa forma, cabe às autoridades discernimento no sentido de propiciar a devida estrutura física, mediante o uso de ambientes seguros e organizados adequadamente para tal, a fim de destinar a guarda e manutenção de evidências atendendo à sua cadeia de custódias e possíveis usos na construção da idoneidade judicial, seja pela acusação ou pela defesa, durante todo o período de processamento (MEDEIROS, 2020, p. 20).

4.1 Preservação da prova digital na cadeia de custódia

Como dito anteriormente, os artigos 158-A ao 158-F do Código de Processo Penal (BRASIL) definem o conceito da cadeia de custódia da prova e definem o seu procedimento. Acontece que o legislador não determina práticas metodológicas referentes as provas digitais. Nesse sentido, Machado (2020) defende a aplicação da Norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2012 (ABNT, 2013), publicada em 09/12/2013 e que entrou em vigência em 09/01/2014, com a finalidade de padronizar o tratamento de provas digitais.

As normas ISO/IEC são elaboradas pela Organização Internacional de Padronização (ISO) juntamente com a Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC) com o propósito de melhorar a qualidade de produtos e serviços. No Brasil, essas normas são compostas pela sigla NBR (Norma Brasileira), sendo revisadas e administradas pela Associação Brasileira de Norma (ABNT). Salienta-se que a norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2012 (ABNT, 2013) é referência internacional para identificação, coleta, aquisição e preservação das provas digitais no processo de investigação.

Embora não se tratar de norma obrigatória, por não haver, ainda, um reconhecimento explícito em lei, é fato que ela é a única norma elaborada por entidades competentes e reconhecida no país que trata do tema, inclusive, na sua versão internacional (ISO), explica os procedimentos adotados no ordenamento de vários países.

Em relação à preservação da prova digital, a norma diz respeito à proteção de sua integridade para garantia de sua utilidade e validade probatória. O procedimento para a preservação envolve a guarda da prova digital e do dispositivo digital visando garantir a sua autenticidade. Necessita que seja minimizado o manuseio da evidência e do dispositivo informático. Quaisquer alterações devem ser documentadas. Ressalta-se, ainda, que o perito forense deve praticar as ações unicamente dentro de sua área de competência.

4.2 Técnicas para a coleta da prova digital

Segundo posicionamento de Carvalho e Araújo Filho (2015, p. 359-379), a metodologia utilizada para a coleta, o transporte e o armazenamento dependem do tipo de vestígio. Em se tratando de amostras biológicas, a cadeia de custódia deve ser a mais curta possível, a fim de evitar a degradação do material. Por cúmulo, deve-se evitar o manuseio desnecessário, a exemplo da troca de recipientes ou embalagens.

À luz da Lei nº 13.964/19, de 24 de dezembro de 2019,

Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

§ 1º Todos os vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização.'

'Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente. (BRASIL, 2021, p. 9).

Ademais, após a coleta dos vestígios, deve-se cumprir a elaboração de um formulário onde constarão informações mínimas, como: especificação do vestígio; quantidade; identificação numérica individualizadora do recipiente; local e data da coleta; identificação

do agente coletor e do recebedor; número do procedimento e respectiva unidade de polícia judiciária a que o vestígio estiver vinculado (BRASIL, 2014).

Contribuindo com essa discussão, Edinger (2016, p. 239) aduz que em virtude de serem o elemento central de informação e verificação dos fatos passados, a autenticidade, fidedignidade e confiabilidade das provas devem ser cristalinas e inquestionáveis. Portanto, ela conta com um viés legitimador do processo, ao determinar os parâmetros para que não se produza matéria fática não correspondente com a realidade apurada, afastando o subjetivismo das decisões judiciais.

Em seu *Roteiro de Atuação sobre Crimes Cibernéticos* (BRASIL, 2013, p. 164-165), no que concerne às coletas de provas digitais, o Ministério Público Federal manifesta o seguinte entendimento:

Segundo o RFC 3227, que oferece uma série de recomendações para procedimentos de coleta e preservação de provas em meio digital, a evidência eletrônica deve ser (tradução livre):

1. Admissível: ou seja, estar em plena conformidade com a lei para que possa ser apresentada à Justiça;
2. Autêntica: as provas devem ser comprovadamente relacionadas ao incidente/crime investigado. O trabalho de uma documentação de qualidade é essencial para o cumprimento deste item;
3. Completa: o conjunto de evidências deve fornecer uma apresentação completa acerca do evento investigado. Nunca deve depender de elementos faltantes ou duvidosos. Deve " contar a história" completa, e não apenas fornecer perspectivas particulares;
4. Confiável: não deve haver incertezas acerca da autenticidade e veracidade das evidências, bem como sobre as formas como foram coletadas e posteriormente manuseadas durante a investigação;
5. Convincente: além de todas as características anteriores, deve ser documentada e apresentada de forma clara e organizada.

Destaca-se que a produção da prova no processo penal, em especial diante de crimes praticados por meio da internet, seja por agentes virtualmente infiltrados ou em face da quebra de dados ou mesmo interceptação do fluxo das comunicações de informática ou telemática, necessita respeitar a cadeia de custódia e adequar-se às novas exigências legais, em especial diante da necessidade de se ter um processo eminentemente garantista, a respeitar os direitos e garantias individuais da pessoa humana (FERRAJOLI, 2013).

Por fim, cumpre sobrelevar que no Brasil, os meios de obtenção das provas puramente digitais ocorrem por meio de requisição, registro em ata notarial, busca e apreensão, interceptação do fluxo das comunicações de informática e perícia, sendo necessário, inclusive, autorização judicial para esse fim.

4.3 Violações da cadeia de custódia da prova digital

Por ser um meio de obtenção de prova que carece de previsão legal expressa sobre o procedimento que a produção deve obedecer, considerando que a Lei nº 13.964 (BRASIL, 2019a) é omissa quando não dispõe sobre os impactos da não observância da cadeia de custódia da prova. Por esse motivo, a técnica abre margens à manipulação de conteúdo probatório, possibilitando supressão e alteração por parte do investigador ou acusador (SANTORO; TAVARES; GOMES, 2017, p. 614).

Para alguns autores, o descumprimento de quaisquer das regras impostas torna a prova inadmissível e até mesmo ilícita; para outros, trata-se de caso de nulidade e anulabilidade; e há quem defenda que é uma questão de autenticidade da prova e a eventual violação deverá ser avaliada caso a caso, sendo uma questão de peso, e não de validade

Para Nucci (2020), quando se deixa de instaurar os procedimentos alusivos à cadeia de custódia, promovem-se nulidades relativas, daí porque se considera a necessidade de imputação quando se reputar oportuno, com a devida validação de real prejuízo.

Ademais, para Aury Lopes Júnior, a quebra da cadeia de custódia por inobservância das regras e dos procedimentos estabelecidos conduz à ilicitude probatória ao conseqüente desentranhamento e proibição de valoração. Não se desconhece, contudo, autores que situem a quebra da cadeia de custódia na dimensão da valoração probatória (LOPES JR, 2021).

Além disso,

[...] O instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até a sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. [...] (Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 462.087-SP, STJ, 5a Turma, unânime, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 7.11.2019, publicado no DJ em 18.11.2019).

Lopes Júnior (2021) questiona a consequência da quebra da cadeia de custódia (*break on the chain of custody*), e apresenta uma solução: a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a prova derivada.

Na visão de Cunha (2020, n.p.), havendo quebra da cadeia de custódia das provas, “a prova permanece legítima e lícita, podendo ser questionada a sua autenticidade se o valor será maior ou menor quanto mais ou menos se respeitou o procedimento da cadeia de custódia. Não pode ser descartada, mas valorada”. Sustenta o referido autor que não se deve confundir a inobservância de alguns procedimentos da cadeia de custódia com prova ilegal: “a prova custodiada é legal, pois do contrário sequer mereceria ser guardada”. A eventual mácula não interfere na legalidade da prova, mas sim no seu peso, na sua qualidade (CUNHA, 2020).

Cabe relatar o posicionamento de Monteiro (2020, p. 89), para quem a consequência jurídico-constitucional processual da violação da cadeia de custódia é a inadmissibilidade da prova no processo, respeitando o que preconiza o inciso LVI do Art. 5º da Constituição, devendo a prova ser considerada ilícita não admissível como prova meio, não valorável como prova resultado e, por essa razão, ser desentranhada do processo e jamais ser admitida como fonte de prova por força do caput do Art. 157 do Código de Processo Penal.

“No entendimento de Prado, que traz a distinção entre “fiabilidade” e peso da prova”. “interrogar sobre a fiabilidade de uma prova não é o mesmo que indagar acerca de seu ‘peso’, isto é, de seu valor para a formação do convencimento do juiz”. Para o renomado autor, fiabilidade diz respeito a entrada da prova no processo, já o peso da prova e a sua devida avaliação serão posteriores. A fiabilidade busca compreender se determinado elemento está em condições de ser avaliado. Na visão do ilustre autor,

havendo a inobservância da cadeia de custódia, impõe-se a exclusão delas dos procedimentos penais (PRADO, 2014).

Em conformidade com Borri e Soares (2020, p. 56), a partir da introdução de tal instituto no ordenamento jurídico, o desrespeito às etapas definidas em lei, no que tange à cronologia do vestígio coletado, que vai desde a introdução até a valoração pelo magistrado, levará, invariavelmente, à constatação de inobservância das imposições legais, sem que se possa, todavia, afirmar com segurança quais seriam as obrigações do juiz no momento de trabalhar com a prova.

Na acepção de Carvalho (2016), tendo em vista a correta aplicação e manutenção da cadeia de custódia, são necessários empenho e investimentos públicos, uma vez que os trâmites referentes à cadeia de custódia são usualmente descumpridos, seja por negligência ou por desconhecimento.

Observa-se que é divergente o posicionamento dos renomados autores, contudo, a doutrina majoritária é no sentido de que a quebra da cadeia de custódia por inobservância das regras e dos procedimentos estabelecidos, não acarretam, por si só, a nulidade ou inadmissibilidade da prova.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo analisar os impactos da inobservância da cadeia de custódia da prova em ambiente digital no Brasil. Nesse ensejo, promoveu-se uma revisão bibliográfica no âmbito do Direito Processual Penal, abordando a prova digital, evidenciando a cadeia de custódia da prova, a fim de alcançar maior aprofundamento teórico sobre a cadeia de custódia da prova, identificando os métodos de preservação e coleta de prova digital, debatendo sua autenticidade e integridade.

Diante das considerações levantadas neste estudo, pode-se inferir que no entendimento de alguns autores, o descumprimento de alguma dentre as regras impostas torna a prova inadmissível e até mesmo ilícita; contudo, na avaliação de outros, corresponde a um caso de nulidade e anulabilidade; por outro lado, existem os que são a favor de que se trata de uma questão de autenticidade da prova, cuja eventual violação deverá ser avaliada a cada situação, evidenciando uma questão de peso, e não de validade.

Por fim, ressalta-se que o presente artigo não tem o condão de findar as controvérsias doutrinárias a respeito do tema tratado, visto que a Lei nº 13.964/19 ainda não tipifica as consequências processuais da inobservância da cadeia de custódia da prova. Portanto, ainda serão necessárias mais pesquisas, enriquecendo e desenvolvendo o debate em relação à cadeia de custódia da prova.

REFERÊNCIAS

THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. **Provas no direito digital**: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro Eletrônico.)

VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no processo penal**: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PASTORE, Guilherme de Siqueira. Considerações sobre a autenticidade e a integridade da prova digital. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 63-79, Jan.-mar., 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm acesso em: 23 maio 2022

BORRI, L.A.; SOARES JUNIOR, R. A cadeia de custódia no Pacote Anticrime. **Boletim IBCCRIM**, n. 335, 2020.

BRASIL. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR ISO/IEC 27037**: tecnologia da informação: diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de julho de 2014.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Roteiro de atuação**: crimes cibernéticos. 2. ed. rev. Brasília: MPF/2ªCCR, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo

judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília, 2006.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001**. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, 2001.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

CARVALHO, B. A.; ARAÚJO FILHO, V. S. Exames periciais de DNA forense: recomendações técnicas para a padronização de procedimentos e metodologias. *In: TOCCHETO, D.; ESPINDULA, A. (org.) Criminalística: procedimentos e metodologias*. 3.ed. Campinas: Millenium, 2015. p. 359-379.

CARVALHO, J. L. Cadeia de custódia e sua relevância na persecução penal. **Brazilian Journal of Forensic Sciences**, Medical Law and Bioethics, v. 5, p. 371-382, 2016.

COSTA JÚNIOR, Marcos Antonio Corrêa. A importância da utilização e da escolha de *hashes* criptográficos para a perícia forense computacional. **Revista Eletrônica EngTech Science**, Jabotão dos Guararapes, v. 1, n. 1, p. 45-70, 2014. ISSN 2358-5226. Disponível em: <http://faculdadeguararapes.edu.br/revista/index.php/reets/article/view/14/20>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime**: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DALLAGNOL, Deltan M.; CÂMARA, Juliana A. S. R. C. A cadeia de custódia da prova. *In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (org.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 435-471.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 237-257, mai./jun. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na Internet e inquérito policial eletrônico**. 2. ed. São Paulo: Academia de Forense Digital, 2019.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GONZÁLEZ LAGIER, D. Argumentación y prueba judicial. *In*: FERRER BELTRÁN *et al.* **Estudios sobre la prueba**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 89134.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, São Paulo, 2009.

MEDEIROS, Flávia. **Políticas de perícia criminal na garantia dos direitos humanos**. Friedrich Ebert Stiftung, 2020. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/16396-20200811.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Aplicação da cadeia de custódia da prova digital. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. 6p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/academia-policia-aplicacao-cadeia-custodia-prova-digital>

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, G. **A cadeia de custódia da prova penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência**, Brasília, n. 720, dez. 2021.

THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. **Provas no direito digital**: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

A 'LEALDADE INSTITUCIONAL' E O POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO. COMO 'SALVAR' O ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?

BERILO PEREIRA DA MOTTA NETO:

Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Direito Administrativo da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGV-SP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Advogado.

RESUMO: a hipótese levantada neste artigo busca fundamentar, sob uma concepção do positivismo inclusivo, a tese segundo a qual o rol disposto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa não é taxativo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Reforma. Ilegalidade. Positivismo Inclusivo. Interpretação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A premissa da concepção do positivismo jurídico conforme Wilfrid J. Waluchow. 3. Moralidade na Administração Pública – pode ser corpo sem alma? 4. A função do princípio da moralidade administrativa na determinação da improbidade.

1. Introdução

A preocupação com o combate à corrupção volta a figurar na agenda política brasileira de tempos em tempos. Com efeito, o tema sempre ressurgue quando escândalos de corrupção ocupam os noticiários - e tudo acaba por desaguar no plano legislativo. A Lei de Improbidade Administrativa, gestada no auge das denúncias contra o governo do Presidente Collor (1990-1992), não fugiu a essa *'tradição'*.

O fenômeno em si é bem previsível: em tempos de escândalos públicos, os governos tendem a promover *pacotes anticorrupção* como estratégia de *marketing de conformidade* – outros até se elegem sob o mote, mas essa é outra questão. O fato é que, ao menos no caso de tal diploma, cuja ideia original era defender a honra do Governo Collor, o processo legislativo cuidou de alterar o arcabouço sancionador do projeto original, ampliando as malhas de incidência do que foi publicado como lei.

Por fim, a obra subjugou o autor¹⁶³.

Trata-se de um diploma de ampla aplicação cujo escopo é a proteção do patrimônio público (*paralelamente à ação popular e à ação civil pública ressarcitória*) e da *moralidade* no exercício das funções do Estado, que sanciona agentes públicos envolvidos em desvios de conduta.

De fato, é uma lei que "pegou" e impactou a gestão pública.

Por outro lado, essa poderosa ferramenta de atuação dos princípios constitucionais que incidem sobre a função pública, como defendem alguns partidários de sua reforma, também promoveu excessos¹⁶⁴, que culminaram no *apagão das canetas*.

A bem da verdade, os pleitos reformistas envolvem muitos pontos de alteração da redação da lei, mas há de se jogar especiais luzes nas propostas que pretendem lenificar a incidência do art. 11 da Lei Federal nº 8.429/1992, mediante a exclusão da expressão '*e notadamente*' ou sua substituição. É o que se passou, por ocasião da publicação da Lei Federal nº 14.230/2021.

Neste ponto, segundo o entendimento reformista, a expressão ao final do *caput* do art. 11 conduziria à interpretação de que o rol contido em seus incisos não é taxativo, mas exemplificativo.

Assim, por esta linha de raciocínio, a tipificação prevista em tal dispositivo é tão aberta que permitiria que qualquer violação à lei seja considerada improbidade administrativa, esvaziando os outros tipos contidos nos dispositivos do art. 9º, 10 e 10-A da Lei Federal nº 8.429/1992 e, mais ainda, violaria a exigência de tipicidade¹⁶⁵ no âmbito

163 Como anota Fábio Medina Osório, curiosamente, a enorme quantidade de emendas feitas ao projeto original se deve à iniciativa de importantes membros do ministério público, a exemplo do atualmente ministro Antônio Herman Benjamin. Consulte-se em OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 106.

164 A constatação desses excessos há de ser levantada mediante pesquisas empíricas, que fogem ao escopo deste trabalho.

165 Neste sentido, Cf. HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, nº 89, p. 83-106, jan./fev., 2015. Não se olvide ainda a posição de que o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa deveria vir necessariamente acompanhado de incisos para tipificar a espécie de improbidade. Nestes termos, Cf. PEREIRA, Flávio Henrique Unes; MAIA, Raphael Rocha de Souza. A inconstitucionalidade da 'violação a princípios' como improbidade administrativa. **Jota**,

sancionador, prevista no art. 5º, inc. II e XXXIX da Constituição Federal. Afinal, como se diz, tudo cabe na '*violação a princípios da administração pública*'.

Em contrapartida, a doutrina assevera que concorre para se conceituar a improbidade administrativa qualificações como "desonestidade" - assim, por todos, veja-se as considerações de Clovis Beznos acerca do tema:

Improbidade significa desonestidade, mau caráter, falta de probidade.

[...]

A improbidade administrativa, todavia é essencialmente concebida como uma conduta aética, desonesta do agente público, preordenada à obtenção de vantagem ilícita, com lesão ao erário. Assim, a corrupção, como popularmente é conhecida a improbidade, se caracteriza por ações desonestas de agentes públicos, voltados à obtenção de vantagens, que implicam normalmente em enriquecimento ilícito e dano ao erário¹⁶⁶.

Ademais, a assertiva "*improbidade não é sinônimo de ilegalidade*" virou um adágio muito frequente nas decisões sobre o tema mesmo nos Tribunais. Nesta toada, sem o apego de tentar reproduzir o significado que as decisões judiciais têm atribuído à expressão¹⁶⁷, tento fundamentar a tese segundo a qual a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, para fazer incidir o disposto do *caput* de seu art. 11, deve considerar que *de fato improbidade não pode ser sinônimo de ilegalidade*.

São Paulo, 18/08/2019. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-da-violacao-a-principios-como-improbidade-administrativa-18082019> >. Acesso em 01 de novembro de 2020.

166 BEZNOS, Clóvis. Considerações em torno da Lei de Improbidade Administrativa. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2009.

167 KANAYAMA, Ricardo A. **Improbidade por violação aos princípios da Administração Pública: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça**. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2020. "[...] A ideia constantemente repetida na doutrina e na jurisprudência de que "improbidade não é sinônimo de ilegalidade" deve ser lida com cautela. A pesquisa concluiu que o juízo de legalidade predominou nas decisões de improbidade, sendo que na maioria dos casos em que se concluiu haver ilegalidade, houve também o reconhecimento da improbidade. Foram poucos os casos desviantes."

Com efeito, a grande premissa desta tentativa de “salvar”¹⁶⁸ o que é veiculado como texto normativo em um dos tipos sancionadores da Lei de Improbidade Administrativa é senão a compreensão de que a moral e o direito se entrecruzam, se interpenetram e, por isso, mantêm entre si uma conexão não contingente¹⁶⁹, o que vem destacado nos próprios pronunciamentos legislativos do ordenamento brasileiro.

Assim, partindo-se de uma concepção do *positivismo inclusivo*, assevera-se a importância de se retirar autônomo conteúdo ao princípio da moralidade no exercício das funções públicas, atribuindo-lhe uma função interpretativa com o intuito de determinar qual o *plus* que especifica a improbidade nos confins das múltiplas formas que assume a ilicitude.

2.A premissa da concepção do positivismo inclusivo conforme Wilfrid J. Waluchow

Wilfrid Waluchow propôs uma versão do positivismo que se encontra na metade do caminho entre o positivismo jurídico *exclusivo*, encarnado na versão de Joseph Raz, e a teoria do direito (*natural*) como integridade, tal como desenvolvida por Ronald Dworkin¹⁷⁰. Diz-se - *na metade* - pois sua teoria é senão um refinamento das posições de H. L. A. Hart¹⁷¹ com a incorporação das observações de seus críticos.

Coloca o autor uma linha do positivismo denominada *inclusivo*, a qual sustenta que as pautas de moral política¹⁷², isto é, a moral que se utiliza para avaliar, justificar e

¹⁶⁸ Na acepção de *não tornar inútil* o caput do dispositivo.

¹⁶⁹ Neste sentido, Cf. WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 95.

¹⁷⁰ Veja-se DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986; e DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1978

¹⁷¹ HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Press, 1961.

¹⁷² Em livre tradução, “por moral política se deve entender a moral realmente implícita na história institucional, uma moral de direitos que a prática jurídica busca concretizar em suas regras, decisões e procedimentos estabelecidos e que serve a seu objeto e justificação”. No original: “En cualquier caso, por moral política debe entenderse la moral realmente implícita en la historia institucional, una moral de derechos que la práctica jurídica busca concretizar en sus reglas, decisiones y procedimientos establecidos y que sirve a su objeto y justificación.” WALUCHOW, *Op. cit.*, p. 57.

criticar as instituições sociais, suas atividades e produtos podem exercer o papel de determinar a existência, o conteúdo e o significado das leis positivas válidas.¹⁷³

É certo que essa versão do positivismo fora posta como uma *teoria descritivo-explicativa do direito - melhor que suas rivais* (positivismo exclusivo e jusnaturalismo) - sob a observação de que há distinções conexas entre:

- a) teorias do direito;
- b) teorias da obediência; e
- c) teorias da adjudicação.

Aduz Waluchow que uma teoria do direito que se pretenda verdadeira ou filosoficamente iluminadora importa que se compreenda que tal teoria se cinge a descrever e explicar a natureza do direito e suas várias relações com a moral, os costumes, o uso da força etc. Ao passo que *teorias da obediência* se ocupam da força moral do direito existente, tanto para os juízes como para os cidadãos comuns, e que *teorias da adjudicação* trabalham, entre outras coisas, com a variedade de forças institucionais que distintos tipos de normas têm para diferentes juízes em diferentes contextos jurídicos¹⁷⁴.

Desta feita, parece ao autor inadequado criticar teorias descritivo-explicativas do direito por meio de argumentos que se reportem às consequências práticas morais de sua adoção e possível aplicação equivocada¹⁷⁵. Não é este, todavia, o caminho que se pretende trilhar.

173 "La versión del positivismo desarrollada y defendida en este libro será llamada positivismo jurídico incluyente. Una característica distintiva del positivismo incluyente es sostener que las pautas de moral política, es decir, la moral que se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y sus actividades y productos – por ejemplo, las leyes – pueden jugar un papel, y de hecho lo hacen de diversos modos, en la empresa de determinar la existencia, contenido y significado de las leyes válidas. La moral política, en esta teoría, se halla incluida dentro de los fundamentos posibles para establecer la existencia y el contenido de las leyes positivas válidas, es decir, de las leyes sancionadas o creadas por seres humanos por medio de legislaturas, tribunales o la práctica consuetudinaria." *Ibid.*, p. 17.

174 "También observaré distinciones conexas entre: a) teorias del derecho, que persiguen describir y explicar la naturaleza del derecho y sus variadas relaciones con la moral, la costumbre, el uso de la fuerza, etcétera; b) teorias de la obediencia, que se ocupan de la fuerza moral (normal o excepcional) del derecho existente, tanto para los jueces como para los ciudadanos ordinarios, y c) teorias de la adjudicación, que trabajan (entre otras cosas) con la variedad de fuerzas institucionales que tienen – o deberían tener – distintos tipos de normas para diferentes jueces em diferentes contextos jurídicos." WALUCHOW, *Op. Cit.*, p. 54.

175 *Ibid.*, p. 103

Não obstante, não há motivos para se considerar tão estanques as distinções e funções entre teorias do direito e teorias da adjudicação na medida em que se alguém se propõe a descrever como o direito *é* (seu conceito e suas várias relações com a moral, costumes etc.), isso implica um juízo posterior quanto a como o direito *deve ser*, ou como *deve ser aplicado e justificado* por um juiz – do contrário o direito *deixa de ser* tal como aquela teoria o descreve¹⁷⁶.

Em nosso contexto, em que grande parte das instituições e da lógica do sistema legal derivam de concepções europeias marcadas pelo contexto político do pós-guerra, em que se atribui ao direito – e, especialmente às Constituições escritas – funções para além da tomada de decisão autoritativa de disputas sobre razões dependentes, importa reconhecer que o direito cumpre também a função de conformidade à moral, notadamente quando se aloca no texto supremo referências ao princípio da moralidade administrativa.

Isto é, há entre os dispositivos da Constituição, e na legislação infraconstitucional, pronunciamentos do direito que se reportam à moral.

3.Moralidade na Administração Pública – pode ser corpo sem alma?

Considerando as limitações deste trabalho, elegemos na doutrina brasileira de direito administrativo os entendimentos de Márcio Cammarosano para opormos o nosso, pois, além da importância de sua produção acadêmica e profissional, se destacou como crítico da redação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa¹⁷⁷.

176 Em sentido semelhante, encontramos as considerações de Ricardo Marcondes Martins: “Hans Kelsen (1881-1973), de certa forma, percebeu isso ao afirmar que as *proposições* da Ciência do Direito, ao descreverem normas do dever-ser, também possuem um *dever-ser*. Mas diferenciou: o dever-ser da proscrição científica seria *descritivo*, diferentemente do das normas, que seria *prescritivo*.”

É intuitivo seu equívoco. O fato é que um dever-ser interfere no outro: ao propor como deve ser entendido o dever-ser prescritivo, de forma crítica, prescreve-se”. MARTINS, Ricardo Marcondes. Divergências no Direito Administrativo. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 11-16, jan./jul. 2020.

177 CAMMAROSANO, Márcio; JARDIM, Flávio; UNES, Flávio Henrique Unes. 26 anos da Lei de Improbidade Administrativa. **Jota**, São Paulo, 09/12/2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/especiais/26-anos-da-lei-de-improbidade-administrativa-08122018> >. Acesso em 28 de outubro de 2020.

Ademais, o mesmo autor defendera em seu doutoramento uma tese acerca do princípio da moralidade na Administração Pública¹⁷⁸, onde se encontra o pressuposto/fundamento da crítica que o mesmo dirige à redação do dispositivo mencionado.

Neste sentido, impende destacar que os entendimentos de Márcio Cammarosano partem do pressuposto de que a moral é incoercível enquanto não situada no plano das normas de direito. Neste passo, o eminente autor propugna a necessidade de uma norma jurídica perfilhar o mesmo conteúdo de normas morais para que estas últimas sejam aplicadas sob a coerção legítima do Estado:

[...] bem analisado o fenômeno, o que se verifica é que se uma disposição de Direito – no caso o art. 37, *caput*, da Constituição do Brasil – estivesse prescrevendo que a Administração Pública deveria observar também regras da Moral -, o que se admite, nesta passagem, apenas para efeito de argumentação -, em rigor não ocorreria a juridicização da Moral ou dos preceitos morais. A regra moral continuaria sendo regra moral e passaria a existir outra regra jurídica dotada, fundamentalmente, do mesmo conteúdo normativo da regra moral, sem embargo de alguma inovação no que concerne à sanção e, evidentemente, à forma de sua aplicação.

Em outras palavras: se o agente público violasse o preceito, estaria violando, com o mesmo comportamento, uma norma moral e uma norma jurídica, dotadas ambas do mesmo conteúdo e sujeitando o agente a sanções diferentes, e de diferentes formas de aplicação, cada qual consoante a natureza da prescrição violada.

Portanto, não ocorreria propriamente a juridicização da norma moral, no sentido de transformação da norma moral em norma jurídica, mas na criação de uma norma jurídica com o mesmo conteúdo da norma moral. Coexistiriam, destarte, duas normas que, não obstante tivessem o mesmo conteúdo, continuariam integrando, cada qual, sistemas normativos distintos. De um lado, o sistema de normas morais; de outro, o sistema de normas jurídicas.

178 CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

[...]

O Direito não se confunde com a Moral (esta ou aquela ordem moral) e nem se confundiria, ainda que num dado instante o próprio Direito determinasse obediência não apenas às normas jurídicas, mas também às normas morais, pois estas não se transformariam em normas jurídicas deixando de existir como normas morais. Nesse caso os conteúdos dos mandamentos morais seriam “fotografados” pela norma jurídica que mandasse observar normas morais, para valerem também como normas integrantes do sistema jurídico. E só se sabendo identificar, no mundo normativo, as normas morais, é que se poderia saber quais os mandamentos “fotografados”.¹⁷⁹

Dessume-se dos pressupostos esposados por Márcio Cammarosano que o Direito, a despeito de seu inevitável conteúdo axiológico, colhido de outras ordens normativas do comportamento humano, só pode estar referido a si mesmo. É com supedâneo nesta premissa que o respeitável autor sustenta que o princípio da moralidade administrativa não nos remete à moral, mas a valores selecionados pelo próprio direito¹⁸⁰:

O princípio da moralidade administrativa está referido, assim, não diretamente à ordem moral do comportamento humano, mas a outros princípios e normas que, por sua vez, juridicizam valores morais.

É por essa razão que o princípio da moralidade administrativa não agrega ao mundo do Direito, por si só, qualquer norma moral que, se violada, implicaria invalidade do ato. Não há que se falar em ofensa à moralidade administrativa se ofensa não houver ao Direito. Mas só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa não houver ao Direito. Mas só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a

¹⁷⁹ CAMMAROSANO, *Op. Cit.*, p.39-42.

¹⁸⁰ “Está reportado, sim, a valores albergados no sistema jurídico, e cuja inteligência e aplicação não se pode dar fora desse mesmo sistema, ainda que permeável, pela própria fluidez dos conceitos normativos, às concepções significativas prevalentes em dada sociedade e em dado momento histórico.” *Ibid.*, p. 82.

preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de *per si*, juridiciza preceitos morais.

Portanto, violar a moralidade administrativa é violar o Direito. É questão de legalidade. A só violação de preceito moral, não juridicizado, não implica a invalidade do ato. A só ofensa a preceito que não consagra, explícita ou implicitamente, valores morais, implica invalidade do ato, mas não imoralidade administrativa.¹⁸¹

O problema de tal posicionamento, quanto ao conteúdo do princípio da moralidade, é que dele sucede o juízo pelo qual seu sentido se encartaria por completo no princípio da legalidade, tornando-o corpo sem alma.

As disfunções dessa assunção acarretam a alteração do sentido do controle dos atos da administração à luz do que se entende por *moralidade na administração pública*, haja vista que o que se entende por 'moralidade administrativa', consoante a legislação federal, há de ser uma das causas de pedir de algumas ações afetas ao controle público (*p. ex. a ação popular*). Não se olvide ainda a previsão do art. 2º da Lei de Processo Administrativo Federal e do art. 5º e do art. 37 da Constituição Federal, que legitimam o questionamento de atos administrativos à luz do princípio da moralidade da forma mais ampla possível.

Desta feita, atribuir um sentido mais ou menos preciso do que se entende por *moralidade administrativa* tem efeitos reais sobre a dinâmica do controle da Administração e do funcionamento do Estado e do Direito.

O problema, pois, da suposta amplitude do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa não está no *texto* da norma, mas na interpretação a que ele se dá com base na concepção de direito pela qual normas morais não têm qualquer função em determinar a existência, o conteúdo e o significado das leis positivas válidas. Em vista disso, pode-se aduzir que a deformidade sistêmica de se pretender controlar em grande escala a atividade da Administração Pública Brasileira a partir das normas veiculadas pela Lei de Improbidade Administrativa decorre, em parte, de um esvaziamento de conteúdo e função próprios do princípio da moralidade.

Tal ambiente de insegurança para os gestores públicos, portanto, formado pelo aumento desmesurado de abusos no controle de legalidade dos atos da administração

181 *Ibid.*, p. 113-114.

não pode ser reputado a um suposto *punitivismo* inerente à lei em comento. Aliás, como aduz Marcos Augusto Perez, no tabuleiro desse jogo, *o conceito de improbidade é uma peça-chave*¹⁸² que demarca a amplitude de incidência das sanções por improbidade no exercício da função pública.

Com efeito, a inversão dos valores já está posta, pois, no Brasil, contraditoriamente, a punição dos agentes violadores da legalidade se tornou mais importante que a manutenção da legalidade em si. O diagnóstico nestes termos, aliás, está parcialmente posto por Ricardo A. Kanayama, que em pesquisa empírica sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu que:

A ideia constantemente repetida na doutrina e na jurisprudência de que “improbidade não é sinônimo de ilegalidade” deve ser lida com cautela. A pesquisa concluiu que o juízo de legalidade predominou nas decisões de improbidade, sendo que na maioria dos casos em que se concluiu haver ilegalidade, houve também o reconhecimento da improbidade. Foram poucos os casos desviantes.¹⁸³

Assim, não se coaduna com nossas premissas a assunção de que exista um punitivismo inerente ao sistema de controle instituído pela Lei de Improbidade Administrativa. Residindo, com efeito, a matriz do problema na linha que compreende o princípio da moralidade como não diferenciado do princípio da legalidade, confundido os julgadores quanto à amplitude da incidência das disposições que se destinam a sancionar gestores efetivamente ímprobos.

4.A função do princípio da moralidade administrativa na determinação da improbidade

Como aduz Waluchow, não é um acidente contingente que o direito e a moral estão conectados. Em verdade, o direito é precisamente um meio para a expressão e

¹⁸² PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020, p. 276.

¹⁸³ KANAYAMA, Ricardo A. **Improbidade por violação aos princípios da Administração Pública: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça**. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2020.

imposição da lei moral, ou algum elemento particular desta¹⁸⁴. Isto significa que há uma abertura semântica nas disposições próprias do princípio da moralidade na administração pública e naquelas que a ela fazem referência, a exemplo da expressão '*lealdade às instituições*', constante no texto do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Como defendido, caso não se atribua um *plus* ao conteúdo do princípio da moralidade, este sucumbe aos limites amplíssimos do controle de legalidade (*simples conformidade à lei*). Caso assim seja, aquele princípio perde utilidade e, portanto, sequer deveria existir¹⁸⁵.

Ademais, considerar a moral como um elemento de interpretação se coaduna com o evoluir natural da administração pública, sendo, portanto, oportuna a menção do art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, onde se limita a atividade de controle dos atos administrativos às *orientações gerais da época* em que foi constituído.

Portanto, é preciso que se diga: a ação da administração pública não está subordinada somente à lei, mas também à *moralidade política* que rege a ética institucional da gestão pública. Não é possível reduzir o princípio da moralidade administrativa a um conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração Pública, o conteúdo desse princípio, como assevera Juarez Freitas, é composto por padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer perecer os liames sociais¹⁸⁶.

A pergunta, portanto, se põe da seguinte maneira: o princípio da moralidade é apenas um agravante da conduta (*ilegal*) já tida como ímproba ou é esse princípio mesmo a norma que impõe ao aplicador o ônus de qualificar o ato com um *plus, de natureza moral política*, que lhe atribui aquela qualidade que o torna típico à luz da Lei de Improbidade Administrativa?

184 WALUCHOW, Op. cit., p. 95.

185 Assim, o que se defende está fundado também em um argumento pragmático, na medida em que busca não tornar inútil uma série de disposições de diversos textos normativos e limitar a aplicabilidade das sanções por improbidade administrativa com base em juízos dotados de conteúdo daquela moral que justifique e critique as instituições do Estado, suas atividades e produtos.

186 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 69.

Acreditamos na segunda hipótese, pois se assumimos, com José Guilherme Giacomuzzi¹⁸⁷, que o princípio da moralidade administrativa se subdivide em dois *subprincípios* – um de ordem objetiva, consistente no *princípio da boa-fé*, e um outro de ordem subjetiva, consistente no *princípio da probidade* – não podemos desconsiderar que o controle do exercício da função administrativa não pode carecer de um juízo acerca da subsistência ou não da corrupção, perseguição, compadrio e/ou desonestidade no ato ou no agir de um agente público.

É de se reputar, portanto, que o princípio da moralidade administrativa, *em sua dimensão subjetiva*, efetivamente, se trata de uma regra em branco¹⁸⁸, de reenvio às regras de moral política, e, por consequência, a construção de um juízo que repute um ato ou uma conduta de um agente público deve necessariamente se abeberar na moral *política* para concluir que se trata de um ato típico ou atípico à luz do art. 11 da Lei de Improbidade.

Assim, é equivocada a proposta tendente a tornar os incisos do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa num rol taxativo, para após a reforma, experimentarmos a ineficácia desse importante instrumento de controle da Administração Pública. Não será comparável a criatividade dos desonestos à dos empresários que nunca se reduziu à técnica enumerativa do revogado Código Comercial Brasileiro?

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

CAMMAROSANO, Márcio; JARDIM, Flávio; UNES, Flávio Henrique Unes. 26 anos da Lei de Improbidade Administrativa. **Jota**, São Paulo, 09/12/2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/especiais/26-anos-da-lei-de-improbidade-administrativa-08122018> >. Acesso em 28 de outubro de 2020.

187 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

188 JUSTEN FILHO, Marçal. O princípio da moralidade e o Direito Tributário. **Revista Trimestral de Direito Público**, 11/50; No mesmo sentido, MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: ADRI, Renata Porto; PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (Coords.). **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 69.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, nº 89, p. 83-106, jan./fev., 2015.

KANAYAMA, Ricardo A. Improbidade por violação aos princípios da Administração Pública: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - **Escola de Direito de São Paulo**, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2020

MARTINS, Ricardo Marcondes. Divergências no Direito Administrativo. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 11-16, jan./jul. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: ADRI, Renata Porto; PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (Coords.). **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; MAIA, Raphael Rocha de Souza. A inconstitucionalidade da 'violação a princípios' como improbidade administrativa. **Jota**, São Paulo, 18/08/2019. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-da-violacao-a-principios-como-improbidade-administrativa-18082019> >. Acesso em 01 de novembro de 2020.

PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

A (DES)CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS AOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS FEDERAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

JONNILTON GOMES: Bacharelando do curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC em Palmas/TO. Especialista em Liderança e Formação de Gestores pela Universidade Federal do Tocantins - UFT. Especialista em Psicopedagogia Institucional pela Universidade Castelo Branco - UCB. Bacharel em Contabilidade pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS. Tecnólogo Agroindustrial com ênfase em Alimentos pela Universidade Estadual do Pará - UEPA.

ROMUALDO FLÁVIO DROPA

(orientador)

RESUMO: Apesar da evolução no Direito Administrativo contemporâneo, a Administração Pública ainda é a responsável por apurar e julgar os servidores públicos estatutários federais que descumpram suas determinações e normas internas. O julgamento no Processo Administrativo Disciplinar pode atribuir penas que variam de uma simples advertência até a perda de bens e do cargo efetivo. A subjetividade na caracterização da moralidade administrativa pode gerar falhas na constatação do dolo ou da culpa na apuração dos fatos. A discricionariedade e a subjetividade se fazem presentes em várias fases do Processo Administrativo Disciplinar. A exposição conceitual do tema, neste artigo, fora dividida em 03 (três) subtítulos. De modo que, após a Introdução, os próximos dois subtítulos apresentam conceitos e definições para a compreensão do processo ora avaliado e no último os conceitos envolvidos no Processo Administrativo Disciplinar e na (des)caracterização da Improbidade Administrativa no mesmo. Constata-se no presente trabalho que é inviável a caracterização da Improbidade Administrativa ao servidor sem a concreta caracterização do dolo específico devidamente comprovado durante o Processo Administrativo Disciplinar, pois a subjetividade no conceito de moralidade administrativa gera entraves para a eficaz caracterização do dolo exigido para a improbidade administrativa e seus efeitos ao servidor público federal estatutário.

Palavras-chave: (Des)caracterização; Improbidade Administrativa; Processo Disciplinar.

ABSTRACT: Despite the evolution in contemporary Administrative Law, the Public Administration is still responsible for investigating and judging federal civil servants who fail to comply with its internal rules and regulations. The judgment in the Disciplinary Administrative Process may attribute penalties that vary from a simple warning to the loss of assets and of the effective position. The subjectivity in the characterization of administrative morality can generate failures in the determination of malice or guilt in the ascertainment of facts. Discretion and subjectivity are present in several phases of the Disciplinary Administrative Process. The conceptual exposition of the theme, in this article, was divided in 03 (three) subtitles. After the Introduction, the next two chapters present concepts and definitions for the understanding of the process being evaluated and the last one presents the concepts involved in the Disciplinary Administrative Process and in the (dis)characterization of Administrative Improbability in it. It is verified in this work that it is unfeasible to characterize the server Administrative Improbability without the concrete characterization of specific malice duly proven during the Disciplinary Administrative Process, because the subjectivity in the concept of administrative morality generates obstacles for the effective characterization of the malice required for administrative improbity and its effects to the federal statutory public servant.

Keywords: (Dis)characterization; Administrative Improbability; Disciplinary Process.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Direito administrativo: 2.1 O regime jurídico administrativo. 3. A administração pública: 3.1 Princípios da administração pública; 3.2 Poderes da administração pública; 3.3 Atos administrativos; 3.4 Servidor Público Estatutário Federal; 3.5 Deveres do servidor público estatutário federal. 4. Processo administrativo: 4.1 Princípios do processo administrativo; 4.2 Processo Administrativo Disciplinar; 4.3 (Des)caracterização da improbidade administrativa no PAD; 4.4 Efeitos da caracterização da improbidade administrativa no PAD. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Estado de Direito ou Estado Moderno surgiu na França, após a Revolução Francesa de 1.789, fruto da insatisfação dos súditos com a monarquia absolutista e seus efeitos. Com essa “modernidade” surgem normas que passam a balizar a atuação do governante, com princípios e códigos que limitam sua atuação e o obrigam a seguir o ordenamento jurídico vigente, sendo a legalidade e a moralidade consideradas regras a serem seguidas e a discricionariedade passou a ser vista como exceção na atuação do Administrador Público.

Nesse Estado de Direito surge o Direito Administrativo e seu vasto conjunto de leis, normas, processos e procedimentos, sendo o interesse público, sua indisponibilidade e prevalência sobre o interesse privado balizadores da atuação Estatal que, por meio de

Atos Administrativos unilaterais rege direitos sob a ótica da legalidade e controle do Poder Judiciário.

Em nossos dias atuais, com a evolução do Direito Administrativo, dentre os Atos Administrativos temos o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) –como a principal ferramenta para que a Administração Pública apure e condene os servidores públicos que descumpram suas normas e determinações e gerem ou não danos ao erário, com penas que variam de simples advertência até a perda de bens e do cargo efetivo e, se incluída a Improbidade Administrativa na investigação realizada, após a condenação no Processo Administrativo Disciplinar, o servidor público responderá a um novo processo, agora judicial, onde estará sujeito a novas penas e sanções.

O escopo deste trabalho é investigar, a partir da perspectiva teórica de Matheus Carvalho (2022) e Sylvia Zanella Di Pietro (2022), a (des)caracterização da Improbidade Administrativa e seus efeitos aos Servidores Públicos Federais no Processo Administrativo Disciplinar, com o intuito de avaliar os critérios utilizados pelas comissões nomeadas pela Administração Pública para a caracterização do dolo ou da culpa no curso do processo e a consequente Improbidade Administrativa alegada.

Para possibilitar a efetiva análise investigativa, faremos um levantamento bibliográfico com pesquisas em livros, leis e jurisprudência, buscando embasamento técnico-científico para a exposição do tema com a apresentação de conceitos básicos até as minúcias e detalhes do processo de (des)caracterização da Improbidade Administrativa e seus efeitos no Processo Administrativo Disciplinar, com a exposição de tópicos didáticos que viabilizem o acesso à informação de forma clara e agregadora de novos conhecimentos com foco na eficácia e segurança jurídica no Processo Administrativo Disciplinar.

Com o fim de cumprir seus objetivos este trabalho foi dividido em 03 subtítulos. Assim sendo, no primeiro tratamos sobre o conceito de Direito Administrativo e seu regime jurídico, trazendo à tona origem e definições que facilitarão o entendimento do tema e dos processos envolvidos.

No segundo com título “Direito Administrativo”, apresentamos os princípios, os poderes e os atos administrativos da Administração Pública bem como a definição de servidor público federal estatutário e seus deveres em sua atuação.

Por fim apresentamos o Processo Administrativo e seus princípios, com foco no Processo Administrativo Disciplinar e os efeitos ao servidor público federal estatutário da

caracterização da Improbidade Administrativa em seu julgamento administrativo com a exposição de conceitos e peculiaridades.

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO

O surgimento das relações em sociedade foi a pedra fundamental para o nascimento do direito que, em tese, teve como objetivo inicial criar regras capazes de resolver conflitos entre interesses opostos e litigantes. Conforme Carvalho (2022, p. 59-60), “O direito é tradicionalmente dividido em dois grandes ramos, quais sejam, o Direito Público e o Direito Privado.”.

A definição dos ramos do direito nos é fornecida por Matheus Carvalho:

[...] O Direito Público tem por objeto principal a regulação dos interesses da sociedade como um todo, compondo-se de normas que visam a disciplinar as relações jurídicas em que o Estado aparece como parte. Por sua vez, o Direito Privado tem por escopo a regulação dos interesses dos particulares, tutelando as relações travadas entre as partes como forma de possibilitar o convívio das pessoas *em* sociedade e a harmoniosa fruição e utilização de seus bens. (CARVALHO, 2022, p. 39-40).

O fracionamento do direito em Direito Público e Direito Privado teve origem no Direito Romano, que também diferenciava ambos os institutos, sendo o primeiro aquele que veio reger as relações de interesse da sociedade e o segundo as relações entre os particulares.

Segundo Di Pietro (2022), o Direito Administrativo não surgiu na Idade Média:

A Idade Média não encontrou ambiente propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo. Era a época das monarquias *absolutas*, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados servos ou vassalos (aqueles que se submetem à vontade de outrem [...]). (DI PIETRO, 2022, p. 1 grifos da autora).

Tomando como base o pensamento da autora, o Direito Administrativo surgiu na França, no início do século XIX fazendo parte do ramo do Direito Público, ou seja, nasceu com o Estado Moderno ou de Direito, que ao introduzir a legalidade e a tripartição dos poderes no ordenamento jurídico vigente à época, gerou uma demanda por normatizar a atuação Estatal e sua organização, com foco em proteger e gerir o interesse público.

São várias as correntes que definem o Direito Administrativo. O critério funcional é uma das correntes modernas utilizadas, segundo Carvalho (2022, p. 42):

Modernamente, a doutrina majoritária tem apontado no sentido de se utilizar o critério funcional, como o mais eficiente na definição da matéria. Conforme esse critério, o Direito Administrativo é o ramo jurídico que estuda e analisa a disciplina normativa da função administrativa, esteja ela sendo exercida pelo Poder Executivo, Legislativo, Judiciário ou, até mesmo, por particulares mediante delegação estatal. (grifos do autor).

Além disso, de acordo com Di Pietro (2022, p. 59), “[...] o Direito Administrativo, desde as origens, caracteriza-se pelo binômio liberdade/autoridade, direitos individuais/interesse público. Não há razão para defini-lo levando em consideração apenas um dos lados.”.

Nesse sentido, a finalidade do Direito Administrativo é a concretização do interesse público, sendo exemplos desse interesse ações como a desapropriação, o tombamento, as atividades de polícia, a intervenção e outras ações que tem por objetivo atingir interesse privado em busca do bem comum.

2.1 O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

As prerrogativas e as limitações de observação obrigatória na atuação estatal baseiam-se em um conjunto de princípios e regras que norteiam e possibilitam a compreensão da lógica no Direito Administrativo, conferindo validade aos atos praticados em conformidade com as regras e princípios impostos e anulabilidade aos atos que não observarem tais princípios orientadores.

Para Carvalho (2022, p. 65), “o Regime Jurídico Administrativo é o conjunto harmônico de princípios que definem a lógica da atuação do ente público, a qual se baseia na existência de limitações e prerrogativas em face do interesse público.”.

Já para Di Pietro (2022, p.77), “o conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo.”.

O regime jurídico define a forma de atuação Estatal ao executar um ato administrativo, sendo tal ato passível de anulação em caso de desobediência a esse conjunto harmônico de princípios, prerrogativas e restrições.

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A função administrativa é exercida pela Administração Pública para garantir o interesse público, sendo a mesma função típica do Poder Executivo e função atípica do Poder Legislativo e Poder Judiciário. Após estas considerações, vamos definir a Administração Pública e suas características.

A definição de Administração Pública nos é fornecida por Di Pietro (2022), sendo o conceito dividido em sentido objetivo e sentido subjetivo:

[...] Em sentido **objetivo, material ou funcional**, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria **função administrativa** que incumbe, **predominantemente**, o Poder Executivo. Em sentido **subjetivo, formal ou orgânico**, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende **pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos** incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa. (DI PIETRO, 2022, p. 65-66 grifos da autora).

Assim, a atividade desenvolvida pela Administração Pública e o conjunto dos seus órgãos e agentes a caracteriza e define. Carvalho (2022), por sua vez, apresenta a Administração Pública com os seguintes termos:

[...] Em sentido formal, orgânico ou subjetivo designa o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa, independentemente do poder a que pertençam – seja ao Executivo, Judiciário, Legislativo ou a qualquer outro organismo estatal. Nesse sentido, a expressão deve ser grafada com as primeiras letras maiúsculas. Por sua vez, administração pública (em letra minúscula), embasada no **critério material ou objetivo**, se confunde com a função administrativa, devendo ser entendida como a *atividade* administrativa exercida pelo Estado, ou seja, a defesa concreta do interesse público. (CARVALHO, 2022, p. 37-38, grifos do autor).

Ao condensarmos os conceitos chegamos à conclusão que Administração Pública é o conjunto de entes estatais que exercem função administrativa com foco em princípios legais com o intuito de defender com eficácia o interesse público, sendo função típica do Poder Executivo e função atípica dos Poderes Judiciário e Legislativo.

3.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É importante observar que a Administração Pública é regida por princípios e regras que norteiam sua atuação e conferem validade a seus atos, sendo a legalidade, a supremacia do interesse público e sua indisponibilidade os alicerces que embasam todo o sistema administrativo vigente e deles são gerados os demais princípios administrativos.

Para Carvalho (2022, p. 66), “[...] por seu turno, os princípios de Direito Administrativo definem a organização e a forma de atuar do ente estatal, estabelecendo o sentido geral de sua atuação”.

Os princípios do Direito Administrativo estabelecem o equilíbrio necessário entre o interesse público e o privado. Dois princípios que garantem esse equilíbrio nos é apresentado por Di Pietro (2022)

[...] Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da **legalidade** e da **supremacia do interesse público sobre o particular**, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais. (DI PIETRO, 2022, p. 82, grifos da autora).

A busca pelo equilíbrio citado pela autora é constantemente motivo de lides no Poder Judiciário, pois a supremacia de interesses é fato gerador de insatisfação no particular, que vê o interesse estatal triunfar em detrimento ao seu interesse.

No Brasil, a Administração Pública tem seus princípios explícitos no caput do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*:

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: [...]. (BRASIL, 1988, texto digital).

A administração pública deve ter sua atuação pautada pelos princípios explícitos na Constituição Federal, sendo a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência a bússola que norteará o caminho a ser perseguido para a realização do interesse público.

Em conformidade com Carvalho (2022, p. 71), “o princípio da legalidade decorre da existência do Estado de Direito como uma Pessoa Jurídica responsável por criar o direito, no entanto submissa ao ordenamento jurídico por ela mesmo criado e aplicável a todos os cidadãos.”.

As normas refletem indiretamente a vontade popular, pois os representantes eleitos pelo povo as elaboram, conforme parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*:

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:

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de *representantes* eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988, texto digital).

Considerando que um dos fundamentos da Administração Pública é o interesse coletivo e as normas são criadas indiretamente pelo povo através de seus representantes eleitos pela maioria dos cidadãos, o ente estatal não pode agir sem considerar o ordenamento jurídico vigente, sob pena de nulidade de seu ato ilegal.

Para Di Pietro (2022, p. 82), “o princípio da impessoalidade significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.”.

A impessoalidade deve nortear toda a atuação do administrador público, pois a parcialidade do mesmo é motivo de anulação de seus atos, sendo vedado o favorecimento a seus afetos ou a perseguição a seus desafetos, utilizando-se da máquina estatal com o oferecimento de benesses ou a abertura de sindicâncias ou processos administrativos disciplinares sem a devida motivação e fatos desabonadores concretos.

A distinção entre os princípios da legalidade e da moralidade nos é apresentado por Di Pietro (2022, p. 92), que diz que a: “[...] licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto).”.

Para Carvalho (2022, p. 78-79), “[...] sendo assim, por ser a moralidade um conceito jurídico indeterminado, normalmente a jurisprudência aplica a sua violação como vício de legalidade da atuação administrativa.”.

A subjetividade no conceito da moralidade administrativa é um grande entrave para a caracterização da imoralidade/improbidade administrativa, pois conforme a discricionariedade podemos ter um ato idêntico caracterizado como doloso e um outro agraciado com atenuantes e caracterizado como culposo, caracterizando assim a discricionariedade na apuração dos fatos.

O princípio da Publicidade tem por finalidade tornar informações públicas. Nos termos de Carvalho (2022, p. 79), o princípio da Publicidade: “[...] é o conhecimento público acerca das atividades praticadas no exercício da função administrativa.”.

Em regra, a atuação da administração pública dever ter seus atos publicados para conhecimento da sociedade e dos seus agentes, não se admitindo a não exposição dos atos realizados e suas devidas motivações para que o povo fiscalize e acompanhe as ações da Administração Pública.

A atuação estatal deve primar pela eficiência em sua atuação. Conforme Di Pietro (2022, p. 99) “[...] vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.”.

A atuação estatal deve considerar os relevantes princípios constitucionais como orientação para seus atos, porém devem seguir também os princípios implícitos na Constituição Federal e nas disposições infraconstitucionais, com foco em buscar a satisfação dos interesses coletivos.

3.2 PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para que a Administração Pública garanta a satisfação do interesse coletivo, lhe é concedida algumas prerrogativas, porém, junto com a supremacia estatal ante o interesse privado, foram alocados princípios que limitam a atuação estatal e norteiam seus atos com o intuito de garantir, além de outros princípios e normas, a legalidade e a moralidade esperada na gestão pública.

A supremacia estatal é definida por Carvalho (2022, p. 132), “ocorre que, para o exercício dessas funções, é indispensável que o ente público tenha facilidades no exercício de sua atividade.”.

A atuação estatal é permeada por discricionariedade, conforme nos ensina Di Pietro (2022, p. 150):

A discricionariedade, sim, tem inserida em seu bojo a ideia de prerrogativa, uma vez que a lei, ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciados pela Administração diante do caso concreto; ela implica liberdade a ser exercida nos limites fixados na lei.

A liberdade, citada acima, vai de encontro a vinculação do ato administrativo ao bojo de normas que o regem, gerando lides quanto a eficácia do ato praticado por divergências na interpretação da norma usada no caso concreto.

Para Di Pietro (2022, p. 104), “[...] embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis.”

Conforme a autora, o administrador público detém a capacidade de agir, porém deve se limitar aos princípios que regem tal ato e, em caso de liberdade discricionária, deve motivar sua atuação e resultado esperado com a atuação estatal.

Dentre essas prerrogativas ou poderes da Administração Pública temos o Poder disciplinar que, conforme Di Pietro (2022, p. 108); “[...] é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso dos estudantes de uma escola pública.”

Já em Carvalho (2022, p. 143), a fim de que “[...] o entendimento majoritário da doutrina, os atos decorrentes do Poder Disciplinar, são praticados, em regra, no exercício de competência discricionária. A discricionariedade, no entanto, não é ampla, no que tange à opção entre sancionar ou não o agente infrator.”

A discricionariedade no exercício do poder disciplinar é verificada

Também se pode verificar a discricionariedade no exercício do Poder Disciplinar quando a lei se vale de conceitos jurídicos indeterminados para definir infrações administrativas, como, por exemplo, ocorre no art. 132, V, da Lei 8.112/90 que define como infração punível com demissão a conduta escandalosa ou incontinência pública na repartição, ou o inciso VI do mesmo artigo que prevê a insubordinação grave como conduta vedada ao agente. Nesses casos, à autoridade administrativa compete definir o que *seria* uma conduta escandalosa na repartição pública, traçando seus contornos, em cada caso concreto. (CARVALHO, 2022, p.144).

A discricionariedade no poder disciplinar não é total, sendo a margem de decisão limitada pela legislação, ou seja, apesar de poder decidir, o administrador continua vinculado ao princípio da legalidade, avaliando a conveniência e oportunidade entre as opções deixadas pela legislação vigente, com o intuito de conferir publicidade, transparência e eficiência em sua atuação.

3.3 ATOS ADMINISTRATIVOS

Para Di Pietro (2022, p. 277), o “ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”.

Um conceito também nos é fornecido por Carvalho (2022, p. 178):

Ato administrativo é todo ato praticado pela Administração Pública ou por quem lhe faça às vezes, no exercício da função administrativa (estando excluídos deste conceito os atos políticos), sob o regime de Direito Público, ou seja, gozando o ato de todas as prerrogativas estatais, diferente do que ocorre com os atos privados da Administração e, por fim, manifestando vontade do poder público em casos concretos ou de forma geral, não se confundindo com meros atos de execução de atividade.

O ato administrativo é a manifestação de vontade do Estado ao exercer a função administrativa com o escopo de garantir o interesse público, sendo o mesmo regido pelo Direito Público, ou seja, e deve seguir os princípios e regras do Direito Administrativo para que produza os efeitos esperados no mundo jurídico e na sociedade, sendo a legalidade e a motivação exemplos de princípios que, em sua ausência, tornam o ato administrativo passível de anulação posterior.

3.4 SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO FEDERAL

A pessoa física que presta serviços ao Estado é denominada agente público, sendo o servidor público uma categoria de agente público que detém o vínculo empregatício e remuneração pagas com verbas públicas como diferenciais a serem consideradas, bem como a possibilidade de responsabilização objetiva pelos danos causados ao Estado em sua atuação.

Para Di Pietro (2022, p. 690), "são servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviço ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos."

O regime jurídico do servidor público federal efetivo nos é apresentado por Carvalho (2022, p. 1023) como sendo "[...] no âmbito federal, não há discussão acerca da adoção de regime, em virtude da aplicação da lei 8.112/90 que define que todos os servidores da Administração Direta, autárquica e fundacional se submetem ao regime estatutário definido por aquela lei."

A definição do servidor estatutário nos é fornecida por Carvalho (2022, p. 1029):

O servidor estatutário, após aprovação em concurso público é convocado, mediante ato de nomeação, a tomar posse, assumindo, em *decorrência* deste ato, um cargo público. Este agente não celebra contrato com a Administração Pública, estando seus direitos e obrigações previstos em diplomas legais específicos, denominados estatutos. No âmbito federal, a Lei 8.112/90 é o estatuto que trata dos servidores civis.

Um diferencial aplicado ao servidor público estatutário federal é a natureza do vínculo mantido com a Administração Pública, pois, após a nomeação e a posse o servidor efetivo terá acesso a um cargo público onde seus direitos e obrigações estão todos reunidos na Lei 8.112 (BRASIL, 1990), sendo o vínculo jurídico decorrente de uma lei (estatuto).

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 37, inciso II determina a forma de investidura em um cargo efetivo do serviço público estatutário:

II - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na *forma* prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...]. (BRASIL, 1988, texto digital)

A estabilidade conferida ao servidor estatutário é um diferencial que movimento um vasto mercado de cursos visando a investidura em tais cargos, pois, a demissão do servidor estável só é possível com o devido processo legal com a observância de princípios dentre os quais citamos o contraditório e a ampla defesa, sendo o gestor administrativo, através do poder disciplinar, o responsável pela apuração da falha ou ato em

desconformidade e a devida condução e julgamento do processo, sendo o rito a ser seguido definido na Lei 8.112 (BRASIL, 1990)¹⁸⁹ e na Lei 9.784 (BRASIL, 1999)¹⁹⁰.

3.5 DEVERES DO SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO FEDERAL

A legislação infraconstitucional é exemplificativa ao discorrer sobre os deveres do servidor público estatutário federal, ou seja, outros deveres podem vir a ser considerados, principalmente deveres éticos e morais.

Para Di Pietro (2022, p. 775), "os deveres dos servidores públicos vêm normalmente previstos nas leis estatutárias, abrangendo, entre outros, os de assiduidade, pontualidade, discricção, urbanidade, obediência, lealdade. O descumprimento dos deveres enseja punição disciplinar."

A autora, ao discutir a legislação, reafirma que os deveres dos servidores públicos estatutários federais constantes no artigo 116 da Lei 8.112 (BRASIL, 1990), *in verbis*:

Art. 116º. São deveres do servidor:

I – exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II – observar as normas legais e regulamentares;

III – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

[...]

XII – representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representado ampla defesa. (BRASIL, 1990, texto digital).

O conhecimento do regime que rege sua relação empregatícia é primordial para que o servidor estatutário federal tenha sucesso em sua atuação, pois além das peculiaridades da legislação infraconstitucional, as normas e regulamentos internos, o

¹⁸⁹ Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, das autarquias e das fundações públicas.

¹⁹⁰ Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

servidor deve observar e seguir as normas citadas na Constituição Federal, sob pena de penalização disciplinar.

4 PROCESSO ADMINISTRATIVO

O Processo Administrativo é a ferramenta usada para inibir arbitrariedades e garantir o cumprimento dos princípios e normas que regem a atuação da Administração Pública com o intuito de garantir a defesa do patrimônio e do interesse público e, ao mesmo tempo, garantir os direitos dos particulares afetados por essa atuação.

Para Carvalho (2022), o conceito de processo administrativo se configura como:

[...] uma série concatenada de atos administrativos, respeitando uma ordem posta por lei, com uma finalidade específica, ensejando a prática de um ato final. A doutrina costuma dizer que todos os atos administrativos devem ser precedidos de um processo formal que justifica sua prática e serve de base para sua legitimidade, documentando todas as etapas até a formação válida da atuação da Administração Pública. (CARVALHO, 2022, p. 1405).

Tomando como base o entendimento do autor, o processo administrativo foi criado para garantir a formalidade e a legalidade nos atos administrativos, ou seja, as regras e princípios que regem o processo administrativo devem orientar o gestor público para que o fim almejado seja alcançado com maestria e eficácia, garantindo a defesa do interesse público e o cumprimento das normas que o regulamentam, sendo no caso do servidor público federal estatutário a Lei 9.784 (BRASIL, 1999).

As características do Processo Administrativo nos é fornecida por Di Pietro (2022):

O processo administrativo, que pode ser instaurado mediante provocação do *interessado* ou por iniciativa da própria Administração, estabelece uma relação bilateral, 'inter partes', ou seja, de um lado, o administrado, que deduz uma pretensão e, de outro, a Administração que, quando decide, não age como terceiro, estranho à controvérsia, mas como parte que atua no próprio interesse e nos limites que lhe são impostos por lei. (DI PIETRO, 2022, p. 797, grifos da autora).

Conforme o entendimento da autora, o processo administrativo pode ser instaurado por iniciativa da própria administração pública ou por provocação de um interessado, sendo uma relação bilateral entre as pretensões arguidas. A Administração Pública, apesar de ser parte no processo administrativo, é quem decide a lide levando em

consideração seus interesses e o cumprimento dos princípios e regras que regem sua atuação.

4.1 PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O Processo Administrativo, assim como a Administração Pública, deve aplicar em sua atuação os princípios e regras citados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na legislação infraconstitucional.

Como exemplo de princípios constitucionais explícitos temos o *caput* do artigo 37, *in verbis*:

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: [...]. (BRASIL, 1988, texto digital).

Outro princípio constitucional a ser observado é o explícito no artigo 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa.” (BRASIL, 1988, texto digital).

Os princípios previstos na legislação infraconstitucional estão explícitos no *caput* do artigo 2º da Lei 9.784 (BRASIL, 1999) e os critérios a serem seguidos pela administração pública são citados em seu parágrafo único, *in verbis*:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. *Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

[...]XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (BRASIL, 1999, texto digital).

Os princípios citados acima deixam latente as duas vertentes presentes na atuação do administrador público ao conduzir o processo administrativo: a legalidade e o interesse público. Porém o administrador deve motivar suas decisões quando presente a discricionariedade em sua atuação, usando da proporcionalidade ao gerir os interesses da coletividade.

Conclui-se que, apesar de citar a probidade, decoro e boa-fé, o legislador finaliza determinando que ao interpretar a norma administrativa, a garantia ao atendimento do fim público seja priorizada, ou seja, a supremacia do interesse público deve se fazer presente no procedimento executado, sendo a legalidade a bússola a nortear a atuação do administrador público que deverá ter como prioridade o interesse público na atuação estatal.

4.2 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PAD

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é o regime utilizado para apurar e, em caso de condenação, aplicar penalidades aos servidores públicos que não cumpram a contento as obrigações e regras impostas no exercício do cargo público, com observância aos princípios e regras que regem a atuação da Administração Pública ao exercer o poder disciplinar para corrigir distorções na atuação de seus subordinados bem como garantir o devido ressarcimento ao erário em caso de danos ou favorecimento indevido a terceiros envolvidos no ato faltoso.

Na visão de Baltar Neto e Torres (2022) “o Processo Administrativo Disciplinar é decorrente dos poderes da Administração e constitui-se em instrumento para apuração de ilícito administrativo-disciplinar (infrações administrativas) praticado por servidores públicos.”.

Para Carvalho (2022), o conceito de processo administrativo se configura como:

[...] uma série concatenada de atos, respeitando um procedimento previamente estipulado na lei e visando alcançar uma finalidade

específica que, no caso, é a de apurar a infração cometida e definir a sanção mais correta a ser aplicada. Nesse sentido, o PAD se desenvolve em três fases:

a) *Instauração*: A instauração se dá com a designação da comissão *processante*. A comissão deverá ser composta obrigatoriamente por 3 (três) servidores estáveis que não sejam conjugues ou parentes até o terceiro grau civil do acusado.

(CARVALHO, 2022, p. 1135 - 1137).

O autor ainda afirma que:

b) *Inquérito Administrativo*: *O inquérito administrativo é a segunda fase do processo administrativo disciplinar, que abarca toda a ideia de contraditório e ampla defesa.*

c) *Julgamento*: *Após a elaboração do relatório, a autoridade julgadora deverá proferir o julgamento, no processo administrativo, em um prazo máximo de 20 (vinte) dias, concluindo pelo arquivamento do processo ou aplicação de penalidade.* (CARVALHO, 2022, p. 1137 - 1139).

Considerando o exposto pelo autor, fica evidente que uma fase importante no Processo Administrativo Disciplinar é o Inquérito Administrativo, pois nessa fase teremos, em tese, a oportunidade para o servidor acusado exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa, sendo a instrução probatória o momento onde os institutos como o dolo e a improbidade administrativa são avaliados pela comissão processante, sendo a apresentação da defesa peça primordial para a justiça no julgamento e a apuração de possíveis falhas que possibilitem a anulação do processo administrativo disciplinar.

A obrigatoriedade do Processo Administrativo Disciplinar nos é apresentada por Di Pietro (2022, p. 813):

A Lei 8.112/90 exige a realização desse processo para a aplicação das penas de suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, e destituição de cargo em comissão (art. 146); o artigo 100 do Decreto –lei 200, de 25-2-67 (Reforma Administrativa federal), ainda exige o mesmo processo para a demissão ou dispensa do servidor efetivo ou estável,

comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres. (grifos da autora).

Como se observa, o intuito do legislador ao tornar obrigatório o Processo Administrativo Disciplinar foi garantir ao servidor que poderá sofrer a perda de um direito ou condição, a oportunidade de apresentar sua defesa e sua versão dos fatos para que, através de imparcialidade e justiça tenhamos a apuração da realidade, com a penalização do servidor que cometeu um ilícito com dolo ou culpa e possibilitar o ressarcimento ao erário do dano causado ao patrimônio público.

4.3 A (DES)CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMIN. NO PAD

O artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e seus princípios tornam explícita a intenção do legislador em garantir a probidade, a moral e a ética a ser exigida de todo agente público em sua atuação.

Para Bezerra Filho (2022), "o ato de improbidade retrata a noção de desonestidade, de má-fé e ilegalidade que importa no auferimento de vantagem ilícita ou que resulta em prejuízo ao erário ou que atenta contra os princípios norteadores da administração pública."

O enquadramento na lei de improbidade administrativa deve considerar, conforme Carvalho (2022, p. 960); "a Lei de Improbidade Administrativa não deve ser aplicada para meras irregularidades ou transgressões disciplinares – pois estas serão devidamente punidas na instância administrativa, mediante a instauração de processo disciplinar."

Conforme entendimento dos autores, o ato de improbidade administrativa é caracterizado pela má-fé, a desonestidade e o dolo do agente público em lesionar o patrimônio público, enriquecer ilicitamente ou beneficiar terceiros com a devida comprovação do dolo específico do servidor público em praticar o ato faltoso, sendo as demais condutas que divergirem da conduta proba esperada na atuação do servidor público apuradas obrigatoriamente na esfera administrativa.

A Lei 14.230 (BRASIL, 2021) promoveu importante alteração na Lei 8.429 (BRASIL, 1992)¹⁹¹ quanto à caracterização do dolo específico e a obrigatoriedade da comprovação do cometimento de um ato doloso com fim ilícito para o enquadramento da conduta como ato de improbidade administrativa. Várias foram as alterações nos conceitos e procedimentos na Lei de Improbidade Administrativa, com o intuito de fornecer ao

¹⁹¹ Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.

julgador um norte para a caracterização da conduta irregular e a correta caracterização de uma possível improbidade no processo administrativo disciplinar.

Ratificando tal entendimento, Di Pietro (2022) diz que: “a lei 8.429/92 foi profundamente alterada pela Lei 14.230, de 25-10-21, a tal ponto que talvez tivesse sido mais adequada a elaboração de outra lei.”.

O artigo 1º da lei 8.429 (BRASIL, -1992) (Lei de Improbidade Administrativa) é cristalino quanto a caracterização do ato irregular como ato de improbidade administrativa, pois determina que o dolo esteja presente na conduta e o define, não deixando margem para interpretações errôneas:

Art. 1º. O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

[...]

§ 8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário. (BRASIL, 1992, texto digital).

Conforme a legislação citada, o legislador cita como escopo do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa o asseguramento da integridade do patrimônio público e seus interesses, e conceitua o ato de improbidade administrativa para que a comissão apuradora e a comissão julgadora do processo administrativo disciplinar observem tais conceitos ao caracterizar uma conduta considerada faltosa ao ordenamento administrativo vigente e sua configuração ou não como um ato de improbidade administrativa no processo administrativo disciplinar.

Para Pazzaglini Filho (2022, no âmbito do devido processo legal, as decisões judiciais que:

[...] impuseram condenação por dolo baseado em prejuízo presumido (*dano in re ipsa*) decorrente de mera transgressão de norma legal, v.g., por ferimento do Estatuto das Licitações, ou por improbidade culposa de lesão ao erário, à vista da revogação da condenação por dano patrimonial presumido e do tipo culposos de improbidade, devem ser reformadas de ofício ou a requerimento da parte interessada nas ações de improbidade em curso na data da publicação da Lei 14.230/2021. (PAZZAGLINI, 2022, p. 24).

Conforme o autor, o efeito retroativo na alteração legislativa torna cabível a reforma das sentenças dos processos em curso na data da alteração, pois o interesse público deve prevalecer, pois o legislador representa a vontade popular e tal procedimento é garantido em nosso ordenamento jurídico haja vista seu efeito aos processos ainda em andamento.

O servidor público federal estatutário deve atuar com honestidade, moralidade e retidão, garantindo a integridade do patrimônio público aos seus cuidados e buscando alcançar a efetividade esperada em sua atuação com o cumprimento à risca dos seus deveres e das regras impostas pela administração pública. Apenas a transgressão a esses princípios e valores com má-fé e dolo específico devidamente comprovados configura um ato passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa.

4.4 EFEITOS DA CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NO PAD

O servidor público federal estatutário condenado em um processo administrativo está sujeito, conforme a gravidade e a natureza do ato irregular praticado, às penalidades disciplinares previstas no artigo 127 da Lei 8.112 (BRASIL, 1990), *in verbis*:

Art. 127. São penalidades disciplinares:

I – advertência;

II – suspensão;

III – demissão;

IV – cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V – destituição de cargo em comissão;

VI – destituição de função comissionada. (BRASIL, 1990, texto digital).

Além das sanções acima, o servidor condenado responde nas esferas civil e penal pelo ato faltoso, pois conforme artigo 125 da Lei 8.112 (BRASIL, 1990) as sanções poderão cumular-se, sendo independentes entre si, ou seja, o servidor poderá sofrer três sanções por um único ato faltoso, não caracterizando tal ocorrência como *bis in idem*.

A caracterização da Improbidade Administrativa no momento do julgamento do servidor acusado gera a pena de demissão no Processo Administrativo disciplinar, conforme inciso IV do artigo 132 da Lei 8.112 (BRASIL, 1990), *in verbis*:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I – crime contra a administração pública;

II – abandono de cargo;

III – inassiduidade habitual;

IV – improbidade administrativa;

[...]

XIII – transgressão nos incisos IX a XVI do art. 117. (BRASIL, 1990, texto digital).

Conforme artigo acima, ao caracterizar a Improbidade Administrativa ao ato faltoso do servidor, o mesmo sofrerá a pena de demissão e seus efeitos, devendo agora o condenado responder a um novo processo, agora judicial.

Em caso de condenação no processo de Improbidade Administrativa, as penas possíveis são determinadas pelo parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

§4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação *previstas* em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988, texto digital).

Para Di Pietro (2022), o artigo 12 da Lei 8.429 (BRASIL, 1992):

[...] Na Lei 8.429/92, as sanções estão previstas no artigo 12, indo além da norma constitucional, ao prever outras medidas, a saber, **a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio** (para a hipótese de enriquecimento ilícito), a **multa civil** e a **proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.**(DI PIETRO, 2022, p. 1014, grifos da autora).

Para a autora, a ampliação das penas não viola ou infringe a norma constitucional, pois não houve limitação para o legislador para estabelecer novas penas em seu corpo. Discordo da autora ao acreditar que a norma infraconstitucional deve respeitar sua matriz, no caso, a Constituição da República Federativa do Brasil vigente, pois a constitucionalidade das normas infraconstitucionais é fator primordial para a segurança jurídica esperada em um Estado Democrático de Direito e a Constituição de um País representa a vontade popular que, conforme tal regime é soberana e titular do poder, já que todo o poder emana da mesma.

5 CONCLUSÃO

Apesar da evolução em nosso ordenamento jurídico, ainda temos resquícios da discricionariedade do absolutismo ao constatarmos que, ao tomar conhecimento de atos faltosos cometidos por seus servidores públicos federais estatutários, a Administração Pública se utiliza do processo administrativo disciplinar para acusar, apurar e punir, mesmo sendo parte integrante e interessada no processo.

A efetiva apuração, a caracterização do dolo específico e a consequente Improbidade Administrativa nos processos é fator primordial para que a Justiça se faça presente no caso avaliado, pois a ausência de Impessoalidade durante o processo gera a possível anulação dos atos realizados, pois a perseguição ou o favorecimento à servidores vai de encontro aos princípios constitucionais a serem observados pelo administrador público, sendo que a discricionariedade em partes do processo invalida a mais varonil das defesas e provas constantes no processo e geram uma condenação sem a devida motivação esperada na atuação estatal.

A subjetividade no conceito da moralidade administrativa é um dos grandes entraves para a efetiva apuração da improbidade nos processos administrativos disciplinares, pois é um conceito vago e pessoal, que permite que a mesma conduta tenha avaliações diferentes, conforme a discricionariedade e a avaliação do julgador e da comissão apuradora que, ao caracterizar a improbidade administrativa no julgamento já

condena o servidor à demissão conforme inciso IV do artigo 132 da Lei 8.112 (BRASIL, 1990) (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis) e o condena também a responder um novo processo, agora judicial, nos ditames da Lei 8.429 (BRASIL, 1992) (Lei da Improbidade Administrativa) podendo vir a ser condenado e sofrer novas penalidades.

A caracterização da Improbidade Administrativa no Processo Administrativo Disciplinar deve levar em consideração apenas as condutas com má-fé, desonestidade e com comprovada intenção em cometer o ato ilícito e gerar dano ao patrimônio público, pois conforme alteração promovida pela Lei 14.230 (BRASIL, 2021) na Lei 8.429 (BRASIL, 1992) (Lei da Improbidade Administrativa), o dolo nesses casos deve ser específico e comprovado nos autos, sem a possibilidade de subjetividade em sua apuração, com a caracterização devida do que é um ato de improbidade administrativa na legislação vigente.

O universo de atos que divergirem dessa classificação devem ser apurados e julgados na instância administrativa com base na Lei 8.112 (BRASIL, 1990) (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis) e Lei 9.784 (BRASIL, 1999) (Lei do Processo Administrativo na Administração Pública) que preveem em seus artigos todo o procedimento esperado na apuração e julgamento de um processo administrativo disciplinar com a aplicação de penas severas e o devido ressarcimento ao erário em caso de dano, independente de culpa ou dolo na atuação do servidor faltoso, ou seja, não há espaço para subjetividades ou conjecturas ao tratarmos do servidor público federal estatutário acusado de um ato faltoso em sua atuação na administração pública federal e na caracterização desse ato na Lei de Improbidade Administrativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da

Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. [Coleção Sinopses para Concursos].

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Processo de Improbidade Administrativa**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

ABANDONO AFETIVO INVERSO E A PROTEÇÃO LEGAL BRASILEIRA

IARA ELIZA OLIVEIRA PINHEIRO:

Bacharelanda do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. ¹⁹²,

YUGOVIC SOARES TAVEIRA ¹⁹³

(coautor)

IZABEL HERIKA GOMES MATIAS CRONEMBERGER ¹⁹⁴

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo discute sobre o abandono afetivo inverso e suas peculiaridades devido o público envolvido, a saber: filhos que abandonam seus pais idosos. Neste íterim o artigo aponta ainda reflexões acerca da proteção com base na legislação brasileira e como incide perante casos de negligência. A temática ainda pouco discutida no âmbito jurídico brasileiro, por isso a sua relevância e abertura para outros debates. Na pesquisa é analisado o processo de envelhecimento populacional, sua repercussão na vida da pessoa idosa e quão difícil o abandono. Por meio da Constituição Federal de 1988, Código Civil, Estatuto do Idoso e demais textos legais, há clara demonstração de luta pelos direitos dos idosos, com bases sólidas e princípios norteadores, que visam a incidência de responsabilizar os que cometem o ato de abandonar de forma afetiva os pais idosos, cabendo indenização por danos morais. O Texto Maior defende a instituição familiar como a base da sociedade e possui proteção especial do Estado, e por meio dessa intitulação, os casos de abandono afetivo inverso é um descumprimento legal, sendo imprescindível que recaia sobre os transgressores a responsabilização civil.

192. Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* iara_iv@hotmail.com

193 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* yougoyst@gmail.com

194 Professora Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Assistente Social, Especialista em Administração em Recursos Humanos, Mestre em Políticas Públicas, Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Piauí (UFPI) *E-mail:* izabel_herika@hotmail.com

Palavras-chave: Abandono afetivo inverso. Pessoa idosa. Responsabilidade civil. Dano moral.

ABSTRACT: The present study discusses inverse affective abandonment and its peculiarities due to the public involved, namely: children who abandon their elderly parents. In the meantime, the article also points out reflections on protection based on Brazilian legislation and how it affects cases of negligence. The theme is still little discussed in the Brazilian legal context, hence its relevance and openness to other debates. The research analyzes the population aging process, its impact on the life of the elderly and how difficult it is to abandon. Through the Federal Constitution of 1988, the Civil Code, the Elderly Statute and other legal texts, there is a clear demonstration of the struggle for the rights of the elderly, with solid bases and guiding principles, which aim to make those who commit the act of abandoning affective way to elderly parents, with compensation for moral damages. The Texto Maior defends the family institution as the basis of society and has special protection from the State, and through this entitlement, cases of inverse affective abandonment is a legal breach, and it is essential that civil liability falls on the transgressors.

KEYWORDS: Reverse affective abandonment. Elderly. Civil responsibility. Moral damage.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo discute sobre o abandono da pessoa idosa pelos seus familiares, em especial os de primeiro grau – denominado o abandono afetivo inverso, sendo este um problema social cada vez mais crescente na sociedade brasileira. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o envelhecimento é uma tendência da população brasileira e o número de pessoas com mais de 60 anos no Brasil já é maior ao de crianças de até 9 anos de idade, o Instituto também considera que até 2060, as pessoas idosas com mais de 65 anos sejam 25,5% da população, representando 1 em cada 4 brasileiros, estes cada vez mais nas entidades de longa permanência para pessoas idosas (BRASIL, 2019).

Neste diapasão, o foco da discussão não é sobre a obrigação do afeto para com a pessoa idosa, mas sim a conduta de assistência e zelo por estes, por isso mesmo a intenção da discussão é abranger sobre quais formas de reparação que o Sistema Jurídico Brasileiro pode proporcionar a pessoa idosa no caso do abandono afetivo inverso, para tanto se recorre à pesquisa bibliográfica e documental com abordagem dedutiva, a partir de artigos, leis, estatutos, jurisprudências acerca do tema abordado, bem como a autores clássicos especialistas no assunto, como por exemplo, Maria Berenice Dias, Sérgio Filho Cavaliere,

assim como (SOUZA et al., 2004) que apontam sobre a negligência e os maus-tratos para com a pessoa idosa onde acontecem principalmente diante de fatores de risco no processo do cuidado contínuo e duradoura, em condições desfavoráveis, acarretando em lares familiarizados com a violência.

A discussão é sobre o abandono afetivo inverso nos últimos anos e quais são as possibilidades de aplicação da responsabilidade civil e da indenização por danos morais, com o intuito de compensar os traumas causados a esses idosos, discutindo sobre leis que amparam estes, com base no princípio da dignidade humana, pois associada a estas ocorrem situações de maus tratos aos idosos, porém os danos causados não só cabem de forma física, doméstica, mas também no âmbito psicológico e tais atitudes decorrem de situações familiares, bem como pessoas próximas a esses idosos que acabam gerando um desconforto emocional nesses dependentes, que muitas das vezes não entendem essas atitudes como um ato de violência.

As consequências antes do abandono afetivo inverso no cenário atual, vêm solapada pelo desamparo econômico, estrutural e o mais intrigante para as pessoas idosas, o desamparo afetivo, cuja engrenagem do ciclo da vida proporciona. Assim, por mais que as famílias ao mesmo tempo puderam ficar mais unidas, devido ao atual cenário pandêmico ocasionado pelo COVID-19¹⁵ e o conseqüente isolamento social, esta situação abriu espaço para um rompimento de laços e apoio por parte, muitas vezes, da prole, necessitando ainda mais formas de reparo para esses genitores entristecidos e adoentados psicologicamente.

Nesse sentido, entram em questão também as entidades de longa permanência para pessoas idosas, as chamadas "ILPIS", que se trata de instituições governamentais ou não governamentais, de âmbito residencial, a qual tem como função o alojamento coletivo para idosos de 60 anos ou mais, que tenham ou não suporte familiar. Conforme supracitado, houve um crescimento relevante no número de idosos no país, e conseqüentemente o aumento das situações de negligência com a pessoa idosa. Cumpre frisar, o abandono se configura como crime, conforme cita o Estatuto do Idoso, em seu art. 98. "Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou

¹⁵ A COVID-19 é uma infecção respiratória aguda, descoberta em dezembro de 2019 na província de Hubei, na China, causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de fácil distribuição global.

congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado.”

Por esses fatos, a pesquisa explana as mazelas que os idosos abandonados no cenário familiar sofrem, além de demonstrar as rupturas das questões afetivas, assim como os abalos causados no emocional desses seres dotados de mais idade. De tal forma, em decorrência desse descaso social, torna de suma importância a busca e o entendimento das formas de solução dessa problemática, de modo que possa ser reparada da melhor forma possível a vítima do abandono e responsabilizado aquele que teria a obrigação de cuidados.

A discussão fomenta o conhecimento acerca de análises necessárias para compreender a concepção histórica sobre o afeto, com ênfase no cuidado entre a prole e o seu genitor, e o abandono afetivo desse por aquele, bem como explicar acerca da responsabilidade civil desses casos, e na falta desta, qual meio mais hábil para a mitigação desses casos e de que forma a própria legislação brasileira pune quem se porta dessa maneira, criando uma relevância acadêmica e principalmente social.

2.A PESSOA IDOSA NA ENGRENAGEM DO CICLO DA VIDA

A vida é a abrangência de um ciclo no qual o ser humano é gerado, bem como cresce, passa por desenvolvimentos, envelhece e falece, no entanto, passar por esses ciclos não é algo que é de fácil adaptação, principalmente a fase do envelhecimento é algo gera diversos estigmas, e desafios para tantas pessoas, devido a mudança das condições humanas em si e como isso repercute diretamente em todos as áreas da vida.

O envelhecimento não é um processo repentino, e sim construído por fases, que ocorrem dia após dia, durante toda nossa existência, que se se materializa conforme a trajetória particular de cada ser humano, e o resultado desse ciclo são perceptíveis diante da nossa capacidade ser reduzida, principalmente a capacidade de viver de forma independente se esgota de forma progressiva, o que afeta diretamente a saúde mental de muitos. Visto isso, para muitas pessoas o processo de envelhecimento é algo assustador, infelizmente a “velhice” atualmente é visto como algo negativo, assim afirma Maria Berenice Dias (2003):

A palavra ‘idoso’ parece ter conotação pejorativa. É ainda cercada de um certo desprestígio e dispõe de conteúdo quase ofensivo. Dá de haver uma série de expressões para identificar as pessoas que somente deixaram de ter plena capacidade competitiva na

sociedade: terceira idade, melhor idade, adulto maduro, adulto maior etc (DIAS, 2013, p. 481).

A “velhice” por ser um processo natural, cultural e principalmente universal, deveria ser mais bem compreendido diante do ciclo da vida, principalmente por essa fase ser o resultado de um viver particular que abrange diversos estágios, como da infância, da juventude, da fase adulta, ou seja, é preciso ressaltar que tal momento da vida é o mais enriquecedor perante diversas etapas já sucedidas e anteriormente passadas. Vale enfatizar que o processo de envelhecimento é muito individual, visto que desenvolve de forma diferente em cada pessoa.

Sabendo-se disso, por mais que o aumento do envelhecimento demonstre sinais claros de ascensão, pois a longevidade do ser humano é uma afirmação de uma evolução social, não se pode ver de todo modo assim, visto que nem todos os meios sociais possuem uma boa adaptação para a crescente do envelhecimento, conforme citado anteriormente, para Ramos (2014), este relata que por conta de não haver serviços indispensáveis para a pessoa idosa possuir uma velhice vivida com dignidade, principalmente no Brasil, tais cidadãos ficam submetidos a uma marginalização, o que lhes acarreta a um estigma social, embora não seja uma surpresa, devido ao modelo econômico capitalista esperar uma vida acelerada a qual pessoas idosas não podem ofertar, mesmo que tenham sido por meio destas que atualmente as pessoas tenham conseguido possuir uma vida longínqua. O presente item tem por objetivo de discutir o processo de envelhecimento no ciclo da vida, avanços e desafios, bem como apresentar algumas nuances do abandono afetivo inverso.

2.1 A Pessoa Idosa e o Processo do Envelhecimento na Sociedade Brasileira

O Brasil está em processo de envelhecimento, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou no Relatório Base para a Década do Envelhecimento Saudável 2021, que ao menos 142 milhões de pessoas idosas não conseguem atender às suas necessidades básicas. A falta de informação sobre os cuidados sobre a saúde e bem estar da pessoa idosa torna-se um grande conflito social diante desse aumento significativo do envelhecimento populacional no atual contexto social.

O último Censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, em 2010, demonstrou a redução de jovens em 24% do total e a representação de 10,8% do número de idosos diante da nação brasileiro, assim, mais de 20,5 milhões de brasileiros possuem mais de 60 anos. Diante desses dados, o aumento foi de 400% em relação ao antigo Censo, e a expectativa é de que o número de pessoas com 65 anos ou mais praticamente triplique, chegando a 58,2 milhões em 2060 – o equivalente a 25,5%

da população, segundo estimativas do Instituto. Vale enfatizar que o processo de envelhecimento é muito individual, visto que desenvolve de forma diferente em cada pessoa, e os fatores socioeconômicos implicam diretamente nessa questão

Por mais que o aumento do envelhecimento demonstre sinais claros de ascensão, pois a longevidade do ser humano é uma afirmação de uma evolução social, não se pode ver de todo modo assim, visto que nem todos os meios sociais possuem uma boa adaptação para a crescente do envelhecimento, Ramos (2014) relata que por conta de não haver serviços essenciais para a pessoa idosa possuir uma velhice vivida com dignidade, tais cidadãos ficam submetidos a uma marginalização, o que lhes acarreta a um estigma social, embora não seja uma surpresa, devido ao modelo econômico capitalista esperar uma vida acelerada a qual pessoas idosas não podem ofertar, mesmo que tenham sido por meio destas que atualmente as pessoas tenham conseguido possuir uma vida longínqua.

No mais, para a socióloga Dalia Romero (FIOCRUZ, 2021), envelhecer no Brasil é perigoso, devido à escassa qualidade de vida o envelhecimento aos brasileiros chega mais cedo, e tais constatações são realizadas por meio de pesquisas feitas há pelo menos duas décadas, em que o cerne gira em torno do envelhecimento e saúde da pessoa idosa. Em tempos pandêmicos, causado pelo vírus Covid-19, até mesmos os que possuem um melhor poder econômico, não possuem a garantia de cuidados adequados e uma morte digna.

Em 2020, o Brasil aderiu ao plano “Década do Envelhecimento Saudável 2020-2030”, plano este realizado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que visam principalmente a mudança de pensamento em torno do envelhecimento, a quebra do paradigma em reação à idade, bem como uma maior atenção aos serviços de saúde centrados na pessoa idosa. Há projetos inovadores também em universidades abertas a pessoa idosa, bem como centros que visam suportes sociais ou para convivência, que tem como objetivo visar o fortalecimento da pessoa idosa em sentido de abranger acerca da sua própria identidade, autonomia e cidadania (MAIA & JORDÃO, 2010).

Com esse processo de envelhecimento iniciativas governamentais de planos que visam zelar pelo o envelhecimento, com possibilidades de alargamento de direitos da pessoa idosa, pois vai se dando notoriedade dentro das políticas públicas à uma questão social, sendo esta reverberada em ações, serviços, planos estratégicos como o citado acima, projetos, leis e em políticas públicas, bem como no próprio Estatuto da Pessoa Idosa, que foi uma das maiores conquistas para a pessoa idosa nos últimos anos.

2.2 Direito da Pessoa Idosa: Conquista e Desafios

Ao longo dos anos, houve um aumento notório do número de pessoas idosas, demonstrando que o envelhecimento populacional é fato verificado mundialmente, bem

como na realidade brasileira, evidenciando tal transição demográfica, esse fenômeno traz a tona a necessidade do poder público fornecer recursos e possibilidades para que essa população que está em fase de transição ao envelhecimento possa viver de forma digna, saudável e com pleno gozo dos seus demais direitos, conforme positivados no Texto Maior e nas demais leis.

Mesmo dito isso o envelhecimento populacional, traz a torna diversos desafios em torno das políticas públicas, não só acerca de discussões do tema, mas também fomentar a luta pelos direitos da população idosa na prática real. A Lei suprema do Brasil, Constituição (1988), impõem em seus artigos, pelos direitos e princípios fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à igualdade, princípio da afetividade e princípio da dignidade da pessoa humana, estes que devem estar garantidos em todas as fases da vida do indivíduo, sobretudo na velhice, mas isso muitas vezes não ocorre na prática.

Ressalta-se que, não há como abranger acerca do direito da pessoa idosa sem nos aludir aos direitos do homem de modo geral, até haver o devido aprofundamento nos direitos dos idosos, englobando de que modo estes foram instaurados, garantidos e todos os imbróglis que os permearam e permeiam até os dias hodiernos. A atual época concretiza um anseio por uma maior valorização do individualismo e da máxima utilização da capacidade humana, tais características vão de encontro com o que o processo de envelhecimento proporciona ao mundo moderno, por isso é recorrente que haja debates problematizando sobre os direitos dos homens e do cidadão como um todo.

A implementação da Seguridade Social, na Constituição de 1988, demonstrou uma maior dedicação a população idosa, porque não discorre apenas sobre aqueles que estão diretamente ligados ao contexto estritamente social-trabalhista e assistencialista, e sim uma proteção social de modo amplo ao direito de cidadania. Ademais, com a sanção da PNI, em 4 de janeiro de 1994 (Lei nº 8.842), que assegura direitos sociais à pessoa idosa, já garantidos constitucionalmente, e como a família em si, demonstrou uma sensibilidade com os direitos dos idosos, evidenciando mais um grande marco extremamente relevante na conjectura brasileira.

Contudo, é evidente que há a necessidade efetiva que os direitos da população idosa vá além do direito normativo, pois somente a garantia de forma material desses direitos nos instrumentos legais através da Constituição Federal, da Política Nacional do

Idoso (PNI) e do Estatuto do Idoso não assegura, de modo imperativo, uma velhice digna que demonstre uma garantia de bem estar e acessibilidade a todos idosos.

Mesmo com tais políticas amparando ao idoso, no Brasil, as ocorrências de maus tratos a essa geração, que possuem a partir dos 60 anos, se expressam significativamente de maneira que demonstram formas de estigmas a esse grupo, e discriminação como se fossem seres descartáveis, assim, não se pode deixar de lado que com o aumento demográfico considerável do número de idosos, conseqüentemente gera preocupações acerca dessas violências a essas pessoas conforme o passar dos anos. No país, a maneira como as pessoas são negligentes com a pessoa idosa, também é considerado uma forma de violência, presente principalmente no ambiente familiar, taxado como “abandono afetivo inverso”, o que resulta em lesões emocionais, até mesmo físicas, e sociais para o idoso.

Tais meios de violências podem ocorrer de determinadas maneiras e situações diversas, no entanto a dimensão de cada umas delas não possível identificar, tendo em vista que são subdiagnosticadas e subnotificadas. Para o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (2020), as violências praticadas à pessoa idosa se categorizam em violência física, violência institucional, violência sexual, abuso econômico, discriminação, negligência e o abandono afetivo inverso, que está diretamente ligado a violência psicológica.

2.3 Abandono Afetivo Inverso: Uma Realidade no Ciclo da Vida?

A Constituição Federal (1988) tem como direito de cidadania a participação popular, visto isso a presente pesquisa expõe como a sociedade atribui diversas prerrogativas aos que chegam a velhice, que acarretam em cada vez menos a participação efetivas destes nos meios sociais. É notório a perda da posição social ao chegar na terceira idade, a presença de idosos em locais está cada vez mais escassa, devido a diversos fatores, como: dificuldades de transportes, deficiências físicas, mentais, intelectuais, empecilhos financeiros, falta de companhia de pessoas próximas para auxílio em virtude, na maioria das vezes de amigos do mesmo ciclo e descaso dos entes familiares, causando também uma queda de auto-estima durante a velhice, que associa-se muitas vezes à uma depressão decorrente do sentimento de dependência e uma notória perda de autonomia (RUIPÉREZ & LLORENT, 1996; OLIVEIRA, 2003).

Segundo estudo da Organização das Nações Unidas (ONU, 2018) o aumento do número de idosos é uma realidade e a diminuição do quantitativo das pessoas no número de famílias também, o que leva à um processo de abandono afetivo inverso maior, devido

a própria redução do quantitativo de membros familiares, bem como a necessidade destes dentro do mercado de trabalho, tendo em vista ao atual mundo capitalista.

O modelo familiar atual incide com que as pessoas possuem a necessidade de saírem mais de casa, isso está inteiramente ligado com a ausência de serviços fornecidos pelo estado a pessoa idosa, o que leva a um maior desamparo e abandono a estes. O que se observa muitas vezes, é a desumanização do trabalho e da própria sociedade, em que valores vão se perdendo em troca do capital, infelizmente em decorrência da ausência de políticas públicas (BARROCO, 2010; CARDOSO, 2013).

O abandono afetivo vivenciados por idosos no Brasil acarreta sentimento de solidão, corroborando com o estudo de Ana Fraiman (2010), para o ex deputado Carlos Alberto Bezerra (2009), autor do Projeto de Lei nº 4294/08 que visa aos filhos pagar indenização por abandono afetivo de pais idosos, argumenta que esse sentimento de solidão, tristeza, a falta de intimidade compartilhada e escassez de e afeto e comunicação, afeta a estímulo de interação social do idoso e também seu interesse com a própria vida. No entanto, não há a obrigatoriedade de amor entre pais e filhos, porém se deve ao menos o cabimento de indenização por dano perante o prejudicado (BEZERRA, 2008).

O conceito de abandono afetivo inverso diante do entendimento de Dias (2016) se baseia no inadimplemento dos deveres de afeto e de cuidado dos seus descendentes perante seus ascendentes, assim impõe a Constituição Federal de 1988 em seu art. 229. Porém, o dever de cuidar do filho diante de pais idosos, por mais que esteja regulamentado na Lei nº 10.741/03, há um compromisso maior que não está ligado a jurisdição, e sim o dever moral e afetivo, o qual não deveria haver necessidade de estar amparado em normas jurídicas (MARCO e MARCO, 2012).

Assim, conforme se nota a lacuna que há na sociedade diante de novos conflitos e peculiaridades sociais voltados a pessoa idosa, é evidente que o abandono perante tais idosos é algo recorrente no ciclo da vida de muitos destes, sendo imperioso que tais falhas sejam preenchidas para uma velhice e senilidade justa e digna, com a devida efetividade do amparo legal a essas pessoas que sofrem com os prejuízos da velhice, com intuito de motivar um maior auxílio, inclusão, respeito e bem-estar social a estes. Desse modo, é virtuoso que os familiares, em especial os de primeiro grau, zelem pela a pessoa idosa, bem como desempenhe cuidados em torno desta.

3.FAMÍLIA NA PROTEÇÃO E CUIDADO À PESSOA IDOSA

O conceito de família vem se transformando no decorrer do tempo para abranger

as novas dimensões sociais e jurídicas que englobam as mais diversas estruturas que esse instituto carrega. A família é uma instituição social em constante transformação. O que cada família tem em comum independentemente do arranjo social que a represente, são: os laços de afeto e convivência, a união de propósitos de vida, o companheirismo e o dever de cuidado com todos os seus membros.

Sobre a complexidade de conceituação de família, “não é possível apresentar um conceito único e absoluto de família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias” (STOLZE, 2015, p. 39).

Dessa forma, conceituar família não é uma tarefa fácil, pois as mudanças que são implementadas nesse instituto através do tempo a tornam um fenômeno dinâmico. Nesse sentido a família tem formação espontânea no meio social e a sua organização por meio do Direito através de modificações que acontecem na sociedade e, conseqüentemente, no seio familiar, que refletem na lei, pois esta ocorre depois do fato (DIAS, 2020).

3.1 A Família na Contemporaneidade

Historicamente a família surgiu como um meio de limitação e controle do ser humano com relação a sua sexualidade e reprodução. O casamento católico foi uma forma da Igreja de manter o seu domínio também sobre as relações familiares. Sobre esse contexto histórico, ressalta Pereira (2017, p. 110):

Observa-se, no entanto, que as mais diversas tentativas de conceituar família ao longo do tempo, sempre estiveram ligadas ao casamento e, por mais que atualmente não seja considerado obrigatório o matrimônio para a formação de uma família, muitas pessoas ainda pensam que só é possível constituir-se por meio do conúbio. Muitos doutrinadores inclusive confundem o conceito de família com o de casamento.

Atualmente, o casamento deixou de ser o elo mais importante para a configuração de uma família, sendo substituído pelo afeto nos mais diversos arranjos sociais que existem na sociedade. A família homoafetiva, a família multiparental, a mãe solo e os seus filhos, são apenas uns dos inúmeros exemplos de constituição familiar. De acordo com Gagliano; Pamplona Filho (2019, p.63):

O fato é que, atualmente, o pilar de uma família está no afeto e isso

não só admite as mais diversas formas de família, como torna ainda mais subjetivo o seu conceito. A maior dificuldade em conceituá-la na sociedade moderna está no surgimento das várias e novas interpretações sociais que a esse fenômeno social recebeu a partir do momento em que deixou de ter como objetivo a economia e a procriação para ser espaço de afeto e amor.

Para o Direito de Família, a instituição familiar tem um sentido amplo, ou seja, é formado pelo conjunto de pessoas unidas por relações de parentesco. Este aspecto integra ascendente, descendentes, colaterais, próprios e do cônjuge. Já a Constituição Federal retrata um aspecto mais restrito, onde família pode ser formada apenas por pais e filhos, mas incluindo a estrutura monoparental, o que se pode verificar a partir da leitura do artigo 226, com destaque para o seu parágrafo 4º, que dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

[...]

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Sob outros vieses, o modelo familiar deixou de ser singular e passou a ser plural, conforme nos esclarece Dias (2020, p. 41):

O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio (...).

Pelo conceito, anteriormente construído a legislação brasileira tem buscado evoluir para acompanhar a dinâmica das relações sociais que formam os arranjos familiares atuais, mas ainda necessita evoluir muito, como se percebe na omissão legislativa no que tange à proteção integral e sistêmica dos idosos, principalmente no que diz respeito ao abandono afetivo.

Neste ponto e após constatar-se que o conceito de família é algo mutante, que evoluiu e evolui através dos tempos, em marcos temporais recentes, evidencia-se que as autoridades dos Três Poderes nacionais passaram a aceitar os novos arranjos sociais e a reconhecer a efetividade das uniões entre pessoas do mesmo sexo como espécies legítimas de família. Deve-se questionar, como bem afirma Maria Berenice Dias (2020, p. 86) “as relações familiares são as mais sujeitas a mutações, pois regidas por costumes que se alteram cada vez em maior velocidade”.

É justamente sob esta perspectiva que se deve estudar a matéria presente e sua repercussão no âmbito judicial, lendo a família como entidade em movimento, em construção, impondo se ao Estado o dever de respeito à capacidade de autodeterminação das partes para corroborar a dignidade humana.

A existência de princípios específicos do Direito de Família também contribui para essa esfera protetiva que ampara a responsabilidade civil por abandono afetivo inverso. Primeiramente há que se falar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que mesmo não sendo específico do Direito de Família é corolário de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana encontra-se consagrado no artigo 1º da Constituição Federal e é importante por despatrimonializar as relações e personificar os institutos jurídicos colocando a pessoa humana como o centro da proteção jurídica, conforme leciona Dias (2020, p. 63):

O princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para sua ação positiva. O Estado não tem o dever apenas de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade da pessoa humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

É esse princípio que exige do Estado cuidar de seus idosos através da implementação de políticas públicas ao tempo em que oferece a ele o poder de punir aqueles que desrespeitam sua dignidade. Aliado ao dever do Estado de proteger os seus idosos está a obrigação da própria família, comentada por Dias (2020, p.67):

Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos em formação (CF 227). A mesma ordem é repetida ao idoso (CF 230).

Assim, o princípio da solidariedade não impõe o dever de cuidado, mas de assistência e cooperação. Já o princípio da afetividade ganhou novos contornos que antes era resumida à reprodução, mas atualmente norteia os mais diversos tipos de arranjos familiares. A afetividade é quem rege as atuais relações de família e esta deve estar fundada no amor para seja lugar de satisfação e felicidade pessoal. Este se sobrepõe atualmente aos vínculos sanguíneos e tem prevalecido em decisões judiciais, sendo visto como de valor supremo. Dias (2020, p.52) ratifica este princípio como “o direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade”.

O Princípio da Proteção Integral a pessoa idosa, por sua vez, equilibra as relações com esses que são considerados vulneráveis e temprevisão no artigo 227 da Carta Magna vigente. Esse é um dos principais conceitos motivadores da Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso. São esses princípios que fundamentam o sistema protetivo com relação aos idosos e devem ser também considerados quando se trata do abandono afetivo inverso.

3.2 A Responsabilidade Civil no Direito de Família

O abandono afetivo é a inobservância dos familiares frente às leis que protegem a pessoa idosa, sem distinção se o laço é biológico ou afetivo, essa atitude acabar por se tornar um ato ilícito diante da violação do dever de cuidar, causando danos pela omissão. Com a violação dos direitos do idosos o ordenamento jurídico prediz que quando há

violação dos deveres instituídos, o ato ilícito pode ser configurado e a legislação, por sua vez, exige sua reparação. Isso pode ser visto no art. 186 do Código civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Por isso, causar dano a alguém violando o dever jurídico, é possível que a responsabilidade civil seja aplicada. Diniz (2018, p. 40) define a responsabilidade civil com transparência, quando diz: “é a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam”.

Juridicamente, as pessoas que convivem em sociedade ao ter conduta que lesiona os direitos podem ser responsabilizados, em razão do caráter imperativo da responsabilidade Civil. A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como precípua da República Federativa, no art. 1º, inciso II, ratificou a transferência do culpado para a vítima, sendo certo que, neste momento, pode-se atribuir um protótipo solidário à responsabilidade civil, que tem como finalidade não punir quem causou o dano, mas a reparação à vítima. Conforme, Carvalho Neto (2013, p.119):

A responsabilidade Civil expande-se por todos os ramos do direito civil e também transita pelo Direito de Família, tanto em seus aspectos pessoais de vínculo familiar, como na esfera patrimonial das relações exsurgentes do estado familiar. No campo da violência familiar, é perceptível quão fértil e importante é encontrar amparo às lesões graves, pelas quais já não é aceito reine o temor sobre o silêncio reverencial do parente ofendido.

Em linhas gerais, a responsabilidade civil subentende que a violação de um dever jurídico que causa prejuízo ao outro, gera, por consequência, a obrigação de indenizar. Com efeito, a responsabilidade civil tem por finalidade substancial assegurar a reparação do dano sofrido pela vítima, evitando má conduta. A responsabilidade civil pode ser classificada em objetiva e subjetiva.

Na responsabilidade objetiva, para que o ato lesivo seja reparado, é necessário somente o dano e o nexa causal para que a obrigação seja determinada, nesta também a culpa não é exigida. Portanto, seu conceito é tal espécie de responsabilidade, o dolo ou a culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que

somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020).

Em síntese, a responsabilidade objetiva não necessita da validação da culpa do indivíduo que causou a lesão para obrigá-lo a reparar o dano. Em relação a responsabilidade subjetiva seu pressuposto tem como elemento a culpa, quando não existir culpa, não será possível a indenização, para ocorrer o dever de indenizar são necessários os três elementos, conduta culposa do agente, nexos causal e o dano. Nesse sentido, Rizzardo (2019, p.778) ensina que

Pela teoria da responsabilidade subjetiva, só é imputável, a título de culpa, aquele que praticou o fato culposos possível de ser evitado. Não há responsabilidade quando o agente não pretendeu e nem podia prever, tendo agido com necessária cautela. Não se pode, de maneira alguma, ir além do ato ilícito para firmar a responsabilidade subjetiva, contrariamente ao que alguns pretendem, com superficialidade, a ponto de ver em tudo o que acontece obrigação de indenizar, sustentando que, verificado o dano, nasce tal obrigação, sem indagar da culpa do lesado, e impondo, como único pressuposto, o nexos causal entre o fato e o dano.

Por isso mesmo, a responsabilidade subjetiva deve ser encarada como um preceito normativo, porque o agente danoso tem que ser responsabilizado por seus atos, ou seja, por sua ação e omissão que pode ser no sentido culposa ou dolosa, assim, a subjetividade é aquela que necessita da culpa para sua caracterização.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL

A responsabilidade Civil, portanto, acontece quando há violação do dever jurídico, por meio de ato lícito ou ilícito, tem a obrigatoriedade de reparar os danos com o objetivo de regenerar o que foi violado, no caso do idoso. Com a violação do dever de cuidado filial-paterno surge o que se pode chamar de responsabilização civil, que acontece por meio do Abandono Afetivo Inverso, regimento que materializa a reparação de danos injustos em proteção ao idoso, com o objetivo de reparar o bem que foi violado, tendo como um dos seus pressupostos de validade o dano, nomeadamente, o moral. Nessa perspectiva, Stolze e Pamplona (2021, p. 1265) definem a responsabilidade como

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Nesse contexto, discute-se a responsabilização civil dos filhos diante da violação do dever de cuidar dos pais no abandono afetivo inverso. A responsabilização civil pelo inadimplemento das imposições jurídicas tem como efeito afastar esse tipo de prática, fazendo que os filhos passem a cuidar de seus pais quando idosos, esse tipo de conduta considerando o princípio da afetividade, deveria ser natural sem que fosse necessário a imposição do Estado através do Direito de Família.

4.1 Responsabilidade, Proteção e Cuidado a Pessoa Idosa

O abandono afetivo é a inobservância dos familiares frente às leis que protegem a pessoa idosa, sem distinção se o laço é biológico ou afetivo, essa atitude acabar por se tornar um ato ilícito diante da violação do dever de cuidar, causando danos pela omissão. Com a violação dos direitos do idosos o ordenamento jurídico prediz que quando há violação dos deveres instituídos, o ato ilícito pode ser configurado e a legislação, por sua vez, exige sua reparação. Isso pode ser visto no art. 186 do Código civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Juridicamente, as pessoas que convivem em sociedade ao ter conduta que lesiona os direitos podem ser responsabilizados, em razão do caráter imperativo da responsabilidade Civil. A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como precípua da República Federativa, no art. 1º, inciso II, ratificou a transferência do culpado para a vítima, sendo certo que, neste momento, pode-se atribuir um protótipo solidário à responsabilidade civil, que tem como finalidade não punir quem causou o dano, mas a reparação à vítima. Conforme, Carvalho Neto (2013, p.19):

A responsabilidade Civil expande-se por todos os ramos do direito civil e também transita pelo Direito de Família, tanto em seus aspectos pessoais de vínculo familiar, como na esfera patrimonial das relações exurgentes do estado familiar. No campo da violência familiar, é perceptível quão fértil e importante é encontrar amparo às

lesões graves, pelas quais já não é aceito reine o temor sobre o silêncio reverencial do parente ofendido.

Em linhas gerais, a responsabilidade civil subentende que a violação de um dever jurídico que causa prejuízo ao outro, gera, por consequência, a obrigação de indenizar. Com efeito, a responsabilidade civil tem por finalidade substancial assegurar a reparação do dano sofrido pela vítima, evitando má conduta. Diniz (2018, p. 35) destaca que a “responsabilidade civil é a aplicabilidade de deliberações que impõem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em consequência do ato por ela mesma praticada”, ainda por pessoa por quem ela atende, por alguma coisa a ela endossada ou de fácil injunção legal.

Destarte, a responsabilidade civil notabiliza-se como uma imposição legal que obriga o reparo de eventuais danos causados a outras pessoas. Quanto à divisão, este se subdivide em contratual, extracontratual, direta, indireta, subjetiva e objetiva. Segundo o artigo 2º do Estatuto do Idoso confere aos idosos:

Integralmente os direitos fundamentais típicos à pessoa humana, sem detrimentos da proteção integral de que diserta esta Lei, assegurando- se lhe, por lei ou por outros meios, todas as exequibilidades e compreensibilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003, p.1).

Neste nexos, a lei assevera a responsabilização civil para aqueles que violam os direitos dos idosos. Segundo Pereira (2016), a preterição no dever de cuidado dos filhos em relação aos pais idosos também constitui ilícito civil, gerando o dever de indenizar. Portanto, surge outro instituto classificado como abandono afetivo inverso, o qual proporciona os idosos a receberem indenização dos seus filhos pelo abandono afetivo sofrido.

4.2 Entendimentos Jurisprudenciais

O projeto de lei nº 4.294/2008 tenciona a alteração dos artigos 1.632 do Código Civil e artigo 3º do Estatuto do Idoso, transitando a antever também a indenização no caso do abandono de idosos por sua família. A relevância deste projeto está em desvelar a conduzir

para o sistema legal brasileiro uma intervenção mais peculiar para os idosos. Não obstante, observam-se em muitos casos, os filhos pagam pensão para os pais, desvalidos em suas casas ou asilos, negando-lhes carinho e atenção, até mesmo nem sequer visitando-os.

Ademais, o Tribunal de Justiça do Ceará seguiu o entendimento jurisprudencial questionado acima ao decidir a seguinte Recurso de Apelação Cível com obrigação de fornecer abrigo ao idoso:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FORNECER ABRIGO A IDOSO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO AFASTADA. DIREITO INDISPONÍVEL. ASSISTÊNCIA À PESSOA IDOSA EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEVER DO ESTADO. ARTIGO 230 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTATUTO DO IDOSO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. RESERVA DO POSSÍVEL INOPONÍVEL À GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME OBRIGATÓRIO DESPROVIDO. 1. Preliminar: Nas razões recursais, o Município de Fortaleza argui preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público, o que não lhe assiste razão, haja vista que o Parquet ostenta legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública em defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso, por força da autorização legal expressa inscrita nos arts. 127, caput, e 129, incs. II e III, da constituição Federal de 1988, e arts, 74 e 75 da Lei nº 10.741/2033 (Estatuto do Idoso). Precedentes do STJ. Preliminar rejeitada. 2. Mérito: Na sentença recorrida, a magistrada a quo condenou o Município de Fortaleza a realizar a medida protetiva de abrigamento do ancião substituído em entidade especializada, na forma do art. 45, inc. V, da lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), sob pena de pagamento de multa diária. 3. No caso concreto, consta dos autos que o ancião substituído, que contava 83 anos de idade ao tempo do ajuizamento da ação, vivia em situação de vulnerabilidade e em condições de saúde física e mental precárias. Verifica-se, ainda, que o referido idoso sofria omissão ou abuso por parte de sua família, haja vista

que, apesar de ter gerado filhos, nenhum deles responsabilizou-se por ampará-lo, cada um apresentando justificativas e evasivas diversas, a fim de eximir-se de tal responsabilidade. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que "O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes". (STF – AI 810410 AgR, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013 PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 08-08-2013 PUBLIC 08-08-2013). 5. O capítulo VII da Constituição Federal, intitulado "Da família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso" preconizou especial proteção ao idoso, com a incumbência desse mister atribuída conjuntamente à sociedade, ao Estado e à própria família. Por sua vez, a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) adveio para regulamentar o dever constitucionalmente imposto de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (art. 230 da CF/1988). Sempre que os direitos reconhecidos no Estatuto forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, a medida de abrigo em entidade (arts. 43, inc. I, 44 e 45, inc. V, da Lei nº 10.741/2003). 6. Apelo e remessa necessária desprovidos. Sentença mantida. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso de apelação e da remessa necessária, para rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, negar-lhes provimento, tudo nos termos do voto do Relator. Fortaleza, data e hora indicadas pelo sistema. Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR LUIZ EVALDO GONÇALVES LEITE Relator. (TJ-CE – APL: 08607673820148060001 CE 086767- 38.2014.8.06.0001, Relator: LUIZ EVALDO GONÇALVES LEITE, Data de Julgamento: 09/10/2019,

Em proporção à reparação por danos morais fomentada a outra pessoa sucedeu a ser deferida com base na CF/88, que assegura direito de resposta simétrico ao agravo (artigo 5º, V) e atualmente, com o código civil de 2002, preconizada nos artigos 186 e 927, caput, visto que, o dano moral afeta a honra, personalidade, e a dignidade do indivíduo. Acerca disso, tal dano lesa subjetivamente a pessoa, tornando-se insusceptível de reparação, uma vez que o sofrimento e angústia já escorados não podem ser auferidos através do montante, contudo, somente atenuados.

No entanto, o abandono afetivo inverso, propicia a criminalidade entre filhos para com os pais, o que pode gerar indenização por danos morais, mesmo não existindo legalização inerente mediante o tema, visto que há apenas premissas que aludem que o abandono afetivo inverso será ajustado, mediante modificações na apreciação da sociedade. Em razão de que o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) não consta nenhum prenúncio legal quanto à indenização por danos morais em caso de abandono afetivo inverso, mesmo em se tratando de um ato ilícito, visto que esse ato é merecedor de compensação quanto ao reparo e amenização pelo sofrimento e humilhação sofrida pelo abandonado.

Com base no ordenamento jurídico brasileiro, o Agravo de Instrumento abaixo exposto, exemplifica a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quanto ao abandono afetivo do filho com obrigação de visita, o qual foi negado provimento ao recurso indeferindo o requerimento liminar ao argumento de que não restou devidamente comprovado o abandono material do idoso abrigado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – FAMÍLIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IDOSO – ABRIGADO – ABANDONO AFETIVO – FILHO – OBRIGAÇÃO DE VISITA – ART. 273 DO CPC – REQUISITOS AUSENTES – IMPOSSIBILIDADES DE ANTECIPAÇÃO DA MEDIDA. – Ausente qualquer um dos requisitos autorizadores da tutela antecipatória, descabe sua concessão, a teor do art. 273 do CPC. – Ausente a verossimilhança das alegações. – Não restou configuração a ofensa ao artigo 98 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), tendo em vista que apesar da omissão de um dos filhos, a agravante conta com o apoio dos demais familiares (outros filhos e neta). – Recurso não Provido. (TJ-MG – AI: 10338150011470001 MG, Relator: Heloisa Combat, Data de Julgamento: 30/07/2015, Câmara Cíveis / 4ª

CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/08/2015).

Partindo dessa conjuntura, observa-se que o dano moral fere o alicerce de todos os direitos de personalidade projetados ao ser humano, que é a dignidade humana, concebendo o direito à indenização condigna ao comportamento indesejado ou a violação dos direitos dos outros. Dias (2020, p. 98) defende a ideia de que

o abandono afetivo pode gerar obrigação indenizatória, pois o mesmo encontra respaldo legal (artigo 952, parágrafo único do Código Civil), uma vez que atinge o sentimento de estima frente determinado bem. No entanto, o abandono afetivo inverso torna-se um problema jurídico, em proporção que o intuito dos filhos seja o de abandonar afetivamente o pai ou mãe. Na CF/88 em seu contexto, mais precisamente no artigo 230, enfatiza que o dever da família, da sociedade e do Estado é de amparar as pessoas idosas, não restando dúvidas de que é dever dos filhos a prestação do auxílio material.

É indubitável que a tese sobre Responsabilidade Civil por abandono afetivo é um assunto contemporâneo e que provoca grandes argumentações, sobejando expectar que o judiciário uniformize a concepção sobre a matéria, tangendo aos doutrinadores e operadores de direito uma minúcia do tema com o propósito de resguardar os direitos dos idosos na construção de uma sociedade que realmente valorize a dignidade do ser humano.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O envelhecimento é um processo natural, sendo mais uma fase perante o ciclo da vida, marcada por mudanças, que repercutem diretamente na condição de vida da pessoa idosa, causando temor e estigmas durante esse estágio, sendo necessário o devido amparo legal às situações em que não há o zelo pela pessoa idosa, como ocorre nos casos de abandono afetivo inverso, configurando-se um imbróglio social.

O abandono afetivo à pessoa idosa ocasiona diversos tipos de dores em tantos destes,

com dimensões impossíveis de serem mensuradas, como vários tipos de violências, abuso econômico, discriminação que afetam principalmente o psicológico desse grupo, sendo

imprescindível o debate acerca da responsabilidade civil aos que cometem o ato negligente de abandonar, bem como a discussão sobre a indenização por danos morais ao abandonado e como elas são aplicadas em casos concretos.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, bem como da inserção de proteção aos direitos individuais, com o forte impacto de princípios básicos, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana, houve o advento do Estatuto do Idoso, a Lei no 10.741/2003, que promove amparo à pessoa idosa e a proteção de seus direitos e garantias fundamentais, direcionados a velhice, que visa também imputar responsabilidade ao familiar que não ampara o seu genitor.

O Estado, como entidade com poderes soberanos, possui grande parcela de culpa perante os casos de abandono afetivo a pessoa idosa, pois detém do dever de promover dignidade da pessoa humana através de condutas ativas, como também investir em políticas públicas, implantar mais ILPs, fornecendo assistência familiar, tendo em vista que o amparo ao grupo de pessoas idosas no país é escasso, bem como permear o princípio da afetividade em nossa sociedade, pondo o afeto como um valor jurídico, não sendo necessário em chegar em casos de abandono de familiares idosos, como vem ocorrendo nos últimos anos.

A análise aponta que diante de casos concretos o dever de cuidar daqueles familiares, principalmente os de primeiro grau, perante aos pais idosos, demonstrando com clareza como a responsabilidade civil abrange dentro do abandono afetivo inverso.

Desta feita, aponta-se a relevância da discussão seja pelo debate sobre o envelhecimento populacional e as suas consequências diante do abandono afetivo que incide em danos morais, tendo em vista os traumas causados a esse grupo, não sendo relacionado à obrigação do afeto em si, mas sim a necessidade de assistência à pessoa idosa, e por tal motivo a legislação brasileira prevê proteção a esses casos, para cercear a ocorrências de abandono afetivo a pessoa idosa, que fazem parte de uma problemática social a qual urge de atenção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05 de abril de 2022.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 05 de abril de 2022.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Complementação do Voto do Deputado Marcelo Almeida sobre o Projeto de Lei nº 4.294/08.. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1137704. Acesso em: 15 mai.2022.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 15 mai.2022.

BRASIL. **Lei nº 8.842 de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União. 4 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm. Acesso em: 15 mai.2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. TJ-CE – APL: 08607673820148060001 CE 086767-38.2014.8.06.0001, Apelante: Município de Fortaleza, Apelado: Ministério Público do estado do Ceará, Relator: Luiz Evaldo Gonçalves Leite 2ª Câmara Direito Público, 2019. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773755933/apelacao-apl-8607673820148060001-ce-0860767-3820148060001?ref=serp> . Acesso em: 15 mai.2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. TJ-MG – AI: 10338150011470001 MG, Agravante: Ministério Público. E.M.G., Agravado: V.P.S., Interessado: G.S.S., Relator: Heloisa Combat, Câmara Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, 2015. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/216625276/agravo-de-instrumento-cv-ai-10338150011470001-mg/inteiro-teor-216625376?ref=serp>. Acesso em: 15 mai.2022.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Curitiba, Juruá, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 11 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Família**.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FRAIMAN, Ana. Idosos órfãos de filhos vivos são os novos desvalidos do século XXI. 16/09/2016. **Revista Pazes**. Disponível em: <https://www.revistapazes.com/5440-2/>. Acesso em: 23 abr. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6**: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Agência de notícias, Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-denoticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoesem-2017>. Acessado em: 27 abr. 2022.

MARCO, Charlotte Nagel De, MARCO, Cristhian Magnus De. **O Dano Moral Por Abandono Afetivo do Idoso**: Proteção a Direitos Fundamentais Civis. 2012 II Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais. 2012. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/simposiointernacionaldedireito/article/view/1489>. Acesso em: 20.abr.2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Envelhecimento ativo: uma política de saúde. Brasília, DF: OPAS, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e sucessões**: ilustrado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, P. R. B. O Estatuto do Idoso: primeiras notas para um debate. **Revista de Políticas Públicas**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 135–140, 2015. Disponível em: <http://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/3763>. Acesso em: 23 abr. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v.IV, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6, 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUZA, A.S.; MEIRA, E.C.; NERI, I.G.; SILVA, J.A.; GONÇALVES, L.H.T. Fatores de risco de maus-tratos ao idoso na relação idoso/cuidador em convivência intrafamiliar. **Textos sobre Envelhecimento**. v.7. n.2, 2004.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil** – volume único. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2020.

O HOME OFFICE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO EM EMPRESAS PRIVADAS E SEUS IMPACTOS NA PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL.

GEORGE AIRES RAMALHO:

Bacharelado do curso de Direito na universidade Federal do Tocantins (UFT)

VINICIUS PINHEIRO MARQUES¹⁹⁶

RESUMO: O contexto da pandemia da Covid-19 reformatou as relações laborais, inclusive com a exigência social de um novo formato de trabalho, a exemplo do teletrabalho e do *home office*. O objetivo geral da presente pesquisa é investigar as diferenças existentes entre o teletrabalho, o trabalho externo e o modelo de *home office*, bem como as diferenças jurídicas entre ambos e seus institutos peculiares, à luz da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) e da Medida Provisória nº 1.108/2022. Já quanto ao objetivo específico, busca-se a explicar o modelo de *home office* no contexto da pandemia da Covid-19, bem como explicitar os impactos causados na atividade de trabalho e na saúde do trabalhador remoto. A justificativa do presente trabalho se dá em razão da necessidade de compreender as diferentes realidades laborais impostas pela Covid-19 e seus impactos para os trabalhadores. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica crítica. Quanto aos objetivos, restou investigado as distinções entre teletrabalho e *home office*, além do trabalho externo; e, no objetivo específico, os impactos da pandemia da Covid-19 na reformatação das formas de contrato laboral e seus efeitos na saúde dos trabalhadores remotos.

Palavras-chaves: Covid-19. Teletrabalho. *Home Office*. Pandemia. Trabalho Remoto.

ABSTRACT: The context of the Covid-19 pandemic has reshaped labour relations, including the social demands of a new work format, such as teleworking and the home office. The general objective of this research is to investigate the differences between telework, external work and the home office model, as well as the legal differences between both and their peculiar institutes, in the light of the Labor Reform (Law 13,467/17) and Provisional Measure 1.108/2022. As for the specific objective, the aim is to explain the home office model in the context of the COVID-19 pandemic, as well as to explain the impacts on the work activity and the health of the remote worker. The justification of the present

¹⁹⁶ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor do Curso de Direito e do programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT)

study is due to the need to understand the different work realities imposed by COVID-19 and their impact on workers. The methodology used was the critical literature review. Regarding the objectives, the distinctions between telework and home office, in addition to external work, remained investigated; and, in the specific objective, the impacts of the COVID-19 pandemic on the reformation of forms of labor contract and its effects on the health of remote workers.

Keywords: Covid-19. Telework. Home Office. Pandemic. Remote Work.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Teletrabalho e *Home Office*. Os Conceitos e suas Diferenças. 2.1 O Teletrabalho no Contexto da Reforma Trabalhista. 2.2 O *Home Office* Enquanto Alternativa ao Contrato de Teletrabalho. 3 O *Home Office* e seu Contexto na Pandemia da Covid-19. 4 Os Impactos do *Home Office* nas Relações de Trabalho no Contexto do Isolamento Social da Pandemia da Covid-19. 5 Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com quase dois anos de pandemia global de COVID-19, muitas empresas, principalmente as privadas, transformaram sua rotina e passaram a adotar tanto o modelo de teletrabalho quanto o modelo *home office*, espécies de trabalho remoto, economizando assim alguns custos e descobrindo uma nova maneira de realizar seu trabalho, de modo que estas formas de contrato de trabalho não se confundem, inclusive em relação ao próprio trabalho externo, tendo o teletrabalho sido modificado pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) e o *home office* regulamentado pela Medida Provisória nº 1.108/2022.

Não obstante, é importante conceituar e diferenciar estas modalidades de trabalho (teletrabalho e trabalho externo), as quais todas são espécies do gênero trabalho remoto, de modo que o *home office* constitui uma especialização do contrato de teletrabalho, com suas especificidades regulamentadas pela Medida Provisória nº 1.108/2022 cuja problemática reside em diferenciar estas três categorias, apontando os regramentos que lhes são peculiares, bem como os impactos nas relações de trabalho no contexto da pandemia da Covid-19.

No tocante à justificativa do presente artigo científico, as empresas, principalmente privadas, mudaram suas rotinas e passaram a adotar o modelo de home office, o que economizou alguns custos e descobriu uma nova forma de trabalhar, modalidade que se intensificou com o aparecimento do COVID-19, de modo que esse novo tipo de trabalho apresenta desafios legislativos, além de recente adaptação normativa para atender à

realidade social, diferenciando-se do trabalho externo e do teletrabalho, o que reforça a importância da presente pesquisa como fonte de esclarecimento dessa nova relação de trabalho, recém regulamentada por via de medida provisória.

O objetivo geral da presente pesquisa científica é investigar as diferenças existentes entre o teletrabalho, o trabalho externo e o modelo de *home office*, enquanto espécies do gênero trabalho remoto, bem como as diferenças jurídicas entre ambos e seus institutos peculiares, à luz da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) e da Medida Provisória nº 1.108/2022; já quanto ao objetivo específico, busca-se a explicar o modelo de *home office* no contexto da pandemia da Covid-19, bem como explicitar os impactos causados por esta forma laboral na atividade de trabalho e na saúde do trabalhador remoto.

A metodologia utilizada na presente pesquisa foi o método dedutivo, a partir de uma análise qualitativa, partindo de um ponto amplo e geral em direção a um ponto específico sobre o tema abordado, por meio da revisão bibliográfica crítica, com base na legislação de regência, notadamente a Constituição Federal de 1988, além da Consolidação das Leis do Trabalho, alterada esta pela Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista) e pela Medida Provisória nº 1.108/22, bem como em doutrinas de Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, assim como artigos científico em matéria de Direito do Trabalho e das decisões sumuladas do Tribunal Superior do Trabalho.

No primeiro capítulo será abordado os conceitos e diferenças inerentes ao teletrabalho e o *home office*, enquanto modalidades de trabalho remoto, bem como os institutos e regulamentações próprias de cada forma de contrato de trabalho.

No segundo capítulo será trabalhado o *home office* e seu surgimento como modalidade de contrato de trabalho, no contexto da Pandemia da Covid-19 como alternativa para a manutenção dos postos de trabalho e os reflexos na geração de novos empregos e na preservação dos postos de trabalhos já existentes.

Já no terceiro capítulo, será abordado os efeitos do *home office* para o trabalhador na sua saúde laboral e na sua qualidade de vida, levando-se em conta o contexto da pandemia da Covid-19, o distanciamento social e os impactos na sua produtividade, concentração e interação com familiares e demais colegas à distância.

2 TELETRABALHO E HOME OFFICE: OS CONCEITOS E SUAS DIFERENÇAS

No Direito do Trabalho, há diversas formas de se exercer a atividade laboral, tendo em vista a diversificação desta ciência jurídico no decurso do tempo, com novas formas de

exercício do labor pelos trabalhadores e as inovações legislativas trazidas pelas reformas e aperfeiçoamentos da legislação trabalhista.

Além disso, o contrato de teletrabalho não se confunde com o trabalho externo, uma vez que o trabalhador exerce suas atividades fora das dependências da empresa, mas vinculado

Nesse sentido, importante que se faça a diferenciação entre a modalidade laboral de teletrabalho e aquela relativa ao *home office*, tendo em vista que as consequências jurídicas são distintas e a segunda espécie cuida-se de um aperfeiçoamento da primeira, na qual, em razão da pandemia da Covid-19 e o consequente distanciamento social, inovou-se no cenário social para criar uma nova forma de exercício do trabalho pelas partes. (MENDES; HASTENREIR FILHO; TELLECHEA, 2021).

Ademais, o teletrabalho possui previsão expressa no art. 62, inciso *III* e 75-A e seguintes, todos da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que é uma forma de trabalho remoto, exercido fora das dependências da empresa, a partir do uso de tecnologias e equipamentos fornecidos pelo empregador para a realização da sua atividade laboral, desde que não se trate de trabalho externo. (MARTINEZ, 2020).

Válido destacar que, ainda que o empregado compareça ao local de trabalho, a sua presença no ambiente da prestação originária do serviço não é circunstância suficiente para a descaracterização do contrato de teletrabalho, conforme dicção do art. 62, inciso *III*, c/c 75-B, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, em que (BRASIL, 1943):

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

[...];

III - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo.

§ 1º O comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas, que exijam a presença do empregado no estabelecimento, não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto.

Dessa forma, assevera Belmonte; Martinez; Maranhão (2020, p. 42):

Não é preciso mudar o contrato de trabalho para que todo o time trabalhe remotamente. Porém, essa mudança deve ser avisada com, pelo menos, 48 horas de antecedência. Estagiários e aprendizes também podem seguir trabalhando de forma remota. O empregador tem 30 dias, desde o momento da migração, para assinar um termo com seus empregados. No documento deve ser deixado claro como acontecerá o fornecimento de equipamentos e infraestrutura para a realização do trabalho e também como será feito o reembolso de despesas como, por exemplo, internet e luz. Os gastos relativos a essa infraestrutura e às despesas decorrentes do trabalho não se caracterizam como salário. O empregador pode se comunicar por aplicativos de chat e teleconferência como WhatsApp, Skype e Slack, sem que isso seja visto como tempo à disposição, prontidão ou sobreaviso, a não ser que tenha sido previamente definido em contrato. Os empregados que trabalham em regime de Home Office ficam dispensados no controle de jornada, segundo a MP.

Com isso, para os autores, trata-se o *home office* como sendo uma especificidade do teletrabalho, na qual exige-se certas peculiaridades próximas da ideia do teletrabalho, mas com regramentos próprios, os quais serão analisados nos subtítulos posteriores.

2.1 O teletrabalho no contexto da Reforma Trabalhista

Como abordado no título anterior, o contrato de teletrabalho possui previsão expressa no art. 75-A e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que é uma forma de trabalho remoto, exercido fora das dependências da empresa, a partir do uso de tecnologias e equipamentos fornecidos pelo empregador para a realização da sua atividade laboral, desde que não se trate de trabalho externo.

Nesse sentido, oportuno elencar as características do contrato de teletrabalho, à luz da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com a consequente modificação introduzida pela Lei 13.467/17) – Reforma Trabalhista, bem como a Medida Provisória nº 1.108/2022 a qual modificou os dispositivos relativos ao regramento dessa modalidade de contrato laboral e regulamentou, nesta segunda legislação, o instituto do *home office*. (RESENDE, 2020).

Assim, dispõe o art. 75-A e 75-B, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho que (BRASIL, 1943):

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo.

Neste diapasão, constitui teletrabalho toda a atividade desempenhada pelo empregado fora das dependências da empresa, por meio do uso de tecnologias e equipamentos fornecidos pelo empregador, desde que não se constitua como trabalho externo, o qual representa uma terceira espécie de atividade laboral, distinta do *home office* e do contrato de teletrabalho.

Inclusive, o comparecimento do empregado às dependências da empresa não descaracteriza o teletrabalho, nos moldes do §1º art. 75-B, da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como este regime não se equipara ao de *telemarketing* nem mesmo ao de teleatendimento, por disposição expressa da mesma. (BRASIL, 1943).

Neste diapasão, feitas estas distinções iniciais, para que se estabeleça o contrato de teletrabalho, alternando do regime presencial para aquele, deve ser feito por escrito, bem como acompanhado de aditivo contratual com a expressa assinatura do trabalhador, além de serem as tecnologias e equipamentos a serem utilizados nessa atividade fornecidos pelo empregador e não integrarem o contrato de trabalho para fins salariais. (LINERO; ROCHA, 2020).

O inverso também possui regramento, de modo que para que seja alternado o contrato de trabalho na modalidade teletrabalho, retornando para a modalidade presencial, faz-se necessária, por determinação do empregador, a comunicação ao empregado com antecedência mínima de 15 (quinze dias) e registro no aditivo contratual, bem como eventuais despesas decorrentes desse retorno serão de exclusiva responsabilidade do empregado. (RESENDE, 2020).

Com isso, oportuno citar os dispositivos que regulamentam esta prática, elencados no art. 75-C e seus parágrafos, os quais aduzem (BRASIL, 1943):

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho ou trabalho remoto deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho. (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022)

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência).

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). (Vigência).

§ 3º O empregador não será responsável pelas despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial, na hipótese do empregado optar pela realização do teletrabalho ou trabalho remoto fora da localidade prevista no contrato, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022).

Estas importantes alterações foram introduzidas pela Medida Provisória nº 1.108/2022 a qual modificou os dispositivos relativos ao regramento dessa modalidade de contrato laboral e regulamentou o instituto do *home office*, o qual será objeto de abordagem no subtítulo 2.2 deste artigo científico.

Não obstante, é possível que haja a previsão quanto à indenização pelo empregador em relação ao retorno do empregado ao regime presencial, estando este inicialmente no regime de teletrabalho, desde que a previsão seja expressa e por escrito no aditivo

contratual, nos moldes do previsto no art. 75-D, da Consolidação das Leis do Trabalho. (DELGADO, 2019).

2.2 O *home office* enquanto alternativa ao contrato de teletrabalho

Conforme tratado nos dois itens anteriores, há uma nítida diferença entre o trabalho externo e o teletrabalho, de modo que as regras de incidência dessa relação de trabalho mudam em relação ao regime de trabalho e sua forma de pactuação, bem como o controle de jornada e as regras relativas ao ressarcimento e fornecimento de equipamentos pelo empregador para o empregado em condição contratual de teletrabalho.

Nesta linha, o *home office* seria uma terceira espécie de trabalho fora das dependências da empresa, porém que não se confunde com o trabalho externo e nem mesmo com o contrato de teletrabalho, uma vez que possui regras próprias e especificidades que lhe são peculiares, nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho. (MENDES; HASTENREIR FILHO; TELLECHEA, 2020).

Assim, adequado trazer o conceito de Belmonte; Martinez; Maranhão (2020, p. 347), no qual:

É importante resgatar que o teletrabalho pode ocorrer a partir de modalidades que levam em consideração o local em que preponderantemente estiver o teletrabalhador e a intensidade do contato telemático entre este e seu empregador. Assim, quanto ao local, o teletrabalho poderá ser classificado como:

- em domicílio (*home office*): quando o trabalhador fixa o local de trabalho em sua residência, instalando ali pequena estação com acesso a meios de comunicação e utilizando de estrutura própria ou cedida pela empresa para prestar os serviços contratados.

Nesse sentido, o *home office* seria uma subespécie de teletrabalho, na qual o empregado trabalharia diretamente de seu domicílio com os meios necessários para a sua atividade laboral, sendo estes cedidos pela empresa e/ou empregador, com a consequente previsão em aditivo contratual.

No entanto, em momento oportuno, a Medida Provisória nº 1.108/2022 regulamentou a matéria relativa ao *home office* e distinguiu esta modalidade contratual do contrato de teletrabalho e do trabalho externo, ao dispor em seu art. 75-B, §4º e art. 62, inciso *III*, da Consolidação das Leis do Trabalho que (BRASIL, 1943):

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

[...];

III - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo.

§ 4º O regime de teletrabalho ou trabalho remoto não se confunde e nem se equipara à ocupação de operador de telemarketing ou de teletendimento.

Desse modo, há uma distinção entre teletrabalho e o contrato laboral do trabalhador de *telemarketing* e teletendimento, visto que são figuras distintas à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como o *home office*, visto que este seria uma subespécie da modalidade teletrabalho, porém diversa.

3 O HOME OFFICE E SEU CONTEXTO NA PANDEMIA DA COVID-19

Conforme abordado no tópico anterior, há nítidas diferenças entre o trabalho externo e o teletrabalho, além do denominado *home office*, recém normatizado por meio da Medida Provisória 1.108/2022, de modo que ambos são espécies do gênero trabalho remoto, porém com regramentos e especificidades que o distinguem.

Nesse sentido, importante, posteriormente à explanação sobre suas regras e diferenças, válido destacar o contexto em que surge o *home office* enquanto trabalho remoto e sua ulterior regulamentação por meio da Medida Provisória 1.108/2022, visto que o contexto da Pandemia da Covid-19 foi fundamental para a necessidade de

adaptação do modelo de trabalhos nas empresas. (MENDES; HASTENREIR FILHO; TELLECHEA, 2020).

Assim, o *home office* surgiu em razão da alta contaminação causada pela disseminação do vírus *Sars-Cov-2*, ou seja, o vírus da Covid-19 o qual forçou o distanciamento social para evitar o contágio e as inúmeras mortes experimentadas durante este período pandêmico, sendo que este período afeta também as relações laborais. (LEONARDO; 2021).

Com isso, as empresas criaram uma subespécie de teletrabalho, de modo que o *home office* representa uma especialização do conceito legal de contrato de teletrabalho, no qual os empregados utilizam, essencialmente, de tecnologia e meios informacionais, ou seja, *softwares* e demais programas de tecnologia da informação para realizarem seus trabalhos de forma remota, a fim de conter o contágio e disseminação do vírus da Covid-19. (LINERO; ROCHA, 2020).

Nesse sentido, dispõe o art. 75-B, §5º, da Consolidação das Leis do Trabalho que (BRASIL, 1943):

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo.

§ 5º O tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, e de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Portanto, a utilização de *softwares* e demais ferramentas digitais de tecnologia da informação configuram o denominado *home office*, o qual é uma subespécie do gênero teletrabalho e também uma forma de trabalho remoto, forçada pela contextualização da

pandemia da Covid-19 e, posteriormente, regulamentado pela Medida Provisória 1.108/2022.

Conforme salienta Leonardo (2021, p. 99-100):

Nesse sentido, considerando que a pandemia impôs ao mundo organizacional do trabalho uma nova realidade pautada no modelo do trabalho remoto, é preciso entender esse conceito de *Home Office* na visão de profissionais de RH, com vistas a definir orientações e soluções efetivas para o dia a dia do trabalho.

Logo, consoante as palavras do autor, esse novo modelo de trabalho remoto surge como uma alternativa à pandemia da Covid-19 e afeta a todos dentro da relação laboral, inclusive com efeitos na atividade do trabalho e na saúde do trabalhador, conforme será objeto de explicação no próximo tópico do presente artigo científico.

Além disso, o Decreto Legislativo Federal nº 06, de 20 de março de 2020 reconheceu o estado de calamidade na saúde pública, bem como instituiu uma Comissão Mista no Congresso Nacional, composta por 06 (seis) deputados e 06 (seis) senadores para gerenciar as aplicações financeiras, além dos gastos em saúde pública para conter o avanço da disseminação do vírus da Covid-19. (LEITE, 2020).

Ademais, a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 estabeleceu regras para o enfrentamento da Covid-19, especialmente no que tange ao distanciamento social, uso de máscaras e restrições à permanência e livre trânsito das pessoas em ambientes abertos ao público e também locais fechados, com medidas para conter a disseminação do referido vírus. (BRASIL, 2020).

Nesse sentido, dispõe o art. 2º, incisos *I e II*, c/c art. 3º, incisos *I e II*, todos da Lei nº 13.979/2020 que (BRASIL, 2020):

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

[...];

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena;

Com isso, a legislação traz o conceito de isolamento social como sendo a separação de pessoas doentes e contaminadas, a fim de evitar contaminação, incluindo, também, produtos e mercadorias; quanto à quarentena, cuida-se de restrição de atividades e circulação de pessoas que não estejam doentes, a fim de evitar a contaminação e disseminação dos vírus a estas pessoas.

Dessa forma, todo o período reconhecido pelo Governo Federal e, posteriormente pelos Estados-membros e Municípios, forçou à instituição de uma nova modalidade de trabalho remoto, a partir de tecnologias da informação, com uso de meios digitais, notadamente de *softwares*, denominado *home office*, como forma de conter a disseminação do vírus da Covid-19. (LEONARDO; 2021).

A partir desta necessidade laboral e social, houve inúmeras alterações nos contratos de trabalho, em sua maior parte feitas de maneira informal (o que, do ponto de vista do teletrabalho, deveria se valer de normas escritas e expressamente pactuadas), mas que viabilizaram a tutela da saúde e medicina do trabalho no contexto da pandemia da Sars-Cov-2. (LINERO; ROCHA, 2020).

Assim, a legislação, ainda que tardiamente apenas 2 (dois anos) após todo o contexto de contaminação pela pandemia institui, provisoriamente pela via da Medida

Provisória 1.108/2022, a regulamentação do *home office*, enquanto meio alternativo de trabalho remoto, com exigências semelhantes à do teletrabalho. (BRASIL, 2022).

Uma das medidas previstas na MP nº 1.108/22 foi a exigência de previsão expressa, via contrato escrito, para a manutenção em regime de trabalho remoto via *home office*, bem como a isenção, em regra, da responsabilidade do empregador em indenizar eventuais prejuízos para com os equipamentos e demais mecanismos digitais do pacto laboral para o empregado que retornar à modalidade presencial, conforme art. 75-B, §5º e 75-C, §3º, todos da Consolidação das Leis do Trabalho. (BRASIL, 2022).

Nesse sentido, oportuno mencionar os dispositivos, os quais preveem que (BRASIL, 2022):

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo.

[...];

§ 5º O tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, e de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho ou trabalho remoto deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho.

[...];

§ 3º O empregador não será responsável pelas despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial, na hipótese do empregado optar pela realização do teletrabalho ou trabalho remoto fora da localidade

prevista no contrato, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

Logo, o *home office* afigura-se como uma subespécie do teletrabalho, a partir do uso de meios digitais e de tecnologia da informação, bem como de *softwares*, os quais não constituem tempo à disposição, salvo acordo ou convenção coletiva, além da previsão de que, em eventual necessidade de retorno do empregado ao trabalho presencial, o empregador não será responsável por indenizar o trabalhador por este retorno, salvo expressa previsão no acordo individual.

Por outro lado, a aplicação da modalidade de *home office* aos contratos de trabalho surge em uma tentativa de manutenção dos postos de trabalho, visto que o empregador, para não dispensar o empregado e deixa-lo desempregado, pôde enviá-lo para a casa e trabalhar em situação próxima do trabalho em domicílio, porém com regras específicas daquela modalidade de trabalho remoto. (LEONARDO, 2021).

A título ilustrativo, segundo a Revista "Isto É Dinheiro", a partir de dados da Agência Brasil, em 2019 o Brasil possuía 47.554.211 (quarenta e sete milhões, quinhentos e cinquenta e quatro mil duzentos e onze) empregos formais, ou seja, com registro na carteira de trabalho, conforme dados colhidos na Relação de Informações Anuais do Governo Federal, o qual demonstra que antes da pandemia existiam inúmeros postos de trabalhos formais. (BRASIL, 2020).

Não obstante, no ano de 2020, em que houve o decreto de calamidade em saúde pública decorrente da Covid-19, conforme dados do Saldo do CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados), revisado todos os anos pelo extinto Ministério do Trabalho e Emprego (atual Ministério da Economia), mostra que os empregos formais criados caíram de 280.499 (duzentos e oitenta mil quatrocentos e noventa e nove) para 75.883 (setenta e cinco mil oitocentos e oitenta e três), em razão da necessidade do empregador de impedir a disseminação do vírus e também por questões econômicas de crise e fechamento de comércios em razão do *lockdown*. (FERRARI; RODRIGUES, 2021).

Contudo, as empresas, ao adotarem a modalidade de *home office*, buscaram contornar a necessidade de demissão do empregado, colocando este em situação de trabalho remoto que, conforme dados do Governo Federal, a partir do Saldo do CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados), revisado todos os anos pelo extinto

Ministério do Trabalho e Emprego (atual Ministério da Economia), demonstrou que no ano de 2021 houve uma elevação no número de postos de empregos formais (com carteira assinada), ou seja, foram criados 2.730.924 (dois milhões setecentos e trinta mil novecentos e vinte e quatro) novos empregos. (BRASIL, 2022).

Na sequência, em 2022, de acordo com o meio de comunicação “Agência Brasil”, a partir de dados do Saldo do CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados), revisado todos os anos pelo extinto Ministério do Trabalho e Emprego (atual Ministério da Economia), mostrou que, até o mês de fevereiro de 2022, havia sido criado 328.507 (trezentos e vinte e oito mil quinhentos e sete) empregos, com mais contratações do que demissões, o que demonstra que a utilização do *home office* foi fundamental não apenas para a manutenção dos postos de trabalho, mas também para a criação de novas vagas de emprego. (BRASIL, 2022).

Nesse sentido, o *home office* se mostra como uma clara alternativa para contornar a crise sanitária da Covid-19 e garantir a manutenção dos postos de trabalho e a renda do trabalhador, bem como a sua proteção e de sua família, de modo a evitar o contágio do vírus e sua consequente disseminação, além de cumprir a empresa as regulamentações inerentes à legislação que visa impedir o agravamento da crise de saúde pública.

Com isso, o contexto da pandemia da Covid-19, inicialmente, do ponto de vista social, exigiu uma reformatação do contexto laboral com a reformatação do contrato de trabalho remoto, criando uma nova formatação de teletrabalho para manutenção dos postos de trabalho, o chamado *home office*, o qual não se confunde com aquele, sendo, ainda que tardiamente, do ponto de vista normativo, uma regulamentação do *home office* pela Medida Provisória nº 1.108/22, a qual, por seus institutos e peculiaridades, distancia os conceitos entre trabalho externo, teletrabalho e *home office*, sendo estes espécies do gênero trabalho remoto.

4 OS IMPACTOS DO *HOME OFFICE* NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO CONTEXTO DO ISOLAMENTO SOCIAL DA PANDEMIA DA COVID-19

Conforme abordado no tópico primeiro (itens 2, 2.1 e 2.2), o teletrabalho (inserido pela Lei nº 13.467/17 – Reforma Trabalhista) é uma modalidade de trabalho remoto que não se confunde com o trabalho externo, do mesmo modo que aquele também é distinto do *home office*, o qual surge como uma alternativa ao contrato de teletrabalho (regulamentado pela Medida Provisória nº 1.108/22), sendo que todos constituem espécies

do gênero trabalho remoto, com regramentos próprios e são pactuados de forma diversa por diferentes legislações.

Também, consoante trabalhado no tópico segundo deste presente artigo científico (item 3), o contrato de *home office* se desenvolve e ganha força com o advento da pandemia da Covid-19, como alternativa ao contrato de teletrabalho, com regras mais flexíveis e, até o ano de 2022, sem regulamentações específicas; não obstante, em 2022, com a elaboração da Medida Provisória nº 1.108/22, a matéria foi regulamentada e passou a ter normas próprias e se diferenciar, juridicamente, do contrato de teletrabalho.

No entanto, embora necessária a adaptação legislativa para regulamentar a matéria e trazer segurança jurídica para empregadores e trabalhadores, houve impactos sociais desta modalidade de trabalho remoto no desempenho e na saúde dos trabalhadores, os quais ficaram mais afastados do contato e do convívio social no ambiente de trabalho e, por consequência, tiveram afetadas suas capacidades intelectivas e produtivas em razão deste isolamento social e profissional. (BITTAR, 2021).

Nesse sentido, aponta Leonardo (2021, p. 92): “Um terceiro componente remetido pela literatura acadêmica sobre home-based teleworking remete à **Carga de Trabalho**, normalmente referenciada como elevada em situações de trabalho fora do escritório.” (grifo do autor).

Dessa forma, o trabalhador que está em situação de *home office* possui uma tendência a trabalhar mais durante o período em que esteja em trabalho remoto, pois há maior liberdade de tempo e, conseqüentemente, uma exigência laboral maior deste trabalhador, a qual reflete na sua produtividade e também no seu nível de estresse e ansiedade.

Ademais, a pandemia da Covid-19 impôs a necessidade de manutenção dos trabalhadores em *home office* por um período mais extenso, a fim de evitar a propagação do vírus, conquanto isso tenha refletido na produtividade e na qualidade de tempo que o trabalhador teve de adaptar-se para realizar as atividades que antes eram feitas presencialmente na empresa. (BELMONTE; MARTINEZ; MARANHÃO, 2020).

Assim, em estudo feito por Bittar (2021, p. 42):

Segundo o que relatou a participante AF, parte do aumento da ansiedade no home office vem pela ausência de horário e na dificuldade de se desligar do trabalho, aumentando também a sua preocupação com o mesmo, a chegada de demanda fora do horário de expediente, além de posteriormente ela citar um certo aumento da demanda em si, faz com que a participante retorne ao seu computador, isso é, seu ambiente de trabalho em home office, demandando mais dela. Além disso, a participante havia comentando anteriormente de se sentir mais desgastada em casa e com dificuldade em conciliar trabalho com tarefas domésticas, levando a crer em um esgotamento maior nessa modalidade.

Nesse estudo, o autor identificou nas pessoas acompanhadas durante o período de *home office* que as mesmas tinham dificuldade em se desligar do trabalho, bem como de adequar seu tempo à rotina laboral, tendo em vista que o trabalho remoto lhes proporcionava a possibilidade de liberdade da carga horária presencial, porém com reflexos de crise de ansiedade, os quais contribuíam para maiores níveis de estresse e queda na produtividade.

Além disso, o isolamento social diminui o contato com os colegas de trabalho, aumentando o cansaço entre os trabalhadores e fazendo com que isso afetasse a qualidade intelectual e de concentração durante as atividades laborais, bem como elevando os níveis de estresse e reduzindo a capacidade de produção e administração do tempo (LEONARDO, 2021).

Não obstante, isto também refletiu em outro fator psicológico importante, a exemplo de crises depressivas, pois o isolamento social e a dificuldade de administração do tempo para a realização das atividades profissionais comuns do dia a dia, resultou em uma frustração superior à normalmente enfrentada na modalidade presencial, causando crises depressivas e diminuindo os níveis de concentração e produção dos trabalhadores. (BITTAR, 2021).

Outro ponto importante diz respeito à comunicação e interação familiar, visto que o trabalhador, com carga de trabalho maior em relação à modalidade presencial, bem como em função das dificuldades de administração do tempo e ausência do contato com colegas de trabalho, prejudicou a sua convivência familiar, por conta do maior nível de estresse, ansiedade e dos reflexos da depressão, frutos também do isolamento social. (ARAÚJO; LUA, 2021).

Dessa forma, os impactos na saúde do trabalhador envolvem não apenas a dificuldade em administração do tempo, bem como a falta de contato social e presencial com os demais trabalhadores, mas também a carga laboral que aumentou e o obstáculo do trabalhador em evitar manter seus pensamentos apenas no trabalho, aumentando as crises de ansiedade, estresse e depressão, além de diminuir os níveis de concentração, produtividade e comunicabilidade social. (BITTAR, 2021).

Com isso, reforçam as autoras Araújo; Lua (2021, s.p):

[...] a jornada de trabalho sem limites temporais somou-se às exigências de provisão dos meios e ferramentas para o trabalho remoto (como internet, computador e celular) e de capacitação para operar os dispositivos eletrônicos necessários à conexão com o mundo externo, assim como às medidas de distanciamento físico e permanência em casa. Nesse cenário, uma dupla tensão ocorre: por um lado, multiplicam-se as exigências, sem o devido preparo e treinamento; por outro, as zonas de escape das tensões sofreram limitações drásticas, em função da restrição da circulação e das relações e contatos sociais.

Logo, as autoras demonstram que, com a pandemia da Covid-19, a imposição do trabalho remoto fez com que a carga de trabalho aumentasse, contribuindo com maiores exigências de produtividade, além de dificuldades do trabalhador em lidar com todas essas tensões, aumentando o nível de ansiedade, sem que este pudesse ter alguma atividade extratrabalho que pudesse ser utilizada com a finalidade de reduzir as tensões e o estresse decorrentes do *home office*.

Igualmente, conforme estudo realizado por Bittar (2021, p. 48), nota-se que:

O Domínio Social dos participantes da pesquisa se mostrou bastante afetado, sendo que a ausência dos colegas ou dificuldades de comunicação foram os pontos negativos mais citados pelos entrevistados, além disso, o distanciamento ocasionado pelo home office foi agravado pelo isolamento social causado pela pandemia de Covid-19, intensificando o sentimento de solidão em alguns participantes.

Dessa forma, revela-se que a pandemia da Covid-19, ao impor a necessidade de distanciamento social e o consequente modelo de *home office* aos trabalhadores, contribuiu para que essa falta de convívio social prejudicasse o convívio familiar e a capacidade de comunicação e interação dos trabalhadores submetidos a esta modalidade de trabalho remoto, aumentando, assim, os níveis de estresse e ansiedade, além das crises de depressão.

Portanto, a dificuldade de comunicação gerada pelo distanciamento e falta de contato pessoal com os demais colegas de trabalho, prejudicou os trabalhadores, especialmente com relação aos cargos mais elevados, os quais já possuíam maior responsabilidade e, com o distanciamento social e o trabalho remoto (*home office*) foram exigidas ainda mais atividades, a exemplo da exigência de fiscalização do trabalho dos demais empregados, bem como maior cobrança, as quais refletem nas condições de humor e também no tratamento que dispensam aos demais trabalhadores. (ARAÚJO; LUA, 2021).

Com isso, o *home office* gera, no contexto pandêmico, um efeito em cadeia, ou seja, os responsáveis pelos demais trabalhadores acabam esgotados e com nível de responsabilidade e exigências superiores ao que possuíam na modalidade presencial, reproduzindo o estresse nos demais trabalhadores, os quais acabam tendo dificuldade de manter o foco e a concentração, aumentando os níveis de ansiedade. (BITTAR, 2021).

A falta de produtividade, por sua vez, além do pouco contato social que possuem, prejudicam a comunicação e o convívio com os familiares, afetando o humor dos trabalhadores e causando crises de depressão, elevando os níveis de tristeza e frustração, bem como diminuindo a qualidade da produção e da gestão do tempo. (ARAÚJO; LUA, 2021).

Por conseguinte, ante todo o exposto, denota-se que o modelo de *home office*, imposto aos trabalhadores pela pandemia da Covid-19 resultou em uma série de efeitos negativos para os empregados, visto que o trabalho remoto aumentou os níveis de exigência, bem como de produtividade, causando ansiedade e diminuindo a concentração e o foco destes, bem como o isolamento social dos demais colegas prejudicou a comunicação e o convívio familiar, além de elevar os fatores de depressão, tristeza e frustração, refletindo na queda da produtividade e da falta de gestão do tempo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O teletrabalho é uma modalidade de trabalho remoto, com requisitos previstos na legislação trabalhista, notadamente na Consolidação das Leis do Trabalho, cuidando-se de

espécie do gênero trabalho remoto, a partir de um contrato escrito, com a expressa anuência do trabalhador contratado, aditivo contratual e regras sobre uso de equipamentos e eventuais responsabilidades quanto à indenização pelo retorno daquele ao trabalho presencial, por parte do empregador.

Não obstante, o teletrabalho não se confunde com a modalidade de trabalho externo, visto que, embora ambos sejam espécies do gênero trabalho remoto, o segundo constitui uma modalidade de contrato laboral, na qual o empregado possui regras distintas para controle de jornada, bem como não se exige contrato escrito ou aditivo contrato, estando o trabalhador sujeito a um regime distinto, inclusive no que concerne aos equipamentos e instrumentos de trabalho, todos oriundos do empregador.

Ademais, no contexto do distanciamento social causado pela pandemia da Covid-19, surge uma nova modalidade de trabalho remoto, denominado *home office*, o qual também se diferencia do teletrabalho, haja vista que aquele constitui uma subespécie deste, sendo regulamentado pela Medida Provisória nº 1.108/22, embora exista na prática laboral antes mesmo de sua efetiva regulamentação legislativa.

Portanto, nesta linha, o teletrabalho é constituído por um contrato escrito, o qual prevê que o empregado trabalhará à distância, sendo que seu comparecimento à sede da empresa não descaracteriza a sua modalidade contratual de trabalho e, esta forma de trabalho remoto, inviabilizaria o pleito de horas extras pelo trabalhador, visto que este ficaria circunscrito ao seu domicílio com seus próprios meios de trabalho.

No entanto, com o advento da pandemia da Covid-19, houve uma reformatação no contexto laboral, tanto no aspecto social, tendo em vista o necessário isolamento social, quanto sob a ótica jurídica, em razão do surgimento de uma nova modalidade de trabalho remoto, o denominado *home office*, o qual não se confunde nem com o trabalho externo e nem com o teletrabalho.

Nesse sentido, foi necessária a regulamentação desta espécie de contrato de trabalho, a partir da novel legislação (Medida Provisória nº 1.108/22), a qual prevê que o *home office* é uma modalidade de trabalho remoto que se constitui pelo uso de meios digitais, de tecnologia da informação e de *softwares* para a realização de trabalho à distância e cujos equipamentos são de responsabilidade do empregado, inclusive em

eventual retorno ao trabalho presencial, salvo expressa disposição em sentido contrário que exija que o empregador indenize o empregado por esta mudança contratual.

Ainda assim, da mesma forma como no teletrabalho, há a exigência de contrato escrito, juntamente com a prévia e expressa anuência do trabalhador e do respectivo aditivo contratual, porém esta modalidade de trabalho remoto também não se confunde com as funções de *telemarketing* e teleatendimento, por expressa disposição legal, configurando, assim, uma subespécie da forma laboral de teletrabalho.

Outro aspecto importante do *home office* está ligado aos impactos sociais, especialmente na saúde do trabalhador, o qual teve a necessidade de adequação da realidade social e laboral, exigidas pelo indispensável distanciamento social, ocasionado pela pandemia da Covid-19, trabalhando fora do ambiente da empresa e prejudicando seu contato social, causando queda na produtividade, em função de quadros de ansiedade e depressão, bem como diminuição do nível de concentração e atenção.

Dessa forma, a pandemia da Covid-19 impôs uma nova realidade social, a qual exigiu das empresas que adaptassem a sua realidade laboral, bem como os contratos de trabalho de seus empregados, conquanto isso tenha ocasionado impactos sociais maiores que os próprios efeitos jurídicos, prejudicando a produtividade, desempenho profissional e capacidade intelectual do trabalhador, bem como gerado alguns transtornos psicológicos, como crises de ansiedade e depressão.

Logo, no tocante ao objetivo geral da presente pesquisa científica, restou investigado que o teletrabalho possui diferenças em relação ao trabalho externo, bem como não se confunde com o *home office*, à medida em que ambos são espécie do gênero trabalho remoto, com regramentos específicos, sendo o primeiro criado pela Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista) e o terceiro regulamentado pela Medida Provisória nº 1.108/22.

Já quanto ao objetivo específico, restou explicado que o modelo de *home office* se desenvolveu com maior incidência em razão da necessidade de adequação da realidade social e laboral, exigidas pelo indispensável distanciamento social, ocasionado pela pandemia da Covid-19, reformatando as relações sociais e jurídica do Direito do Trabalho cujos impactos afetaram a saúde do trabalhador, aumentando os níveis de estresse, diminuindo a concentração e elevando os sintomas de ansiedade e depressão, frutos da modalidade de isolamento laboral, decorrente do trabalho remoto.

Portanto, ante todo o exposto, nota-se que, do ponto de vista jurídico, existe uma clara distinção entre trabalho externo, teletrabalho e *home office*, sendo que estes três são espécies do gênero trabalho remoto, com regramentos próprios; quanto aos efeitos sociais, decorrentes especialmente do isolamento social ocasionado pela pandemia da Covid-19, o *home office* surge como uma alternativa para manter o distanciamento social, porém gera impactos na saúde do trabalhador, como a queda na produtividade, o baixo desempenho profissional e a diminuição da capacidade intelectual do trabalhador, bem como o surgimento de alguns transtornos psicológicos, como crises de ansiedade e depressão, além do prejuízo na qualidade do convívio, comunicação e da interação social.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tânia Maria de; LUA, Iracema. O trabalho mudou-se para casa: trabalho remoto no contexto da pandemia da COVID-19. Scielo. **Revista Brasileira de Saúde**, [s.l], 2021. <https://doi.org/10.1590/2317-6369000030720>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbso/a/LQnfJLrjgrSDKkTnyVfgnQy/>. Acesso em 07 abr. 2022.

BELMONTE, Alexandre Angra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **Direito do Trabalho na Crise da Covid-19**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

BITTAR, Felipe Prado. **Os Impactos do Home Office na Qualidade de Vida dos Trabalhadores no Contexto da Pandemia de Covid-19**. *In*: Repositório UFU. Uberlândia, 2021. 79f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Administração). Universidade Federal de Uberlândia, UFU. Faculdade de Gestão e Negócios da Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/33324/1/ImpactosHomeOffice.pdf>. Acesso em 07 de abr. 2022.

BRASIL, Agência. **Caged**: Brasil cria 328 mil empregos com carteira assinada em fevereiro. Brasília, 29 de março de 2022. *In*: Agência Brasil. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-03/caged-brasil-cria-328-mil-empregos-com-carteira-assinada-em-fevereiro#:~:text=Trata%2Dse%20do%20segundo%20melhor%20resultado%20para%20%20m%C3%AAs%20desde%202010&text=O%20Brasil%20fechou%20o%20m%C3%AAs,Minist%C3%A9rio%20do%20Trabalho%20e%20Previd%C3%AAncia>. Acesso em 27 abr. 2022.

BRASIL, Agência. **Estoque de empregos cresceu 1.9% em 2019 para o maior nível em quatro anos.** [s.l.], 26 de outubro de 2020. *In:* Revista Isto É Dinheiro - Economia; Agência Brasil. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/total-de-empregos-avanca-19-em-2019-para-o-maior-nivel-em-4-anos/>. Acesso em 26 abr. 2022.

BRASIL. **Brasil bate recorde da década na geração de empregos em 2021.** Brasília, 14 de fevereiro de 2022. *In:* Governo do Brasil. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/trabalho-e-previdencia/2022/02/brasil-bate-recorde-da-decada-na-geracao-de-empregos-em-2021#:~:text=Qual%20a%20proposta%20do%20programa,%C3%BAnico%20ano%2C%20de%20carteira%20assinada>. Acesso em 27 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020.** Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília. In: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em 29 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Senado Federal, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 25 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em 24 mar. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.108, de 25 de março de 2022.** Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das

Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943. Brasília. In: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm. Acesso em 27 mar. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora LTr, 2019.

FERRARI, Hamilton; RODRIGUES, Douglas. **Número de empregos foi 73% menor do que informado pelo governo em 2020**. [s.l.], 03 de novembro de 2021. In: Revista Poder360. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/numero-de-empregos-foi-73-menor-do-que-informado-pelo-governo-em-2020/#:~:text=As%20revis%C3%B5es%20dos%20resultados%20derrubaram,Minist%C3%A9rio%20do%20Trabalho%20e%20Previd%C3%Aancia>. Acesso em: 26 abr. 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

LEONARDO, Lineu Fachin. **Home Office ou Home Off? Representação Social do Trabalho Remoto Durante a Pandemia de Covid-19 na Perspectiva de Profissionais de RH**. Rio de Janeiro, 2021. 30 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão Empresarial). Fundação Getúlio Vargas, FGV. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10184> Acesso em 26 mar. 2022.

LINERO, Cibelle; ROCHA, Larissa Medeiros. Os Desafios na Manutenção do Regime de Teletrabalho no Brasil Após a Pandemia da Covid-19. **Rev. Esc. Jud TRT4**. Porto Alegre, v.2, n.4. 2020, p. 125-148. Disponível em: <https://rejtrt4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/view/93/68> Acesso em 26 mar. 2022.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MENDES, Diego Costa; HASTENREIR FILHO, Horacio Nelson; TELLECHEA, Justina. **A Realidade do Trabalho Home Office na Atipicidade Pandêmica**. In: Revista Valore. Volta Redonda. 5 (edição especial), 2020. p. 160-191. Disponível em: <<https://revistavalore.emnuvens.com.br/valore/article/view/655/456>> Acesso em 25 mar. 2022.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2020.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM AMBIENTE INTRAFAMILIAR E OS MEIOS PROBATÓRIOS PARA CONDENÇÃO.

ADRIANE MARQUES MACHADO:

Bacharelada em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

ALEXANDRE YURI KIATAQUI

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa terá o objetivo de analisar estupro de vulneráveis intrafamiliar. Os meios que o abusador se utiliza para chegar à vítima. Já que o abuso sexual acontece na maior parte em ambiente familiar, nada impeça que seja em outros locais. Os atos sexuais acontecem por conjunção carnal ou ato libidinoso. Os Métodos utilizados para obtenção de provas é: exames de corpo de delito, e prova testemunhal. A Lei nº 13.431/2017 sistema de garantia de direito da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, estabelece que no caso de violências sexuais seja utilizado o depoimento especial. Será exposto também como é utilizada à palavra da vítima para condenação.

Palavras-chave: Violência física. Violência psicológica. Violência sexual.

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Abuso sexual infantil — 2.1. Abuso sexual- Intrafamiliar e extrafamiliar. - 2.2. Sinais de abusos sexuais. - 2.3. Perfil do abusador. - 3. Estupro de Vulnerável. 3.1. Direito e garantia da vítima de estupro de vulnerável. - 4. Provas utilizadas para condenação. - 5. Palavra da vítima. Conclusão. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará estupro de vulneráveis intrafamiliar contra criança e adolescente. E os meios de provas necessários para condenação.

O abuso sexual infantil intrafamiliar é considerado um dos crimes com maior gravidade de violência. A forma que o agressor atua é silenciosa, não deixando só marcas físicas, atingindo seu psicológico. Por acontecer em ambiente familiar. Os abusos sexuais podem ocorrer de diversas maneiras, seja violência física, psicológica, sexual, ameaças ou chantagens.

Para caracterizar o estupro de vulnerável a vítima não pode ter discernimento do que se trata e tão pouco manifestação de vontade. Pelo contrário, é contra sua vontade, a criança é incapaz de entender, compreender e aceitar o ato recebido, razão pela qual não consegue se defender. Desta maneira, o menor sempre foi visto como vulnerável e desprotegido. Apesar de ter lei de proteção para criança e adolescente, ainda se questiona os meios de produção de provas, para condenação.

O abuso sexual não tem classe social, atingindo todas as culturas e territórios. Trata de um problema universal que atinge pessoas de formas silenciosas. Milhares de crianças já sofreram algum constrangimento no ambiente familiar.

Estes abusos não ocorrem somente uma vez, eles se prolongam, às vezes duram anos, sem que ninguém descubra ou então os próprios familiares não acreditam nas crianças pensas que são imaginações.

A Lei 13.431/2017¹⁹⁷, com o Estatuto da Criança e Adolescente, junto com à Constituição Federal busca a proteção absoluta das vítimas de abuso sexual. Com objetivo de assegurar direitos fundamentais, nenhuma criança será parte de qualquer forma de discriminação, seja de exploração sexual, violência ou crueldade.

Primeiramente será analisada a violência sexual contra criança e adolescente, e quais os meios de contato que o abusador usa para chegar até os menores, já que grande parte dos abusos sexuais ocorre no ambiente familiar, gerando uma maior dificuldade de descoberta podendo ocasionar efeitos psicológicos devastadores a vítima.

Posteriormente será exposto o estupro de vulneráveis. E os direitos protegidos dos menores.

Ao final, os meios de provas necessários para condenação do abusador. E a palavra da vítima.

2.ABUSO SEXUAL INFANTIL

O abuso sexual infantil é uma violação da intimidade sexual. Acontece na maior parte dentro de um ambiente familiar. O abusador se aproveita da vulnerabilidade das vítimas para prática de atos sexuais ou eróticos.

197 Lei n.º 13.431/2017. Sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm.

A criança é coagida, forçada fisicamente e psicologicamente a praticar conjunção carnal ou atos libidinosos sem a capacidade para consentir.

Segundo Luciane Potter¹⁹⁸:

O abuso sexual infanto-juvenil intrafamiliar ocorre contra seres em desenvolvimento, psicológica e moralmente imaturos, e que não conseguem resistir a um familiar adulto que lhes impõe sua autoridade transformando-os em objetos sexuais. (POTTER, LUCIANE, 2019, p.84)

Cezar Roberto Bitencourt¹⁹⁹:

Especificamente, no abuso sexual infanto-juvenil intrafamiliar, o vitimador é, normalmente, alguém ligado à criança ou adolescente por laço afetivo muito fontes como pai, mãe, padrasto, madrasta, vó, vô ou responsável por ela; que se aproveita da relação de subordinação que o parentesco proporciona e, muitas vezes, da coabitação para a prática do delito. (BITENCOURT, CEZAR, ROBERTO, 2004, p.82).

Nos crimes de abusos sexuais, o abusador se utiliza da vulnerabilidade da vítima. “Realmente não depende do contato físico entre o agente e a vítima. Exige-se, contudo, o envolvimento físico desta, no ato sexual mediante prática de ato libidinoso.” (MASSON, CLEBER²⁰⁰, 2020, p.66).

Este delito de estupro de vulnerável é um dos mais graves por razão da fragilidade do menor, é geralmente praticado por pessoas mais velhas independente da orientação sexual, de convívio com a vítima se utilizando da relação de proximidade. “De fato a vulnerabilidade do ofendido implica a invalidade do seu consentimento” (MASSON, CLEBER, 2020, p.66).

198 POTTER, Luciane. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL — MEIOS PROBATÓRIOS PARA CONDENAÇÃO EM AMBIENTE INTRAFAMILIAR**. 3. Ed. Rev. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

199 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal- Parte Especial**. Vol.4. São Paulo: Ed. Saraiva 2004.

200 MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Geral (arts. 213 a 359-h)**. Rio de Janeiro: Ed. Método, 2020.

A Lei n.º 13.431/2017, umas das responsáveis pela garantia de direitos da criança e adolescente vítima ou testemunha de violência, elenca o conceito de violência sexual.

Art. 4.º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

III — violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar, ou presenciar conjunção carnal, ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico, ou não, que compreenda:

a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro; (BRASIL, 2017).

2.1 Abuso sexual - Intrafamiliar e extrafamiliar.

O abuso sexual acontece por duas modalidades: intrafamiliar e extrafamiliar. A primeira acontece no ambiente familiar de convívio entre a vítima e o abusador, tornando a situação mais difícil para criança que lida com a situação sozinha. “O levantamento da ONDH permitiu identificar que a violência sexual acontece, em 73% dos casos, na casa da própria vítima ou do suspeito, mas é cometida por pai ou padrasto em 40% das denúncias.” (Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. 2020²⁰¹).

Já o extrafamiliar ocorre fora do domicílio da vítima, sem vínculo familiar. Abusadas por adultos sem laços parentais. “90% dos casos é praticado por pessoas que frequentam o seio familiar da criança, tidas nesse meio como de absoluta confiança.” (POTTER, LUCIANE, 2019, p.112).

Nos casos de violência intrafamiliar, o abuso acontece por um superior, que geralmente são do sexo masculino.

O suspeito é do sexo masculino em 87% dos registros e, igualmente, de idade adulta, entre 25 e 40 anos, para 62% dos casos. A vítima é adolescente, entre 12 e 17 anos,

201 GOV. ESTUPRO DE VULNERÁVEL — MEIOS PROBATÓRIOS PARA CONDENAÇÃO EM AMBIENTE INTRAFAMILIAR. **Ministério divulga dados de Violência sexual contra crianças e** —. 2020 Disponíveis em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>. Acesso em 27/04/2022

do sexo feminino em 46% das denúncias recebidas. (Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos²⁰². 2020).

2.2 Sinais de abusos sexuais

Os abusos sexuais contra criança e adolescente são de difícil identificação. Visto que ocorrem em ambiente familiar. Em locais que deveriam ser de proteção. O abuso sexual, muitas vezes, ocorre por parte de alguém que a criança conhece, convive, confia e ama.

O abuso sexual, muitas vezes, ocorre por parte de alguém que a criança conhece, convive, confia e ama. Na maior parte dos casos, ele é membro da família e dispõe de certo poder sobre a vítima, como pai, padrasto, irmãos, primos, tios ou avós. (BRASIL, FUNDO PARA CRIANÇA²⁰³).

Por conta do medo ou vergonha as vítimas não denunciam os abusos sexuais. O abusador utiliza do silêncio da vítima para continuar a prática de atos sexuais.

Geralmente o abusador convence a criança de que ela será desacreditada se revelar algo ou que é igualmente responsável pelo abuso e será punida. É possível também que a criança se sinta protegida por seu abusador e acredite que estaria cometendo uma traição se falasse sobre o contato sexual entre ambos a outra pessoa. (POTTER, LUCIANE, 2019, p. 108)

Os sinais que as vítimas apresentam são:

A) Mudança de comportamento, alteração de humor, agressividade, medo, pânico e vergonha;

B) Proximidade do abusador, por ter medo que a vítima relate os abusos, desinteresse pela escola, causando dificuldade de concentração e aprendizagem.

202 GOV. BR. Governo Federal. **Ministério divulga dados de Violência sexual contra crianças e adolescente**. 2020 Disponíveis em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>— SP

203 BRASIL, ESTUPRO DE VULNERÁVEL — MEIOS PROBATÓRIOS PARA CONDENAÇÃO EM AMBIENTE INTRAFAMILIAR. **O Brasil ocupa o 2º lugar no ranking de exploração sexual de crianças e adolescentes**. Disponível em: <https://www.childfundbrasil.org.br/blog/brasil-ocupa-segundo-lugar-em-ranking-de-exploracao-infantil/>.

Comportamentos infantis.

C) Silêncio predominante o abusador se utiliza se chantagens emocionais causando medo à vítima, por medo não relata os abusos que vem sofrendo temporalmente. Comportamento sexual toque em partes íntimas, brincadeiras sexuais. Problemas de saúde, dor de cabeça, vômito, imunidade baixa e outros.

2.3 Perfil do abusador

O perfil do abusador são pessoas aparentemente normais. Agradável na sociedade, pessoas honestas, exemplos em seu ambiente de trabalho, moralmente aceitas.

A atuação do abusador geralmente é de forma silenciosa. Podendo ser agressivo ou se utilizar de ameaças à vítima. Quando descoberta os atos sexuais, sempre irá negar, ou colocar a culpa na vítima. "A vítima infantil é forçada fisicamente ou coagida verbalmente a participar da relação, sem ter necessidade, a capacidade emocional ou cognitiva para consentir ou julgar" (POTTER, LUCIANA, 2019, p. 105).

O abuso sexual pode acontecer de ambos os sexos, porém, mas comum com meninas, o indivíduo se utiliza de relacionamento com a vítima com um dever de cuidado. Proíbe o menor de ter amizades com outros homens por medo de perder ou que a mesma conte para alguém. Utiliza-se da autoridade de superior para manipular a vítima. Faz a criança acreditar que o relacionamento sexual é uma forma de carinho.

3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável se encontra elencado no título VI, dos crimes contra a dignidade sexual, no capítulo II, dos crimes sexuais, contra vulnerável Lei nº 12.015/2009.

São considerados vulneráveis aqueles que não têm capacidade de entender ou se defender dos abusos sofridos. Está ligada a ideia de pessoas que não tem condições psicológicas para atos sexuais. "Trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir." (NUCCI DE SOUZA GUILHERME, 2008, p. 829²⁰⁴).

Para o Estatuto da Criança e Adolescente é considerada criança pessoa até 12 anos incompletos, e adolescentes entre 18 anos e. "Art. 2.º Considera-se criança, para os efeitos

204 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 829.

desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompleto, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. (BRASIL. 1990)²⁰⁵

Segundo o entendimento STJ (Superior Tribunal de Justiça), ter relações com menor de 14 anos, mesmo com consentimento, não desclassifica o estupro de vulnerável.

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (SÚMULA 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017)

No crime de estupro de vulnerável o indivíduo realiza atos sexuais por meio de conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos. Ter relações sexuais com menor de 14 anos é considerado crime segundo o “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena — reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”. (BRASIL.2009²⁰⁶).

Cleber Masson conceitua o crime de vulnerável:

O crime de vulnerável é crime mais grave, justificando-se a maior reprovabilidade na covardia do agente, na fragilidade da vítima e na amplitude dos efeitos negativos causados à pessoa de pouca idade, portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou sem possibilidade de resistir ao ato sexual. (MASSON, CLEBER, 2020, p. 64).

O delito de abuso sexual contra vulnerável é mais grave que o estupro (Artigo 213 Código Penal). Por envolver vítima em grau de desenvolvimento incompleto. Trata-se de crime comum podendo ser praticado por ambos os sexos, tanto por homem, mulher ou até mesmo transexuais.

3.1 Direito e garantia da vítima de estupro de vulnerável.

205 Lei nº 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

206 Código Penal. Lei nº 12.015/2009. Capítulo II. Dos crimes contra vulnerável. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

O Estado tem o dever de proteger o menor com absoluta prioridade. A sociedade é adultocêntrica que somente os interesses adultos são importantes não dando a prioridade que a criança merece.

Constituição federal:

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, 2010)

O estupro de vulnerável é o mais difícil de aceitar e lidar. Pelo qual se trata de crianças vulneráveis mentalmente e fisicamente. Estando em fases de desenvolvimento, não conseguindo compreender os abusos que são expostos. A consequência que um abuso pode causar depende de vítima para vítima, cada um atua de uma forma. "São seres extremamente vulneráveis, tendo em vista a idade em que se inicia o abuso, duração, continuidade e grau de violência" (POTTER, LUCIANE, 2019, p.57).

Os abusos sexuais que o menor é exposto dentro de sua residência são desumanos. Um lugar que deveria ser de proteção, descanso, causa danos incuráveis. Praticado ao longo de sua infância e adolescência, sem diferença de raça, cor, ou condição social.

4.PROVAS UTILIZADAS PARA CONDENAÇÃO

A prova no processo é o meio utilizado pelo magistrado para verificar se houve de fato crime ou não.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 2008²⁰⁷).

207 Código de Processo Penal. Título VII, Da Prova, capítulo I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

O meio de provas necessário para se iniciar uma investigação criminal de abuso sexual contra criança e adolescente se encontra no código de processo penal, com Estatuto da Criança e Adolescente, e a Lei nº 13.431/2017 sistema de garantia de direito da criança e da adolescente vítima ou testemunha de violência.

As provas em espécies que são utilizadas são: exame de corpo de delito que busca hematomas, lesões internas, sangue, etc.

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva:

II — Violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência (BRASIL, 2019²⁰⁸).

Toda a coleta do exame de corpo de delito será feita por perito judicial mediante autorização judicial. Como dispõe. “Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”. (BRASIL, 2008²⁰⁹).

Quando não é possível realizar o exame de corpo de delito se utiliza testemunho como prova. “Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.” (BRASIL, 2008²¹⁰).

No caso de abusos sexuais é utilizado o depoimento especial. Que serão realizados em locais seguros. O menor não será exposto ou terá contato visual com o abusador. As autoridades competentes farão sempre que possível uma única vez o depoimento, que servirá como prova antecipada.

208 Código de Processo Penal. Título VII, Da Prova, capítulo II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

209 Código de Processo Penal. Título VII, Da Prova, capítulo II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

210 Código de Processo Penal. Título VII, Da Prova, capítulo II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

O depoimento especial será colhido da seguinte forma, segundo a Lei nº 13.431/2017.

Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

I — Os profissionais especializados esclareceram a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

II — é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III — no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV — Findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V — O profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI — O depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

§ 1.º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.

§ 2.º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha.

§ 3.º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.

§ 4.º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima, ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo.

§ 5.º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha.

§ 6.º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça. (BRASIL, 2017).

As autoridades devem seguir o rito da lei, para coleta do depoimento especial, como a própria Lei nº 13.431/2017 estabelece.

5. PALAVRA DA VÍTIMA

A palavra da vítima é utilizada para a condenação. Já que em muitos casos o crime não deixa testemunhas.

Quando o exame de corpo de delito não é possível ser realizado, por não haver vestígios, se utiliza da palavra da vítima. Assim é o entendimento do STJ (Superior Tribunal de Justiça), em relação à condenação utilizando somente a palavra da vítima e o laudo pericial.

[...] Observo que, em crimes dessa natureza, cometidos, de modo geral, na clandestinidade, **as palavras da vítima assumem especial importância no contexto probatório. E, uma vez que as declarações sejam prestadas sem sinais de vacilação, de forma lógica e coerente** com as demais evidências coligidas nos autos, merecem total crédito do julgador, salientando-se que, no caso em tela, não há qualquer sinal de que a vítima tenha sido influenciada para prestar seus relatos. Por outro lado, **a avaliação psicológica apontou a espontaneidade e coerência de sua narrativa e concluiu pela presença de sinais indicativos de violência sexual. Verifico, assim, que as palavras da vítima em audiência e na delegacia são coerentes e harmônicas e foram corroboradas pelo laudo psicológico, de modo que não resta dúvida alguma de que**

o apelante cometeu os abusos sexuais. No mesmo sentido, ademais, é a Súmula nº 593 do C. Superior Tribunal de Justiça: **'O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente'.** Pontuo que o entendimento jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que: **"Nos crimes sexuais, a palavra da vítima possui especial relevo, tendo em vista, sobretudo o modus operandi empregado na prática desses delitos, cometidos, via de regra, às escondidas."** (AgRg no HC 614.446/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 17/02/2021.) **"[N] os delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos"** (AgRg no AREsp 1.646.070/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020.).

(STJ - HC: 600887 SP 2020/0187252-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Publicação: DJ 13/08/2021).

Atualmente este é o entendimento que os tribunais estão adotando, se utilizando da palavra da vítima para condenação. São coletadas de forma objetiva, sempre com clareza e coerência.

O testemunho da vítima é essencial para a condenação. Somente ela pode relatar os fatos ocorridos, antes de declarar em juízo passe, por uma avaliação psicológica que ajudará a relatar os abusos sexuais.

A palavra da vítima é utilizada quando não se tem dúvidas que de fato aconteça crime, em muitos casos não é suficiente para condenação, quando estão incoerentes com a verdade de fato.

CONCLUSÃO

O presente trabalho concluiu que nos crimes de abusos sexuais, as principais vítimas são crianças, e acontecem na maior parte em ambiente familiar, na clandestinidade, sem que haja testemunhas.

O perfil do abusador são indivíduos comuns, que vivem em meio à sociedade como homens e mulheres honestos, sem deixar suspeita dos crimes que cometem.

Em muitos casos a única prova é a palavra da vítima, os outros meios probatórios não são utilizados por não haver vestígios. A palavra da vítima é colhida de forma objetiva, colocando sempre a vítima em segurança, que narre os fatos de forma coerente, para que não haja nenhuma injustiça.

Este estudo trouxe uma breve análise sobre o crime de estupro de vulnerável, e os meios probatórios, e principalmente como a palavra da vítima é fundamental desde que coerente com os fatos para uma condenação.

Por fim, o trabalho com vítimas de abusos sexuais intrafamiliar, precisam de maior atenção, e informações acerca de como se prevenir, palestras relacionadas ao tema em escolas, ambientes públicos, principalmente em regiões carentes, onde o acesso é precário.

REFERÊNCIAS

BBC NEWS BRASIL. **Como identificar possíveis sinais de abuso sexual em criança?** Renata Mendonça. São Paulo de 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/salasocial-39696399>. Acesso em: 29/04/2022

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal- Parte Especial**. Vol.4. São Paulo: Saraiva 2004.

BRASIL. Código Penal **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14/09/2021

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14/09/2012

BRASIL. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Lei nº 13.413 de 4 de abril de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 14/09/2012

BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 14/09/2021

CUNHA, Maria. Abuso sexual contra criança e adolescente- Abordagem de casos concretos em uma perspectiva multidisciplinar e interinstitucional. **Cartilha Maiô Laranja 2021**. pdp. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/ptbr/assuntos/noticias/2021/maio/CartilhaMaiouLaranja2021.pdf>. Acesso em: 14/09/2021

FELCZAC, Claudia. **Abuso sexual infantil: como identificar, prevenir e combater**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2021-05/abuso-sexual-infantil-como-identificar-prevenir-e-combater>. Acesso em: 14/09/2021

Jus Brasil. Jurisprudência. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=palavra+da+vitimas+nos+crimes+de+estupro+de+vuner%C3%A1vel>. Acesso em: 09/11/2021

Jus Brasil. Jurisprudência: **Superior Tribunal de Justiça STJ. Habeas Corpus 600887 SP 2020/0187252-0 Decisão Monocrática**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1263057680/habeas-corpus-hc-600887-sp-2020-0187252-0/decisao-monocratica-1263057690>. Acesso em: 09/11/2021

Jus Brasil. **Súmula n. 593 do STJ**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/sumulas/1289711196/sumula-n-593-do-stj>. Acesso em: 18/05/2022

MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Geral (arts. 213 a 359-h)**. Rio de Janeiro: Método, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral, Parte Especial**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Acesso em: 01/05/2022

O perfil psicológico do Abusador Sexual de criança. Autora Ana Maria Brayner Iencarelli. Disponível em: <http://www.profala.com/artpsico27.htm#:~:text=O%20abusador%20%C3%A9%20uma%20pessoa,familiares%20pode%20ser%20considerado%20%22um>. Acesso em: 01/05/2022

OLIBERAL.COM. Aqui é jornalismo. Confira 10 maneiras de identificar possíveis sinais de abuso sexual em criança. **A violência sexual pode causar traumas que refletem no comportamento da vítima**. 2021. Disponível em: <https://www.oliberal.com/belem/veja>

[quais-sinais-e-preciso-ficar-atento-para-identificar-a-violencia-sexual-1.423484](#). Acesso em: 29/04/2022

POTTER, Luciane. **Vitimização Secundária Infanto-juvenil e Violência Sexual Intrafamiliar Por uma Política Pública de Redução de Danos**. 3. Ed. Rev. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

Secretaria de Segurança Pública. **Dados estatísticos de Estado de São Paulo, região de São José do Rio Preto/ Fernandópolis** Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Pesquisa.aspx>. Acesso em: 11/11/2021.

A PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A EFETIVAÇÃO DA LGPD NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO

GIZELLE GOMES CARVALHO:
Graduanda do Curso de Direito do
Centro universitário Santo Agostinho
- UNIFSA.²¹¹

SONILENE MENDES CORDEIRO²¹²

(coautora_

GISELA CARVALHO DE FREITAS²¹³

RODRIGO ARAÚJO SARAIVA²¹⁴

(orientadores)

RESUMO: A lei 13.709/2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), é uma norma em processo de construção há algum tempo no Brasil. Surgiu para dar mais transparência e participação às pessoas no tratamento de seus dados pessoais. Visa a proteção das informações buscando a salvaguarda da intimidade e da privacidade, garantida a todo cidadão pela Constituição Federal de 1988. Frisa-se que, a LGPD buscou parâmetros na lei europeia de proteção de dados (GDPR) para a definição de dados, determinando assim, rigorosamente aspectos em relação à responsabilidade das empresas no tratamento de dados pessoais. O presente artigo se baseia no método de abordagem dedutiva, utilizando-se de pesquisa bibliográfica que teve como base a pesquisa de livros, artigos científicos, doutrinas e legislação comparada. Concluiu-se que a lei estabelece diretrizes jurídicas, para haver uma conformidade técnica, sendo esse um ponto essencial para que as instituições de ensino possam compreender o que significa cada elemento apresentado de forma ampla, como direito fundamental.

Palavras-chave: Instituições de Ensino; LGPD; GDPR; Direito Fundamental.

²¹¹ *E-mail:* gicarvalhoo@hotmail.com.

²¹² Acadêmica do Curso de Direito do Centro universitário Santo Agostinho - UNIFSA *E-mail:* sonilenemendes@gmail.com.

²¹³ Professora Mestra, orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* giselafreitas@unifsa.com.br.

²¹⁴ Professor Mestre, orientador do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* rodrigoaviaras@hotmail.com.

ABSTRACT: The Law, 13.709/2018, named the General Data Protection Law, is a standard rule in the building process time in Brazil. The LGPD emerged to give more transparency and participation to people in the treatment of their personal data. It aims for data protection and seeks to safeguard the intimacy and privacy guaranteed to every citizen by the Federal Constitution of 1988. It relevant to point that the LGPD sought parameters in the European Data Protection Law (GDPR) for the definition of data, thus determining rigorous aspects in relation to the responsibility of the companies in the treatment of personal data. This article is based on the deductive approach method, using bibliographic research and will be a base for the research of books, scientific articles, doctrines, and comparative legislation. In short, the work concluded that the law establishes legal guidelines, to have technical compliance, which is an essential point for educational institutions to understand what each element presented broadly as a fundamental right means.

Keywords: Educational Institutions; LGPD; GDPR; Fundamental Right

Sumário: 1. Introdução – 2. A análise constitucional da proteção de dados como direito fundamental. 3. Fontes formais gerais referentes à proteção de dados no Brasil; 3.1 Código de defesa do consumidor; 3.2 Lei Carolina Dieckmann; 3.3 Marco civil da internet. 4. Lei geral de proteção de dados – LGPD; 4.1 Principais diferenças entre a LGPD e GDPR. 5. LGPD nas Instituições de Ensino; 5.1 As Instituições de Ensino possuem obrigação no cumprimento da LGPD; 5.2 Medidas a serem observadas na implementação da LGPD nas Instituições de Ensino. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

É cediço observar que o mundo contemporâneo apresenta demandas que inquietam a população, devido à massificação da cultura cibernética, que vem alargando consideravelmente, o espaço para negociações, interações e informações, na rede de computadores.

Nesse universo virtual, os dados pessoais da população são postos em evidência, visto que as informações são utilizadas de forma desmedida, sem a devida preocupação de como esses dados serão processados, tratados e descartados, o que pode causar prejuízo, insegurança e vulnerabilidade dos internautas em relação a crimes cibernéticos e ataque de hackers.

Diante do exposto, o foco discursivo da pesquisa norteou-se pelas inquietações referentes à necessidade da proteção de dados pessoais, como direito fundamental, e sua

efetivação por parte das instituições de ensino, pois essa proteção diz respeito a um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, no art. 5º, LXXIX (BRASIL, 1988).

Com o objetivo de identificar os meios adequados para essa averiguação, buscou-se revisar a bibliografia dos Direito Constitucional e Civil, fazendo abordagem através do direito comparado, que se dedica a averiguação de semelhanças e diferenças referentes aos sistemas jurídicos brasileiro e europeu. Enfocando a efetivação da LGPD nas instituições de ensino, foram realizadas pesquisas nas principais fontes formais gerais do Direito sobre a proteção de dados no Brasil, analisando a Lei de Proteção de Dados (LGPD) e tecendo um paralelo com a *General Data Protection Regulation* (GDPR), o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Europeu.

Para tanto, foram observados os principais impactos gerados pela efetivação da Lei de Proteção de Dados (LGPD) nas instituições de Ensino, a partir da observância da legislação que vem gerando uma transformação global, levando-se em consideração as principais diretrizes para a implementação de normas, regulamentos e a conscientização das instituições de ensino, dos seus alunos, colaboradores e terceiros.

Buscou-se com isso ampliar a discussão sobre a importância de uma maior segurança com relação aos dados pessoais, no tocante a sua coleta, utilização, acesso, transferência, modificação, análise, armazenamento e eliminação, para evitar que essa coleta seja realizada de maneira equivocada, excessiva, abusiva e lesiva aos direitos dos titulares dos dados, conforme a regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados.

Esse debate se faz necessário devido à grande relevância do tema para a sociedade, visto que as informações pessoais estão sendo passadas e acessadas a todo momento e as pessoas ficam expostas e indefesas na rede de computadores o tempo todo e, desta forma, subtende-se que as instituições de ensino possuem ampla necessidade de disposição de dados pessoais. Desta maneira, as instituições de ensino precisam se adequar para que haja a realização de um tratamento de dados com muita responsabilidade e transparência, devendo ser implementada uma política efetiva de proteção de dados, conforme a legislação vigente.

Essa discussão teve como amparo metodológico a pesquisa bibliográfica, em livros consagrados sobre a temática LGPD, estudando o direito à proteção de dados como direito fundamental, artigos sobre a efetivação da LGPD nas instituições de ensino, com uma abordagem dedutiva.

O método de abordagem dedutiva direciona-se ao que é racional, tratando-se da única forma de obter conhecimento real, utilizando uma cadeia descendente de raciocínio, da análise geral para a análise especial, chegando então à conclusão.

O trabalho no primeiro momento abordou a análise constitucional referente à proteção de dados como direito fundamental, no segundo momento apresentou as fontes formais do direito, referentes à proteção de dados no Brasil, o terceiro momento explanou sobre o ponto principal da pesquisa que é a Lei de Proteção de Dados (LGPD), tecendo um paralelo com a *General Data Protection Regulation* (GDPR), lei de proteção de dados europeia, por fim, irá discorrer a respeito da LGPD nas instituições de ensino, levando-se em conta o cumprimento das obrigações impostas pela lei de proteção de dados e as medidas que devem ser observadas para a sua devida efetivação.

2 A ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O conhecimento e a informação caracterizam de forma predominante todas as formas de desenvolvimento humano, agregando valores econômicos, sociais, culturais e políticos, entre outros. Diante deste contexto, é coerente afirmar que os dados pessoais estabelecem um importante aspecto relacionado à privacidade e à personalidade dos indivíduos.

O fluxo de informações vem aumentando dia após dia, acompanhando o novo contexto da sociedade contemporânea, resultado de diversas mudanças ocorridas durante séculos, no tocante à aceleração do progresso científico e tecnológico, como aponta Doneda (2011, p. 92): “O que hoje a destaca de seu significado histórico é uma maior desenvoltura na sua manipulação, desde a coleta e tratamento até a comunicação da informação”.

A coleta de dados pessoais, por sua vez, vem sendo realizada com muita frequência, por meio da utilização abundante de serviços e bens oferecidos na internet, desta forma, as pessoas têm seus comportamentos e hábitos monitorados constantemente, através da rede de computadores, de modo que, esses dados uma vez capturados na rede, poderão ser fornecidos por alguém a qualquer comprador interessado.

De acordo com Finkelstein e Finkelstein (2019, p. 284): “é notório que desde o advento da *internet*, a coleta de dados invadiu sobremaneira a privacidade das pessoas”. No mesmo sentido assevera Bezerra e Waltz:

“...o fluxo e o armazenamento de comunicações e informações pessoais na rede abrem brechas à vigilância estatal indevida, uso impróprio de dados de clientes por empresas, ataque de hackers a data centers e a dispositivos pessoais, vazamento de informações

sigilosas por pessoas mal-intencionadas a fim de denegrir a imagem de terceiros, entre outros (BEZERRA; WALTZ, 2014. p. 162)“.

Dessa maneira, o comprador dos dados pessoais expostos na rede se arma pelo conhecimento adquirido, entra na competição pela atenção do consumidor, oferecendo um fluxo constante de conteúdos que serão construídos e vistos, podendo assim, colocar em risco sua privacidade pessoal. Pois conforme explícito Novakoski e Naspolini (2020, p. 159) “o risco de lesão a direitos no tráfego de dados pessoais é uma realidade, como evidenciam as corriqueiras notícias de vazamento de informações pessoais sensíveis” informações pessoais sensíveis estão relacionadas à origem étnica ou racial, política, religiosa, saúde e vida sexual, entre outros.

Nesse cenário, cabe ressaltar que existem muitos riscos em razão do aumento do uso de dados pessoais de forma incorreta por terceiros, visto que ameaçam dois direitos fundamentais: o direito à privacidade e o direito à personalidade.

Riscos que envolvem a violação à privacidade e à personalidade dos cidadãos na sociedade da informação crescem exponencialmente, como a possibilidade de uso indevido dos dados pessoais, cadastro e classificação dos indivíduos, propagandas de marketing invasivas, publicidade comportamental, vigilância estatal, utilização indevida da Big Data, coleta de dados através da Internet das coisas, entre outros. (FINKELSTEIN; FINKELSTEIN, 2019, p. 285).

Visando garantir a proteção relacionada à intimidade e à vida privada, a Constituição Federal de 1988 aborda a temática em seu artigo 5º, X, tutelando também sobre o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas em seu inciso XII, *in verbis*:

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:

(...)

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

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

Pode-se afirmar que, há tempos, já havia uma preocupação por parte do legislador a respeito do tema. A redação do artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal evidenciou a relevância da matéria relacionada ao direito à intimidade, sendo que a mesma temática também é abordada pelo Código Civil, intitulada, direitos da personalidade. A matéria está diretamente relacionada à proteção da vida, honra, liberdade, privacidade e intimidade, desse modo, conclui-se então que, há uma conexão exponencial ao princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III da Carta Magna, que alude a salvaguarda das demandas necessárias à vida digna do cidadão.

No decorrer da história da humanidade, as pessoas foram adquirindo uma consciência de que as normas, necessariamente são regras que uma sociedade precisa seguir, e que elas determinam o que deve ou não ser praticado em determinada circunstância, para que assim, possam ser assegurados os direitos e garantias da população, dentre essas normas destaca-se os Direitos Humanos, um conjunto de diretrizes que dispõe sobre justiça, igualdade e liberdade, nesse sentido, é importante demonstrar a evolução de tais garantias:

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. 12), a 9ª Conferência Internacional Americana de 1948 (art. 5º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (art. 8º), a Convenção Panamericana dos Direitos do Homem de 1959, a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, de 1967, além de outros documentos internacionais. Vale ressaltar que a matéria é objeto tanto da Constituição Federal de 1988 quanto do Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 11 ao 21), o que provocou o seu tratamento mais aprofundado e amplo pela doutrina nacional. Ainda, a Constituição Federal de 1988, à semelhança do texto constitucional de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 1/1969, atribui às figuras da intimidade e da vida privada tipificação diversa. (HIRATA, 2017, p. 3).

O Princípio da Dignidade da pessoa humana é tido como um pilar em um Estado Democrático, servindo de base para garantia de direitos de todos os países regidos pela democracia no mundo. Ademais esse princípio está contido na Constituição Federal, o que viabiliza a garantia e a concretização de direitos com justiça e equidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta esteira, em 10 de fevereiro de 2022, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 115 que introduz no rol dos direitos e garantias fundamentais assegurados pelo artigo 5º da Carta Magna, o inciso LXXIX, consolidando o direito à proteção de dados pessoais.

Essa emenda tem origem na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/2019, que além de assegurar a proteção dos dados pessoais e digitais, assentou a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. A PEC 115/2022 trouxe também alterações para o artigo 21 da CF/88, acrescentando o inciso XXVI, que fixa a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

Assim, com o intuito de promoção à dignidade da pessoa humana e à proteção do cidadão diante do poder estatal, foram criados os direitos fundamentais. Seguramente um marco importante contido na Constituição Federal de 1988, tendo como características básicas a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, efetividade, universalidade e complementaridade dos direitos assegurados.

Por oportuno, vale destacar que, no artigo 5º da CF, existem setenta e nove incisos dispendo sobre os direitos e as garantias fundamentais dos brasileiros. Tais direitos não podem ser violados em nenhum momento, exceto, em casos excepcionais de estado de sítio e guerra declarada, desta maneira, fora essas situações, esses direitos não podem ser desrespeitados.

Desse modo, nota-se que, atualmente existe uma atenção intensificada em relação à vulnerabilidade do cidadão mediante o tratamento de dados no Brasil, e que devido à importância e relevância da matéria, foi constituída norma como regra materialmente constitucional, alçando a categoria de direito fundamental.

3 FONTES FORMAIS GERAIS REFERENTES À PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

Preferencialmente cabe ressaltar que fontes formais do direito são tidas como fontes primárias do direito e são o meio pelo qual este se manifesta. Pode-se dividir as fontes formais do direito em fontes formais imediatas, as quais se referem às normas legais, pois possuem fatos que por si só, são fatos geradores do direito como, por exemplo, as normas legais, já as fontes formais mediatas se relacionam diretamente com os costumes, a jurisprudência, doutrinas e os princípios gerais do direito.

Por oportuno, destaca-se que as fontes do direito são muito importantes, pois além de serem utilizadas para a normatização do direito, também são utilizadas para se fazer a análise da norma, quando esta é aplicada pelo intérprete ao caso concreto, há a possibilidade de uso mediante análise em que haja formação de lacunas em um determinado processo que precisam ser supridas. As fontes do direito então servirão de embasamento, gerando garantias de que haverá a devida aplicação do direito, ainda que a lei seja omissa, evitando assim, a suspensão do respaldo jurídico.

Como exemplo das principais fontes formais imediatas, acerca das normas introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro para a garantia de proteção aos dados pessoais, criadas anteriormente à Lei de Proteção de Dados (LGPD) tem-se o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei Carolina Dieckmann e o Marco Civil da Internet.

3.1 Código de Defesa do Consumidor

Com a criação da lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, acentuou-se a busca pela defesa dos consumidores, levando-se em consideração a sua vulnerabilidade mediante à tamanha desigualdade na relação de consumo, no intuito de proteger a parte mais frágil da relação consumerista, visando um equilíbrio contratual entre as partes.

Nas relações consumeristas as partes têm o dever de agir conforme os valores que prezam pela ética e pela moral, na formação e execução de contratos consumeristas, obedecendo assim, ao princípio da boa-fé objetiva, basilar no direito do consumidor, através do qual é imputada a ideia de que haja cooperação, respeito e fidelidade entre os contratos convencionados entre as partes.

E, como preleciona Monteiro “O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, ou CDC), é uma regulação setorial que se aplica às relações de consumo, sejam elas online ou off-line, e estabelece a transparência e a boa-fé como princípios que orientam essas relações” (MONTEIRO, 2018, p. 7).

No tocante às informações dos consumidores, foi criada no CDC uma seção específica, para tratar a respeito de cadastros e banco de dados das pessoas, e, com efeito as empresas ficam obrigadas a se submeter aos dispositivos do art. 43, §1º ao §6º, *in verbis*:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o **caput** deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015). (BRASIL, 1990).

Assim, a lei tem como intuito defender o direito de acesso dos clientes aos seus dados pessoais, contidos pelas empresas, podendo o consumidor, em caso de informação incorreta, solicitar a sua correção. Entretanto, virá a constituir uma infração penal o impedimento ou a dificuldade de acesso aos dados dos consumidores, ocasionados pelas empresas, como também a falta de acesso na correção dos dados, caracterizando crime com pena de detenção de seis meses a um ano e multa, conforme o disposto nos artigos 72 e 73 do Código de Defesa do Consumidor.

3.2 Lei Carolina Dieckmann

A lei 12.737/12, que leva o nome da atriz Carolina Dieckmann, foi sancionada pela então presidenta Dilma Rousseff em 30 de novembro de 2012, criada para a tipificação de crimes que até então não existiam em nosso ordenamento jurídico, como os chamados delitos ou crimes informáticos. A atriz Carolina Dieckmann teve os arquivos do seu

computador pessoal copiados, numa ação delituosa em que foram extraídas trinta e seis fotos e várias conversas íntimas, de forma que essas informações foram posteriormente lançadas na rede cibernética, causando-lhe ao tempo do ocorrido, grande constrangimento.

A lei supracitada, ocasionou alteração no Código Penal brasileiro, acrescentando os artigos 154-A/CP, que trata sobre invasão em dispositivo informático alheio, podendo estar conectado ou não à rede de computadores para a obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações, sem a devida autorização do usuário, podendo este também fazer instalações de vulnerabilidades para a obtenção de vantagem ilícita. A pena de reclusão será de um a quatro anos de prisão e multa.

Destarte, o artigo 154-B/CP, especifica que este crime dependerá de representação para sua procedência, salvo se cometido contra a administração pública direta ou indireta.

3.3 Marco Civil da Internet

A Lei 12.965/14, intitulada de Marco Civil da Internet é reconhecida como a primeira lei responsável pela regulação do uso da internet no Brasil, assim, “O PLC 21/2014, aprovado em 22 de abril de 2014, foi redigido para dar maior peso à questão da privacidade e foi uma das prioridades do governo brasileiro no ano de 2013” (BEZERRA; WALTZ, 2014, p. 161).

O Marco Civil da Internet, rege diretrizes direcionadas a usuários e fornecedores de serviços cibernéticos, abordando também diversos conceitos como a liberdade de expressão e a neutralidade de rede, visto que na época não se fazia necessária a descrição de serviços cibernéticos quanto à origem ou conteúdo, mediante a circulação de pacotes de dados.

Apontam ainda Bezerra e Waltz que, “Entre os principais eixos temáticos tratados pelo texto, e adotados pelo Marco Civil da Internet, estão a privacidade, a neutralidade e a inimizabilidade da rede (BEZERRA; WALTZ, 2014, p. 161)”. Vale ressaltar no tocante a esses princípios, que se buscava a garantia de direitos como a democratização de forma livre perante condutas abusivas de governos brasileiros ou estrangeiros e empresas que prestavam serviços dessa natureza.

Nessa esteira, a norma fixa instruções de uso de tecnologias em geral no território nacional, englobando a União, Estados, Distrito Federal e Municípios definindo as garantias, e os direitos de cada cidadão mediante à grande evolução tecnológica existente.

Sobre a temática colocada, dispõe o art. 3º do Marco Civil da Internet, a respeito dos princípios e garantias:

Art. 3º - A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - Garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - Proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - Preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - Preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - Responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 2014).

Levando-se em consideração esses aspectos, pode-se afirmar que o Marco Civil da Internet tem finalidade de restringir o uso da Internet, assegurando direitos básicos referentes à privacidade, garantias e definindo obrigações relacionadas à rede mundial de computadores, para promover a proteção dos dados pessoais dos usuários da internet.

4 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LGPD

O dispositivo nº 13.709, denominado Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), foi publicado no dia 14 de agosto de 2018, entrando parcialmente em vigor em 18 de setembro de 2020, isso porque as sanções da lei, que podem configurar desde advertência, multa, bloqueio e eliminação de dados até a suspensão do funcionamento do banco de dados, entre outras, entraram em vigor somente a partir do dia 01 de agosto de 2021, com

intuito de que as empresas tivessem um prazo maior para fazer a adequação sobre os meios de coleta, armazenamento e compartilhamento das informações das pessoas.

A lei geral de proteção de dados entrou em vigor recentemente, por isso a maioria dos brasileiros ainda não conhece a legislação. Deste modo, se faz importante e necessária a conscientização no que diz respeito à cultura organizacional, para o cumprimento da lei.

A LGPD chegou aumentando a transparência de como as organizações devem proceder no processamento dos dados pessoais. Neste sentido, esclarece Finkelstein e Finkelstein:

Os dados pessoais seriam “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”, ou seja, podem englobar materiais como nome, endereço, endereço eletrônico, idade, estado civil de indivíduos e diversas outras possibilidades de informações. (FINKELSTEIN; FINKELSTEIN, 2019, p. 296).

O grande benefício da LGPD é agregar mais segurança jurídica às instituições de ensino, empresas e aos indivíduos em todos os aspectos relacionados à informação privada. Inspirada e promovida pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), este regulamento integra conceitos e diretrizes que vêm sendo debatidos no continente desde 1995.

De acordo com a LGPD, são definidos como agentes ou atores no tratamento de dados: o titular, pessoa natural a portadora dos dados; os agentes de tratamento que são o controlador, pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, que possui decisão sobre o tratamento de dados e o operador dos dados, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que fará o controle dos dados em nome do controlador; o encarregado que é a pessoa indicada tanto pelo controlador com pelo operador e atuará como canal de comunicação entre os titulares e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que atuará na implementação e fiscalização do cumprimento da lei.

A lei geral sobre a proteção de dados, possui um escopo mais amplo, exigindo para sua aplicação, conhecimentos multidisciplinares na parte técnica, em relação tanto a governança dos dados como a segurança da informação, como também na parte jurídica, apoiando-se em incidentes, através de documentos e com isso busca definir prioridades, visando proteger dados pessoais, incluindo aqueles que estão em mídia física e digital, desde que seu tratamento seja realizado sempre em determinadas situações a partir de um banco de dados físico. Assim:

Esse modelo está amparado em três características centrais: i) amplo conceito de dado pessoal; ii) necessidade de que qualquer tratamento de dados tenha uma base legal; e iii) legítimo interesse como hipótese autorizativa e necessidade de realização de um teste de balanceamento de interesses (MENDES; DONEDA, 2018, p. 22).

A lei define o conceito de LGPD, a saber: o que são dados pessoais; o que são dados pessoais sensíveis; o que é uma base de dados; quem é o titular dos dados; quem pode ser o controlador responsável pela tomada de decisões sobre os dados; quem é o alterador ou pessoa de controle representativo; a pessoa responsável pela implementação da decisão; a pessoa responsável por monitorar a conformidade da proteção de dados; quais atividades são consideradas legais no processamento e uso de dados.

Ainda sobre os dados, por taxativa previsão da LGPD em seu artigo 4º, as disposições da Lei não se aplicam ao tratamento de dados pessoais nas seguintes situações:

I - Realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II - Realizado para fins exclusivamente jornalísticos, artístico e acadêmico (aplicando-se a esta última hipótese os arts. 7º e 11 da LGPD);

III - Realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais, ou;

IV - Provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na LGPD (BRASIL, 2018).

A lei também especifica o que é consentimento e quais são as obrigações legais acerca da revogação. Além disso, explica como a organização deve lidar com cada tipo de dado. Em outras palavras, a LGPD exige que as organizações invistam e reservem uma parte do orçamento para implementar tecnologias, métodos e revisar procedimentos de processamento de dados, ao mesmo tempo, faz com que as empresas possam tratar as informações pessoais como sendo um direito do cidadão, em vez de apenas cumprir a lei.

4.1 Principais diferenças entre a LGPD e GDPR

A lei de proteção de dados europeia (GDPR), implementada em 2018, serviu de modelo para a LGPD, por ser uma lei que trata com muita responsabilidade de temas relacionados à segurança da informação de maneira segura, completa e que determina regras consistentes em ambientes virtuais.

A *General Data Protection Regulation* (GDPR) objetiva a salvaguarda dos dados pessoais de todos os indivíduos da União Europeia, como também o fortalecimento e proteção da área econômica. A conexão da LGPD com a GDPR é muito importante, a medida em que contribui para que o Brasil possa ter uma lei com objetivo de garantir a proteção de dados pessoais, de forma transparente trazendo princípios, direitos e obrigações que também favorecem o desenvolvimento da economia brasileira.

A GDPR tem cerca de 25 anos de apoio legislativo, por essa razão, aborda cuidadosamente a questão da proteção e segurança dos dados pessoais de forma mais incisiva, diferentemente do ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação aos dados pessoais, ambas as leis concordam que estes se referem a toda e qualquer informação pertinente a uma pessoa identificada ou identificável, porém a lei brasileira torna-se mais específica com relação ao tratamento e processamento de dados pessoais, possuindo cerca de 10 casos contidos no artigo 7º/LGPD, onde aborda questões como consentimento do titular, cumprimento de obrigações legal ou regulatória, tratamento e uso compartilhado de dados pela administração pública, entre outros.

O artigo 7º da LGPD, aborda também que podem ser realizadas análises de dados por órgãos e agências de pesquisas, os dados também podem ser utilizados para o exercício regular de direitos em processos judiciais, administrativos ou arbitrais e a salvaguarda de crédito e da saúde. No entanto, a lei europeia dispõe sobre a temática em seu artigo 6º com apenas seis possibilidades a serem abordadas que são: interesse público, legítimo e vital; consentimento do titular e execução de contrato ou conciliação.

Os “dados sensíveis” por sua vez, estão definidos pela LGPD no art. 11º, devendo ser processados pelas empresas somente através de estrito consentimento do titular ou proprietário das informações, de forma detalhada, destacando a finalidade específica, de modo que em seu artigo 9º a GDPR torna-se mais incisiva e abrangente que a lei brasileira, estabelecendo termos como: dados genéticos, de saúde e biométricos.

Outra diferença a ser destacada é a relação de vínculo entre operador e controlador, pois a lei europeia exige a formalização através de contrato ou ato jurídico válido, dispondo

das matérias contidas no contrato; esse vínculo não é exigido na LGPD, o operador deve apenas ser instruído pelo controlador a respeito do tratamento dos dados a ser realizado.

É direito dos proprietários das informações o controle dos seus próprios dados, podendo solicitar portabilidade, correção e até exclusão a qualquer momento, estas determinações estão dispostas em ambas as leis.

No quesito sanções há de se observar que a lei brasileira em seu artigo 52º, multa em dois por cento na receita da empresa equivalente ao ano anterior, sendo esta multa limitada a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões), o valor da multa na GDPR fica limitada a EUR 20 milhões ou até quatro por cento levando-se em conta o volume de negócios da empresa no ano anterior.

Tanto a LGPD quanto a GDPR discorrem sobre a transparência, que faz com que as instituições busquem constantemente adotar mecanismos de controles internos para garantir a segurança dos dados depositados dentro da instituição, isso conseqüentemente possui controles mais adequados, oportunizando principalmente um planejamento mais elaborado acerca do tratamento de dados.

5 A LGPD NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO

Com o desenvolvimento tecnológico, o acervo de informações contidas em papel, tornou-se cada vez menos utilizado, intensificando-se durante a pandemia por COVID 19, assim, muitas atividades sofreram alterações em sua rotina diária, uma das áreas mais atingida foi a da educação, causando a exploração de uma série de novas tecnologias e formas didáticas de ensino, gerando assim novos dados, com conexão e imagens de webcam e a utilização de vários aplicativos, conforme apontado:

É de notória percepção que, programas e aplicativos como Zoom, Cloud, Meeting e Google Meet tornaram-se as principais ferramentas no ensino remoto, consecutivamente ganhando espaço o WhatsApp, Hangouts, Skype, Telegram, Quiz e Google Forms, para a aplicação de questionários, de forma que promova a contribuição às atividades propostas pelos professores (NETO; QUINTINO; CORREA, 2021, p. 2).

Cabe salientar que, muitas instituições de ensino, acharam-se despreparadas diante de um momento tão sério de calamidade pública, e precisaram implantar um ensino remoto emergencial, fazendo toda uma adequação referente aos métodos de ensino para os alunos.

Em escolas da rede pública de ensino, onde existiam alunos carentes, alguns estados e cidades precisaram investir em políticas públicas, buscando oferecer condições a esses

alunos e professores, para que fosse possível a adesão às aulas on-line, como entrega de aparelhos celulares e chips com plano mensal de internet para que pudessem assistir às aulas remotas.

Diante de tamanhas transformações, necessárias nas instituições de ensino, a insegurança digital ficou evidenciada, colocando em perigo a privacidade de professores, alunos e até familiares, pois muitas escolas encontravam-se desprotegidas e diante disso sofreram terríveis ataques de hackers durante as aulas remotas, ficando evidente a necessidade da efetivação de uma segurança digital, trazida pela lei de proteção de dados (LGPD).

A LGPD por meio de uma gestão de governança de dados, é uma lei que veio para proteger os dados pessoais, o que sugere que seus preceitos básicos devem ser cumpridos pelas instituições de ensino, sendo necessário para isso possuir transparência no tratamento.

Os dados pessoais têm um ciclo de vida na instituição educacional, a partir da coleta, é importante prestar atenção às informações que estão sendo fornecidas pelo titular, com relação ao tipo de dado coletado, qual a finalidade da coleta e o sistema de uso e compartilhamento utilizados, de modo que, as informações sobre esta coleta, podem aparecer por meio de políticas de privacidade, termos de contrato, formulários de registro ou qualquer aviso em plataformas educacionais ou sites, sendo que seu uso indevido pode acarretar em responsabilidades jurídicas para a instituição de ensino.

É essencial que as instituições de ensino, respeitem os princípios enunciados no artigo 6º da LGPD, no tocante ao princípio da necessidade, segundo o qual somente poderão ser coletados dados que forem essenciais para o contrato de ensino, os dados excessivos e desnecessários devem ser excluídos dos antigos modelos de contrato. De acordo com as diretrizes concernentes a LGPD, as Instituições de Ensino, como controladores que são, irão apenas processar os dados se esse processamento for baseado em uma das bases jurídicas listadas pela LGPD.

As instituições de ensino têm algumas particularidades, um dos pontos é que elas frequentemente tratam dados de crianças e adolescentes, conforme aponta Garcia:

A lei exige o consentimento do responsável legal, papel geralmente exercido pelos pais, quando se trata de dados de menores de 18 anos. considerando tal público e seu interesse em jogos, a lei endereça um parágrafo para deixar restrita a captura de dados nestes casos, assim como solicita que se trabalhem elementos além dos

meramente textuais com intuito de oferecer melhor experiência e entendimento das crianças e adolescente ao fornecer seus dados (GARCIA, 2020, p. 20).

O consentimento dos pais para o armazenamento de dados de crianças e adolescentes é indispensável conforme a LGPD, levando-se em conta que as instituições de ensino também tratam dados pessoais de natureza diversa, de modo que é comum a tratativa de informações referentes a dados médicos de seus alunos. Assim, torna-se essencial que as instituições atuem com mais rigor na criação de controles de segurança para assegurar que não haja violação ou vazamento desses dados.

4.1 As Instituições de Ensino possuem obrigação no cumprimento da LGPD?

As instituições de ensino estão obrigadas ao cumprimento da LGPD, pois a lei trata de um direito fundamental do cidadão, disposto na Constituição Federal em seu artigo 5, inciso LXXIX, dessa maneira todas as instituições, independentemente da dimensão ou área de atuação, devem se adequar jurídica, metodológica e tecnologicamente, submetendo-se aos regramentos da lei de proteção de dados.

Com a intensificação na mudança de metodologia relacionada aos meios de aprendizagem das instituições de ensino, que ocorreram nos últimos dois anos, as instituições tiveram que prezar ainda mais pelas diretrizes da LGPD, para garantir uma maior proteção e transparência no manuseio de dados pessoais de alunos e professores, atentando para perigos como invasões cibernéticas de hackers, como também ameaças e assédios virtuais, para que haja a devida garantia da dignidade da pessoa humana.

O CIEB, Centro de Inovação para a Educação Brasileira descreve: "A mudança para o ensino à distância, em resposta ao fechamento de escolas devido à pandemia da COVID-19, impulsionou ainda mais as discussões sobre a privacidade e a segurança dos dados de estudantes e professores" (CIEB, 2020, p. 7).

A começar pelo preenchimento da ficha de admissão e/ou matrícula até todo o desenrolar da vida acadêmica dos alunos, às instituições de ensino diariamente trabalham com dados pessoais disponibilizados em diversos documentos, como contratos docentes, registros acadêmicos, editais, atestados médicos, contracheques, laudos profissionais como psicólogos, fotos, e assim por diante.

O processo dos dados pessoais vai além da coleta, com efeito, o artigo 5º, X/ LGPD define o processamento de tratamento de dados pessoais, *in verbis*:

X - Tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação,

utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (BRASIL, 2018).

Instituições de ensino como escolas, secretarias municipais e estaduais de educação, entre outras, por serem controladoras desses dados e responsáveis pelo seu tratamento, por consequência têm obrigação legal de tratá-los seguindo as regras e os princípios estabelecidos pela LGPD (CIEB, 2020, p. 31). A Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), é o órgão da administração pública responsável pela supervisão, implementação e monitoramento do cumprimento da LGPD.

Por meio da LGPD, as instituições de ensino devem fazer o mapeamento dos dados, para direcionar e alinhar seus preceitos de acordo com as bases legais da LGPD, para tanto, necessário se faz a revisão dos dados já coletados de alunos matriculados ou que possam vir a se matricular na instituição em questão.

Assim, cada IE deverá possuir em seu quadro de funcionários um profissional encarregado pelo tratamento de dados pessoais coletados, com a função de DPO – *data protection office*, esse profissional vai atuar como canal entre a instituição de ensino, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), para garantir a segurança das informações especialmente aos dados relacionados a crianças e adolescentes.

5.2 Medidas a serem observadas na implementação da LGPD nas Instituições de Ensino

Inicialmente faz-se necessário a realização de análise de diagnóstico de riscos e conformidades dos dados pessoais de todas as pessoas envolvidas, alunos, pais e funcionários, por meio de uma investigação, para determinar onde estão armazenados os dados pessoais que a IE já possui, que podem estar na forma física ou digital. A esse respeito preleciona-se Garcia:

Essa necessidade de cuidado demanda, de toda a Organização, o cumprimento de boas práticas, estruturadas e mantidas por uma governança que se preocupa com normas de segurança, padrões técnicos, obrigações gerais e específicas e de todos os envolvidos, ações educativas, mecanismos de supervisão e fiscalização internos, assim como mapeamento e ações de mitigação de riscos (GARCIA, 2020, p. 23).

Deve também ser feita uma averiguação da finalidade desses dados, para que estão sendo coletados e como deverão ser armazenados de acordo com o tipo, que podem ser dados pessoais e sensíveis, devendo assim, detectar se há falhas de segurança e se essas informações podem ser facilmente acessadas, violadas ou divulgadas.

A instituição de ensino, depois de realizar a verificação das informações contidas em seu sistema, fica legalmente obrigada a classificar os dados armazenados, fazendo a regulação do acesso, bem como a forma de tratamento a ser realizado, de acordo com as regras e os princípios estabelecidos pela LGPD, sob pena de assumir a sua responsabilidade civil perante a justiça e com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), independentemente de os dados possuírem fins publicitários.

Neste sentido, acrescenta Garcia “No caso de descumprimento da lei, cabe indenização e multa, sendo que o Operador e Controlador são solidários entre si, ou seja, é possível cobrar de um, de outro ou de ambos” (GARCIA, 2020, p. 22). Ademais, torna-se indispensável a revisão de contratos já existentes e o desenvolvimento de políticas de privacidade, com a obtenção do consentimento do titular dos dados ou de seu responsável legal.

Em seguida, as instituições de ensino devem priorizar as atividades a serem realizadas para a efetivação da LGPD, na forma como regem os dados, colocando o projeto em prática, a começar pela criação de uma equipe responsável pelas ações, que deverá ser composta por consultores de diversos departamentos e empresas especializadas, pois a LGPD é uma normatização híbrida, que resulta no cruzamento de dados e por isso exige conhecimentos multidisciplinares e bastante técnicos, relacionados a administração dos dados e a salvaguarda da informação.

A regra nesse processo de tratamento de dados deve ser a transparência na comunicação, assim, os colaboradores envolvidos no processo de tratamento de dados devem estar cientes a respeito de qualquer modificação no procedimento, para uma maior participação, na prestação de informações para os responsáveis que precisam ser informados a respeito das mudanças que acontecerão, pois se faz necessário a informação da finalidade dos dados da forma mais clara possível.

Destaca-se que a IE deve fazer o monitoramento do processamento de dados, sendo responsável por fazer manutenções do plano de ações, buscando garantir que a instituição esteja zelando pela segurança dos dados e que todas as diretrizes estão sendo seguidas.

Por fim, vale ressaltar que é de extrema importância o desenvolvimento por parte das instituições de ensino as políticas de privacidade, termo de confidencialidade, cookies,

relatórios de impacto, para atender as determinações legais e com isso se resguardar de possíveis processos judiciais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como apontado pelo estudo, o fato de as IE serem portadoras de informações essenciais insurge em responsabilidade civil e obrigações legais, sendo exigido para isso investimento orçamentário e implementação de tecnologias que previnam práticas delituosas como violação de dados, assédio virtuais, invasão de hackers, atividades suspeitas e quaisquer outras semelhantes.

Portanto, evidencia-se de acordo com os princípios enunciados no artigo 6º da LGPD, a obrigatoriedade das Instituições Educacionais em relação à segurança dos dados pessoais armazenados, no papel não apenas de cumpridora da lei, mas de responsável pela garantia de preservação de um direito constitucional do cidadão, a privacidade de seus dados.

Vale ressaltar que o fato de a Lei Geral de Proteção de Dados ter entrado em vigor recentemente, incide no desconhecimento de sua legislação, pela maioria dos brasileiros, o que favorece a vulnerabilidade digital do cidadão ao mesmo tempo que amplia a importância de se divulgar os direitos garantidos por esta norma.

Pela recente disposição da LGPD e suas obrigações, bem como sua relevância para a matéria, faz-se interessante sugerir futuros estudos sobre os dispositivos de inspeção para o cumprimento dessas obrigações, pela IE, e as medidas coercitivas para possíveis violações dentro desta esfera institucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 de nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Lei Carolina Dieckmann, Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 11 de nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lei Marco Civil da Internet, Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 12 de nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: (LGPD). Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

BEZERRA, Arthur C; WALTZ, Igor. Privacidade, Neutralidade e Inimputabilidade da Internet no Brasil: avanços e deficiências no Projeto do Marco Civil. **Revista Eptic Online**. Sergipe, v.16, n.2, p. 161-175, abr. 2014.

CENTRO DE INOVAÇÃO PARA A EDUCAÇÃO BRASILEIRA. Manual de Proteção de Dados para Gestores e Gestoras Públicas Educacionais. São Paulo: CIEB, 2020.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia; FINKELSTEIN, Claudio. Privacidade e lei geral de proteção de dados pessoais. **Revista de Direito Brasileira**, v. 23, n. 9, p. 284-301, 2019.

GARCIA, Lara Rocha et al. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): guia de implantação**. Editora Blucher, 2020.

HIRATA, Alessandro. **Direito à privacidade**. Enciclopédia jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): Direito Administrativo e Constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 10 abr. 2022.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, 2018.

MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil. **Artigo estratégico**, v. 39, p. 1-14, 2018.

NETO, Jose Nogueira Antunes; DE SOUZA QUINTINO, Amaro Sebastião; CORRÊA, Jackeline Barcelos. A invasão de hackers na gestão educacional: um estudo sobre a preservação de dados no ensino remoto à luz da segurança digital. In: **Anais do Encontro Virtual de Documentação em Software Livre e Congresso Internacional de Linguagem e Tecnologia Online**. 2021.

NOVAKOSKI, André Luís Mota, NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Responsabilidade civil na LGPD: problemas e soluções. **Conpedi Law Review. Evento virtual**, v. 6, n. 1, p. 158–174, jan–dez,2020.

OS CONCEITOS DE DANO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A AUTONOMIA DO DANO EXISTENCIAL

JULIANA GÓES ROCHA: Pós-graduada em Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Graduada em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA).

RESUMO: Este artigo tem como tema os conceitos de dano e o dano existencial como categoria autônoma de dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro. O estudo foi realizado como forma de ensejar a discussão sobre o dano existencial, ainda pouco trabalhado no Brasil, de modo a contribuir na definição de seu conceito e critérios utilizados para a sua identificação, possibilitando sua aplicação aos casos concretos em que for visualizado e permitindo uma compensação adequada às vítimas dessas violações. O método dedutivo foi utilizado no trabalho, tendo sido realizada pesquisa bibliográfica sobre o tema em foco. Ao final, observou-se que a escassez de estudos sobre o dano existencial no país pode gerar decisões conflitantes, obscuras e por vezes contraditórias, dificultando e até mesmo impossibilitando a compensação dos lesados.

Palavras-chave: dano existencial; danos morais; danos extrapatrimoniais; compensação.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 OS CONCEITOS DE DANO NA DOUTRINA BRASILEIRA E A AUTONOMIA DO DANO EXISTENCIAL. 2.1 DANO PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL. 2.2 DANO EXISTENCIAL. 2.2.1 Dano existencial à vida de relações. 2.2.2 Dano existencial ao projeto de vida. 2.3 DANO MORAL STRICTO SENSU E O DANO EXISTENCIAL. 2.4 DANO BIOLÓGICO E DANO EXISTENCIAL. 3 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

O dano é importante elemento da responsabilidade civil. Qual é seu conceito, quando se configura, quais devem ser indenizados e quem deve suportá-los são apenas alguns dos questionamentos que o envolvem. Na busca pela resposta de tais perguntas, é importante fazer breve explanação sobre a doutrina e jurisprudência italianas, muito relevantes nos estudos sobre o tema, especialmente no que tange ao dano extrapatrimonial.

Na Itália, o sistema de responsabilidade civil em relação aos danos extrapatrimoniais é fechado ou típico. Desse modo, apenas as indenizações expressamente previstas em lei podem ser concedidas, o que na prática significava que essas violações só

eram reparadas quando a conduta equivalia a um crime. Em evolução jurisprudencial, reconheceu-se que a saúde é direito fundamental, e assim sendo, qualquer dano injusto que o violasse deveria ser compensado, independentemente de ilícito penal.

Em decorrência disso, os danos biológicos, assim considerados os que atingem a esfera física ou psíquica da pessoa, ferindo seu direito à saúde (SOARES, 2009, p. 42), estavam sendo utilizados indiscriminadamente para obtenção de compensações por violações a interesses extrapatrimoniais, ainda que pouca ou nenhuma relação tivessem com a saúde da vítima. Isso fez com que o conceito fosse banalizado e, em face da necessidade de identificação de outros tipos de danos extrapatrimoniais passíveis de compensação que não se enquadrariam como biológicos, desenvolveu-se o conceito de danos existenciais.

No ano de 2000, a Corte de Cassação italiana os reconheceu expressamente, e desde então, diversos casos sobre o tema foram julgados, fazendo com que o assunto fosse amplamente discutido na Itália. No Brasil, a discussão ainda é escassa: encontram-se alguns artigos científicos e monografias sobre o tema, e, entre os tribunais, a Justiça do Trabalho é a que mais amplamente vem reconhecendo sua existência.

Nesse contexto, é essencial a delimitação do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro, já que o instituto muitas vezes é confundido com o dano moral. Trata-se de relevante debate, já que a escassez de estudos ocasiona sentenças e acórdãos conflitantes, prejudicando as vítimas, que acabam não recebendo a compensação devida por danos extrapatrimoniais que lhes foram infligidos, simplesmente por não se enquadrarem na conceituação de danos morais em sentido estrito.

Justifica-se a escolha do tema na sua importância na atualidade, já que está começando a ser discutido no Brasil, sendo a literatura sobre o assunto ainda escassa. Apesar disso, não é possível negar a sua relevância, em razão das consequências práticas referidas, causadas por essa escassez, potencializando as dificuldades dos julgadores em indenizar adequadamente as vítimas de danos existenciais.

2 OS CONCEITOS DE DANO NA DOUTRINA BRASILEIRA E A AUTONOMIA DO DANO EXISTENCIAL

O dano, ainda considerado elemento essencial da responsabilidade civil, tem sido alvo de intensas discussões ao longo dos anos. O que é dano? Quando se configura? Quais danos são passíveis de indenização? Quem deve suportá-los? Esses são apenas alguns dos questionamentos que envolvem a figura.

Em relação ao primeiro deles, há não muito tempo, considerava-se o dano como violação a um direito subjetivo da vítima. Essa conceituação era inclusive utilizada para a caracterização de danos morais, o que tornava o reconhecimento desses prejuízos muito restrito (MORAES, 2003, p. 118).

O dano também foi considerado como a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha e com o que ficou após o evento lesivo, conforme a teoria da diferença (MORAES, 2003, p. 143). Essa teoria, entretanto, não é adequada no que tange aos danos extrapatrimoniais, tendo em vista que não é possível valorá-los economicamente, sendo muitas vezes impossível indenizá-los, mas tão somente compensá-los.

Outro conceito adotado para o dano é o de lesão a um bem jurídico. É um conceito naturalístico, que segundo Farias, Braga Netto e Rosenvald (2015, p. 230) ainda se restringe a prejuízos patrimoniais, por permitir a reparação de danos certos e tangíveis. Para eles, o conceito de dano mais adequado é aquele que se fundamenta em dois elementos, quais sejam, o prejuízo e a lesão jurídica, pois para que a vítima receba a indenização, deve demonstrar que era titular de um interesse jurídico tutelado, o qual foi prejudicado por um fato violador.

Ao defender essa ideia, tentam afastar o entendimento de que o dano é uma violação a um direito subjetivo da vítima, pois qualquer interesse jurídico poderia ser protegido. Esse interesse jurídico é explicado pelos autores como tudo que “historicamente determinada comunidade considera digno de tutela jurídica” (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 232), de forma que o ordenamento jurídico pátrio, por possuir cláusula geral de tutela, permite a reparação de quaisquer tipos de danos, mesmo que não haja violação de direitos subjetivos do ofendido.

Independentemente da conceituação adotada, os danos são tradicionalmente classificados em patrimoniais e extrapatrimoniais. Essa distinção tem como base as consequências de um fato lesivo, porquanto tanto a ofensa a um bem patrimonial quanto a um imaterial pode concomitantemente gerar prejuízos materiais e morais *lato sensu*. Por conseguinte, imperiosa a sua apresentação.

2.1 DANO PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL

Dentre as classificações existentes, uma das mais utilizadas atualmente pela doutrina é a de danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Para os autores que defendem que danos são violações a interesses jurídicos, os patrimoniais são aqueles os quais violam interesse econômico tutelado pelo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a teoria da diferença é considerada insuficiente, visto que o dano atinge o patrimônio em sua acepção jurídica, e pela teoria criticada, ele seria equivalente à

consequência relativa a um bem específico (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 243-244). Desse modo, pode-se dizer que a indenização não equivale necessariamente ao valor do bem diretamente atacado, e sim a tudo que se torna necessário fazer para preservar o interesse jurídico atingido ao ser lesionado o patrimônio da vítima, ou seja, para garantir a manutenção das utilidades que o bem proporcionava ao prejudicado.

Segundo a doutrina, danos patrimoniais podem ser emergentes ou lucros cessantes. Os primeiros são imediatos e, regra geral, mais fáceis de serem mensurados; os segundos, por outro lado, nem sempre são de simples aferição, pois representam o ganho que o lesado normalmente teria se o fato danoso não alterasse o curso normal dos eventos.

A perda de uma chance, por sua vez, possui classificação muito discutida. Enquanto uns, como Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 73-74), entendem que a sua ocorrência pode gerar tanto danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais, outros, como Farias, Braga Netto e Rosenvald (2015, p. 262), afirmam que se trata de um dano patrimonial, porque seria uma violação a um interesse econômico, sendo eventual dano moral constatado dela decorrente. Para eles, trata-se especificamente de um dano emergente, tendo em vista que a chance, efetivamente perdida, fazia parte do patrimônio imaterial da vítima, observando-se, portanto, um prejuízo imediato (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 263-264).

Esse tipo específico de dano ocorre quando há aniquilação de uma oportunidade que poderia ou não gerar algum benefício ou evitar um prejuízo. Nessas hipóteses, apesar da incerteza quanto à concretização do resultado, a vítima é privada da própria chance de ver tais objetivos se consolidarem (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 73-74). Desse modo, o interesse violado é a própria chance e não o resultado desejado, motivo pelo qual a expectativa deve ser razoável e concretizável para que o violador seja obrigado a indenizar o lesionado.

Por outro lado, danos extrapatrimoniais não têm um conceito pacificado na doutrina. Enquanto alguns sustentam que são violações à dignidade da pessoa humana, como Moraes (2003, p. 188-189), outros afirmam que são originados de atentados aos direitos de personalidade (DALLEGRAVE NETO, 2017, p. 158) ou fundamentais (MOLINA, 2016, p. 152). Sob outra perspectiva, Farias, Braga Netto e Rosenvald entendem que a conceituação de dano moral como violação à dignidade humana ou a direitos da personalidade é incompleta, devendo ser identificado como uma "lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela" (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 295-296).

Outrossim, apresentam o entendimento de que no ordenamento jurídico brasileiro não há razão para diferenciação entre dano extrapatrimonial e dano moral, já que o Brasil possui um sistema aberto com cláusulas gerais de dano (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 300-301). Segundo esse posicionamento, essa distinção só é necessária em sistemas fechados de reparação, como é o caso da Itália. Acabam criticando, por conseguinte, o surgimento de novos tipos de danos, como o existencial, por entenderem que todos se enquadram como dano moral.

Ao encontro desse posicionamento, Pamplona Filho e Andrade Júnior (2014, p. 50) afirmam que a criação de novos tipos de danos é equivalente a um fracionamento da dignidade da pessoa humana, o que seria um erro, pois esse valor é unitário, apresentando diferentes aspectos que não afastam sua unicidade. Portanto, para os autores mencionados, ao invés de o surgimento desses tipos de dano aumentar a tutela da pessoa humana, impede o ressarcimento de danos que não estejam adjetivados, ainda que a adjetivação careça de técnica e precisão.

Em sentido contrário, há quem defenda que o dano extrapatrimonial equivale ao dano moral *lato sensu*, pois é gênero que abarca todos os prejuízos que não possuem consequência patrimonial direta, como é o caso de Tuma (2016, p. 92). Já o dano moral em sentido estrito, nesse cenário, é o que viola direitos da personalidade, independentemente da ocorrência ou demonstração de dor ou sofrimento.

Partindo do entendimento de que os danos extrapatrimoniais englobam todas as lesões que não podem ser aferidas economicamente, inclusive os danos morais *stricto sensu*, é possível afirmar que prejuízos que não se enquadram nesse último conceito são passíveis de indenização, desde que mercedores de tutela jurídica.

Em face disso, o estudo de outras espécies de danos extrapatrimoniais é de extrema relevância, pois facilita a identificação deles em casos concretos, ressaltando-se o fato de que o reconhecimento da existência de outros danos específicos não impede a indenização de prejuízo que neles não se enquadre, caso seja verificada real violação a qualquer interesse jurídico merecedor de tutela.

Nesse contexto, o dano existencial tem sido reconhecido por parte da doutrina como espécie de dano extrapatrimonial, autônomo em relação a outros tipos específicos, como os danos morais em sentido estrito e o biológico. Portanto, importante a apresentação de suas características e a gravidade das consequências que gera àqueles que o vivenciam, de forma a averiguar se o reconhecimento de sua autonomia seria benéfico às vítimas.

2.2 DANO EXISTENCIAL

O dano existencial é uma espécie de dano extrapatrimonial cuja autonomia ainda é debatida no Brasil. Por um lado, há quem defenda que o ordenamento jurídico brasileiro, por ter cláusula aberta de danos, é binário, sendo possível apenas a classificação de danos em patrimoniais e morais. Diversamente, entende-se que os danos extrapatrimoniais são gênero, podendo ser identificadas espécies, como os morais em sentido estrito, biológicos e existenciais.

O reconhecimento ou não da autonomia do dano gera consequências práticas, uma vez que influencia na possibilidade de cumulação de tipos distintos de danos extrapatrimoniais, assim como no caminho a ser percorrido para a obtenção do valor adequado à compensação do prejuízo.

Segundo Flaviana Rampazzo Soares, o dano existencial é

(...) a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina (SOARES, 2009, p. 44).

Por conseguinte, o principal interesse protegido é a liberdade; na ocorrência de um dano existencial, o indivíduo é obrigado a se resignar com determinado modo de vida imposto pelo fato lesivo, o qual influencia diretamente em seu cotidiano, especialmente em suas relações interpessoais, mas que pode afetar também seus planos de vida, cuja frustração deve ser indenizada, se razoável e passível de concretização.

Nesse sentido, Santana (2017, p. 124) defende que "seria considerado um dano existencial a privação dos meios para se alcançar o próprio bem, a partir de uma limitação da liberdade do agente". Complementa a ideia, afirmando que "o dano não estaria na lesão, mas sim na redução de capacidade de satisfação das necessidades do titular desses mesmos interesses e bens" (SANTANA, 2017, p. 124).

Isso porque o ser humano é altamente complexo: está sempre tentando alcançar algum objetivo, suprir uma necessidade, buscando sua autorrealização. Não se trata apenas de um animal com necessidades biológicas, visto que possui características próprias e necessidades que devem ser satisfeitas para que possa ter uma vida digna, como garantido

pela CF/88. Dentre diversas teorias que tentam explicar o ser humano, encontra-se a clássica teoria da motivação humana, apresentada pelo psicólogo Maslow.

Segundo Maslow (1943), as necessidades básicas humanas podem ser divididas hierarquicamente em cinco tipos: fisiológicas, de segurança, de amor, de estima e de autoatualização. Para ele, apenas quando um tipo de necessidade é satisfeito, ainda que não completamente, outro em nível superior pode surgir. Assim, se o indivíduo estiver dominado pela fome, as demais necessidades parecem insignificantes. Entretanto, se estiver suficientemente alimentado, passa a desejar segurança, e se se sentir seguro, visa ao amor, sempre em direção a um nível acima.

O autor deixa claro que a maioria das pessoas da sociedade não têm nenhuma dessas categorias supridas por completo, e que por vezes, alguns tipos de necessidades podem ser invertidos (como as de amor e estima, por exemplo); mas, regra geral, a satisfação de cada uma delas, em certas porcentagens, leva à necessidade de autoatualização, pela qual o homem busca sempre ser o melhor que pode no que tem potencial para ser. A esse ponto todos deveriam ser capazes de chegar, pois se trata de garantir que o indivíduo possa, um dia, alcançar sua autorrealização.

Entretanto, Maslow (1943) entende que para que essas necessidades básicas possam ser satisfeitas, há pré-requisitos que precisam ser garantidos: liberdade de falar, liberdade de expressão, liberdade de fazer o que deseja (desde que não inflija o direito de outrem), liberdade de se defender, liberdade de procurar e obter informações, dentre outros. Observa-se, assim, uma constante: a liberdade, justamente o que o dano existencial retira da vítima, ainda que parcialmente. Certamente, impedir o suprimento de necessidades básicas do indivíduo é algo que atinge a própria dignidade da pessoa humana.

Sessarego (2017, p. 66) afirma que a liberdade é o que torna o ser humano distinto, singular, ou seja, é a característica humana que faz do homem possuidor de dignidade. Ela é una, mas para o autor, possui momentos teoricamente distintos, os quais são representados pela liberdade ontológica e pela fenomênica.

A primeira é aquela que se passa no interior da pessoa, absoluta, só perdida com a morte, e que torna o ser humano o que ele é, sendo basicamente a capacidade de tomar decisões. Já a segunda é observada no mundo exterior, por meio de atos ou condutas realizadas pela pessoa para a exteriorização de sua liberdade ontológica. Esses comportamentos determinados pela vontade, a qual seria um meio para a conversão da liberdade em ato, é que permitem a realização do projeto de vida de cada um.

Dito isso, Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 67), especificando a ocorrência do dano existencial no âmbito trabalhista, explicam que esse tipo de dano prejudica a

liberdade de escolha do empregado, impedindo-o de conviver em sociedade, praticar atividades de lazer e descanso, assim como a realização de planos de vida de qualquer natureza, violando o seu direito de dispor livremente de seu tempo.

Mais uma vez é perceptível que o conceito envolve as relações pessoais e os planos de vida do afetado, razão pela qual Frota (2013, p. 63-65) afirma que o dano existencial é subdividido nesses dois eixos, cada um possuindo características próprias. Para Soares (2009, p. 45), enquanto a alteração do cotidiano da vítima, incluindo a afetação da vida de relações, apresenta certeza da ocorrência do prejuízo, a frustração do projeto de vida possui aspecto potencial. Por essa razão, necessário apresentar cada um desses elementos, os quais podem ser ocasionados conjunta ou isoladamente por um fato lesivo.

2.2.1 Dano existencial à vida de relações

A vida de relações representa a convivência dos seres humanos uns com os outros, seja com sua família, seus amigos, seus colegas de trabalho; seja em casa, em praças, igrejas, clubes esportivos; trata-se de relações interpessoais, as quais permitem o compartilhamento de emoções, pensamentos e atividades. Nesse sentido, Frota (2013, p. 65) afirma que essa vivência permite o amplo desenvolvimento do ser humano de forma saudável, participando da construção de sua história vivencial.

Moraes (2003, p. 109-112), apresentando a solidariedade social como um dos substratos da dignidade da pessoa humana, afirma que o art. 1º, inciso III, da CF/88 estabeleceu a primazia das situações existenciais em face das de cunho meramente patrimonial. O princípio da solidariedade, visto pela autora como essencial para o alcance de uma sociedade mais igualitária, deve permear a atividade legislativa e a aplicação do direito, de modo que a solidariedade fática, decorrente da imprescindibilidade da coexistência humana, possa ser aplicada como valor, o qual deriva da consciência racional dos interesses em comum.

Por isso, ao definir a solidariedade como “conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados” (MORAES, 2003, p. 114), informa que esse princípio é fundamento das violações que atingem grupos, como a família, em suas mais diversas consequências (MORAES, 2003, p. 116). Desse modo, um ataque à vida de relações viola a solidariedade, e sendo este substrato da dignidade da pessoa humana, a própria dignidade do indivíduo e daqueles com ele envolvidos.

Ressalta-se que o dano à vida de relações afeta não somente os vínculos afetivos e sociais do sujeito, como também a própria realização de atos cotidianos que permitem a

sua participação em eventos, tradições, reuniões, impedindo ou reduzindo as possibilidades de sua inclusão em diversas atividades comunitárias.

Segundo Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 68), o prejuízo à vida de relações no direito do trabalho é perceptível por meio da impossibilidade de o empregado participar, em razão de ofensas físicas ou psíquicas, de atividades recreativas, esportivas e de lazer, afetando seu ânimo, o que acaba prejudicando seu relacionamento social e profissional, causando alteração indireta na possibilidade de obter rendimentos.

Dessa forma, um mesmo fato lesivo pode dar causa tanto a danos patrimoniais quanto a extrapatrimoniais, tratando-se, no último caso, de dano existencial, o qual pode ou não estar acompanhado de outras espécies, como o moral e o biológico.

Ressalta-se que para Frota (2013, p. 67), não é possível que alguém tenha um projeto de vida sem a vida de relações, pois as pessoas são seres coexistentiais, de modo que as interações entre elas tornam possível a criação, alteração e readaptação de planos que fornecem sentido à existência de cada um.

Consequentemente, um ato lesivo que interfira negativamente no cotidiano da vítima, dificultando ou impossibilitando a sua participação no meio social, ou até mesmo prejudicando seus relacionamentos dentro do âmbito familiar, caracteriza-se como um dano existencial à vida de relações, impondo um “não fazer” ou um “fazer de forma diferente” ao indivíduo, quem acaba tendo que se resignar com as limitações geradas pelo dano.

Por conseguinte, a alteração negativa no cotidiano do prejudicado provavelmente traz dificuldades, ainda que não intransponíveis, ao projeto de vida, o qual pode ser ofuscado pelas adversidades diárias que a vítima é obrigada a suportar.

2.2.2 Dano existencial ao projeto de vida

No dano ao projeto de vida, segundo Frota (2013, p. 63), há ofensa à autorrealização do indivíduo, tendo em vista que ele é privado da liberdade de escolha, ficando impedido, assim, de tomar decisões ou realizar atos concretos direcionados à realização de metas, objetivos e ideias que dão sentido à sua existência. Para a autora Santana (2017, p. 83), o projeto de vida é um interesse do ser humano tutelado pelo direito, e não um direito em si, que só surgiria quando o interesse fosse ameaçado ou violado.

Para Sessarego (2017, p. 72-73), o projeto de vida é único, eleito pela pessoa como sentido de sua existência, pelo qual vale a pena viver. Esse projeto seria uma expressão da liberdade ontológica, materializado pela fenomênica, quando o indivíduo atua para concretizá-lo. O autor afirma que apesar de ser possível a coexistência de vários projetos

menores, apenas um é o projeto de vida propriamente dito. Em todo caso, todos estão interligados, ainda que indiretamente, para a concretização do principal.

Para cumpri-lo, o ser humano pode utilizar seus meios interiores, como suas capacidades pessoais, potencialidades, energia e possibilidades psicossomáticas; e exteriores, representadas por circunstâncias, coexistência com os demais, relacionamentos e opções que lhes são apresentadas.

Destaca, entretanto, que nem todos os projetos de vida são passíveis de concretização, assim como os que são possíveis não podem chegar à perfeição, tendo em vista que tanto os instrumentos interiores quanto os exteriores são limitados. Portanto, para que a pessoa tenha uma vida autêntica, deve ser capaz de fazer todo o possível para se aproximar do perfeito, ainda que jamais venha a alcançá-lo.

Sessarego (2017, p. 74) apresenta também as formas como o projeto de vida pode ser afetado, as quais divide em três: a primeira seria a completa frustração, a mais grave, que gera um vazio existencial na pessoa que perde o sentido de sua existência e a vontade de viver; a segunda, intermediária, é nomeada de menosprezo, ocorrendo quando o projeto não é impossibilitado, entretanto, as condições de vida alteradas pelo dano aumentam a dificuldade de sua realização; e por fim, a terceira é observada quando há um atraso na concretização do projeto, podendo ser conjugada ou não com o menosprezo.

Como se observa, a ocorrência do dano existencial em relação ao projeto de vida é de extrema gravidade, podendo gerar uma série de consequências negativas à vítima, cujo viver perde o sentido. Destarte, via de regra, está associado a outros tipos de danos extrapatrimoniais, como o moral em sentido estrito e o psíquico.

Não se trata, assim, de aspecto que possa ser ignorado pelo julgador na busca de um valor adequado à reparação. Essa espécie de dano tem seus critérios e características bem delimitados, de sorte que não basta aumentar o montante de uma indenização por dano extrapatrimonial; é necessária a quantificação do dano específico, sob pena de tornar a compensação (que não traz uma restituição integral) ainda menor do que deveria ser, já que sequer é possível efetivamente indenizar essa lesão que, muitas vezes, afeta de modo irremediável a existência da vítima.

Importante, por isso, diferenciar o dano existencial de outros tipos específicos de danos extrapatrimoniais, especialmente do moral *stricto sensu* e do biológico, os quais podem decorrer concomitantemente de um só fato lesivo sem que se confundam, apesar de se enquadrarem em uma mesma classificação doutrinária.

2.3 DANO MORAL *STRICTO SENSU* E O DANO EXISTENCIAL

A conceituação do dano moral é uma das mais discutidas no âmbito da responsabilidade civil. Até hoje, não há entendimento pacificado sobre o assunto. Na jurisprudência brasileira, há decisões que apresentam o dano como suas consequências, tais como a dor, a humilhação, o vexame, o sofrimento. Entretanto, Gonçalves (2015, p. 388) e Dallegrave Netto (2017, p. 154), dentre outros doutrinadores, entendem que o dano moral decorre da violação dos direitos da personalidade, configurando-se ainda que dela não decorram suas consequências típicas.

Já Moraes (2003, p. 132-133) defende que os danos morais não se restringem a violações a direitos subjetivos, conceituando-os como aqueles que atingem a dignidade da pessoa humana, na medida em que ofendem aspectos personalíssimos do indivíduo, os quais configurariam a própria dignidade.

Todavia, existem autores que entendem que não há qualquer distinção entre danos extrapatrimoniais e danos morais. Para eles, sequer há de se falar em danos morais *lato sensu* e *stricto sensu*, como é o caso de Farias, Braga Netto e Rosenvald (2015, p. 296), os quais sustentam que qualquer lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela se enquadraria como dano moral.

Observa-se, assim, que a indefinição sobre o que é o dano moral é patente. Parte da doutrina busca tornar o conceito o mais aberto possível, enquanto outra, ao contrário, tenta delimitar ao máximo a conceituação, de forma a evitar a sua aplicação irrestrita e casuística, desvinculada de parâmetros jurídicos coerentes.

Nesse contexto, verifica-se que o dano existencial, apesar de pouco discutido no Brasil, possui uma delimitação mais clara, facilitando sua identificação. A diferença entre essa espécie e a de dano moral *stricto sensu* apresentada por cada autor depende basicamente de qual conceito adota para o segundo.

Por um lado, a autora Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 98-99) define o dano moral como anímico, dado que afeta negativamente o ânimo da pessoa, ou seja, atinge transitoriamente a esfera interna do indivíduo. Por isso, a diferença entre ele e o dano existencial é de que o primeiro se refere ao interior, enquanto o segundo viola o cotidiano e aspectos relacionais da vítima.

Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 72), de modo semelhante, afirmam que o dano moral é aquele que atinge a personalidade ou esfera subjetiva da pessoa, afetando valores personalíssimos inerentes à qualidade da pessoa humana. Para eles, a sua reparação visa compensar o “desapreço psíquico”. Já o existencial, que independe de prejuízo econômico, não diz respeito à esfera íntima do ofendido, é decorrente de uma

frustração ou de projeção que impedem a realização pessoal da vítima, deteriorando sua qualidade de vida e modificando negativamente sua personalidade, impondo uma reprogramação de sua vida e a obrigando a se relacionar de modo diferente no contexto social.

Nada impede, assim, que as espécies possam ser cumuladas. É possível que um único fato lesivo ocasione ambos os tipos de dano. Por outro lado, também é factível que um ou outro possa ocorrer isoladamente, ainda que, dependendo da extensão do dano existencial, o moral seja quase certo.

Em contrapartida, para quem entende que não é possível a subclassificação de dano extrapatrimonial, os chamados danos morais e existenciais são apenas dimensões da lesão imaterial, de forma que a indenização arbitrada para a compensação do prejuízo deve ser una e global (MARANHÃO, 2015, p. 317). Entretanto, diante da ausência de conceito pacífico de dano moral, deve-se ter cuidado para que os julgadores, ao adotarem um mais restrito, não acabem por deixar a vítima sem qualquer compensação, por a lesão não preencher os pressupostos utilizados pelo juiz para a concessão da indenização.

Além do dano moral *stricto sensu*, o dano existencial também pode ser diferenciado do dano biológico, o qual foi um dos primeiros tipos específicos de danos reconhecidos na Itália, onde se originaram essas espécies danosas.

2.4 DANO BIOLÓGICO E DANO EXISTENCIAL

O dano biológico, segundo Soares (2009, p. 41-42), foi de extrema importância para ampliar a proteção conferida à pessoa na Itália. Isso porque, naquele país, o sistema de indenizações por danos extrapatrimoniais era fechado, de maneira que apenas previsões expressas em lei permitiam a compensação.

Diante disso, muitos danos não eram ressarcidos. Assim, a doutrina e a jurisprudência italianas construíram entendimento, a partir da proteção que a Constituição Italiana conferia à saúde, de que todo dano injusto a esse direito fundamental deveria ser compensado.

No entanto, na tentativa de proteger a pessoa o máximo possível, o conceito acabou sendo ampliado de forma a abarcar lesões que não necessariamente ofendiam a saúde da vítima. Por isso, a sua delimitação foi necessária.

Assim, dano biológico é aquele que atinge a saúde física e/ou psíquica da pessoa, ou seja, ofende a integridade psicofísica, podendo ter consequências permanentes ou

temporárias, totais ou parciais, gerando prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais. Difere do dano existencial, já que possui em essência aspecto médico-legal que o segundo pode não apresentar (SOARES, 2009, p. 110-111).

Assim como o dano moral em sentido estrito, o dano biológico também está comumente presente nas hipóteses em que se configuram os danos existenciais. Uma alteração grave no equilíbrio psicofísico de uma pessoa certamente dificulta a realização de suas atividades diárias e até mesmo de seu plano de vida.

No entanto, também é possível que haja um dano existencial sem a ocorrência de um biológico e vice-versa, de forma que o estudo de ambos não deve ser desprezado. Quanto mais claras as consequências do fato lesivo, mais palpável é a obtenção de uma compensação minimamente adequada, razão pela qual a diferenciação entre esses danos não é prescindível, como entendem alguns autores.

3 CONCLUSÃO

Após a análise dos conceitos de dano na doutrina brasileira, conclui-se que é necessário estudo mais aprofundado sobre os diversos tipos de danos extrapatrimoniais, como os morais, estéticos, biológicos e existenciais. Estes últimos especialmente, tendo em vista que suas sequelas são nefastas para a pessoa atingida, cujas atividades diárias, cujo plano de vida e cujas relações interpessoais são dificultadas ou até mesmo impossibilitadas, o que fere direitos fundamentais como a liberdade, a autodeterminação e a dignidade da pessoa humana.

A ausência de indenização nesses casos acaba violando o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo reconhecimento na CF/88 tem como consequência a imposição da tutela do ser humano em todos os seus aspectos, não sendo admissíveis violações a seus direitos fundamentais e personalíssimos. Portanto, imperioso o estudo do dano existencial, de forma que se torne amplamente conhecido na doutrina e jurisprudência pátrias.

Desse modo, seria possível que os Tribunais tivessem critérios mais precisos para fixar as compensações por danos extrapatrimoniais, evitando-se, assim, que os prejuízos sofridos pelas vítimas sejam apenas por elas suportados, sem quaisquer consequências proporcionais aos violadores.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Poliana Vanúcia de Paula. O Direito à Desconexão do Trabalho e a Ocorrência do Dano Existencial nas Relações de Trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, ano 2016, n. 391, Julho 2016. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=241414>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial**: a tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao.../DANO%20EXISTENCIAL.doc>. Acesso em: 2 jul 2017.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O trabalho decente como direito humano e fundamental. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; FREDIANI, Yone (Orgs.). **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2015, p. 77-88.

_____. Princípios fundamentais de direito ambiental do trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney (coord.). **Direito ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2017, p. 67-79. 3 v.

_____. Responsabilidade do Empregador por Dano Moral Reflexo. **Revista Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, ano 2014, n. 370, Outubro 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=243292>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

_____. **Trabalho decente**: direito humano e fundamental. São Paulo: LTr, 2016.

BARBOSA, Magno Luiz. **Redução da duração do trabalho**: aspectos sociais, jurídicos, econômicos e possibilidades de empregabilidade sob perspectivas contemporâneas. São Paulo: LTr, 2014.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 77, n. 4, abr. 2013. p. 66-74.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 maio. 2022.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2017.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2016.

CARVALHO, Gisele Mendes de; HENRIQUES, Hamilton Belloto. O crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149, CP) e a proteção da integridade moral dos trabalhadores. In: SILVA, Leda Maria Messias da; BERNARDINELLI, Mauriana Carrilho. **Temáticas do Meio Ambiente de Trabalho Digno**. São Paulo, LTr, 2017, p. 40-51.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Sustentabilidade humana: limitação de jornada, direito à desconexão e dano existencial. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos humanos e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 170-184.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

FACCHINI NETO, Eugenio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas? **Revista de direitos e garantias fundamentais**. Vitória. n. 12, jul/dez 2012. p. 239. Disponível em: <<http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/view/408/156>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FONSECA, Maíra S. Marques da. **Redução da jornada de trabalho**: fundamentos interdisciplinares. São Paulo: LTr, 2012.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 62-78, set. 2013. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/95532>>. Acesso em: 30 maio 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 4.

GUNTHER, Luiz Eduardo. As singularidades do assédio moral e seu enquadramento como dano moral e/ou dano existencial. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 173-188.

HIGA, Flávio da Costa. Danos à integridade psicofísica do trabalhador – construção conceitual, epistemologia e especificação de prejuízos. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 131-144.

LOIOLA, Marco Aurélio de Macedo. O abuso de direito: relações civis e do trabalho conexos ao dano existencial e sobre aviso. In: GOULART, Rodrigo Fortunato; VILLATORE, Marco Antônio (Coords.). **Responsabilidade civil nas relações de trabalho**: reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2015, p. 281-290.

MARANHÃO, Ney. Breves considerações sobre a tutela extrapatrimonial na realidade jurídica italiana: danos moral, biológico e existencial. In: GOULART, Rodrigo Fortunato; VILLATORE, Marco Antônio (Coords.). **Responsabilidade civil nas relações de trabalho**: reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2015, p. 307-318.

MASLOW, Abraham Harold. **A theory of human motivation**. 1943. Disponível em: <<http://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm>>. Acesso em: 30 maio 2022.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo**: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015.

MOLINA, André Araújo. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). **Direitos humanos dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2016, p. 151-167.

_____. Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador. **Revista LTr**, São Paulo, ano 81, n. 4, abr. 2017. p. 81-93.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral e dano moral no trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2015.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. Atualidades no trabalho e o contraponto da hipertrofia de direitos: aspectos teóricos e práticos. In: OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno (Coord.). **Direito do trabalho em movimento**: novos direitos e diversificação de tutelas. São Paulo: LTr, 2017, p. 30-51. 1 v.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A torre de babel das novas adjetivações do dano. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 2950, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=119851>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. **A quantificação do dano**: acidente do trabalho e doenças ocupacionais. São Paulo, LTr, 2016.

SANTANA, A. G. **O dano existencial como categoria jurídica autônoma**: um aporte a partir de um diálogo com os direitos humanos. 2017. 206 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2017.

SANTOS, Ronaldo Lima. Danos morais nas relações de trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 189-198.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Reconocimiento y reparacion del “daño al proyecto de vida” em el umbral del siglo XXI. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 65-93.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador**: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol. São Paulo: LTr, 2013.

SOARES, Flaviana Rampazzo. A construção de uma teoria do dano existencial no direito do trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 117-129.

_____. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. **Revista AJURIS**, [S.I.], v. 39, n. 127, p. 197-227, set. 2012. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/765/459>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre. **Responsabilidade civil do empregador pelo exercício de atividade de risco**: da incidência às excludentes. São Paulo, LTr, 2016.

TUMA, Márcio Pinto Martins. **Ampliação do intervalo intrajornada**: um dano existencial. São Paulo: LTr, 2016.

WANDELLI, Leonardo Vieira. O dano existencial da pessoa-que-trabalha: um repensar à luz do direito fundamental ao trabalho e da psicodinâmica do trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 145-159.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. O direito ao lazer e o direito do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; FREDIANI, Yone (Orgs.). **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2015, p. 171-176.

REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM INVASÕES COLETIVA: DIREITO DE PROPRIEDADE CONTRA O DIREITO DE MORADIA

MILENA COSTA RODRIGUES:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho –
UNIFSA

ELZIVAN MANOEL DA ROCHA TELES²¹⁵

(coautor)

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA²¹⁶

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa científica, tem como objetivo apresentar um estudo acerca da reintegração de posse em invasões coletivas contrapondo o direito à propriedade frente o direito à moradia e identificar sob a ótica constitucional e legal a relação do conflito entre esses direitos fundamentais, visto que, a problemática da pesquisa é aferir a legitimidade, ou seja, quem terá razão, e seu direito proferido, no presente conflito; de um lado temos proprietários de terras ocupadas, que possuem direito de serem reintegrados à posse. Por outro lado, há aqueles que postulam o direito à moradia ao invadirem a propriedade privada rural, para construir suas casas, e exercer seu direito amparado constitucionalmente. Para a melhor discussão da ideia, tem-se a abordagem de institutos como função social da propriedade, ação de reintegração de posse, reforma agrária e a propriedade privada rural. Ademais foi realizada análises jurisprudenciais, com a finalidade de perceber como os tribunais vêm lidando com tais conflitos. Com relação ao levantamento de dados, o material utilizado no presente artigo, foi pesquisa bibliográfica jurisprudencial, entendimentos doutrinários e efeitos jurídicos provocados pelo litígio entre o direito à moradia e o direito à propriedade privada.

Palavras-chave: Reintegração, invasões legitimidade, direito, posse.

ABSTRACT: The present scientific research aims to present a study about the reintegration of possession in collective invasions opposing the right to property against the right to

215 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

216. Prof. Ma. *E-mail:* (fujuevaristo@yahoo.com.br)

housing and to identify from the constitutional and legal point of view the relationship of the conflict between these fundamental rights, since, the research problem is to assess the legitimacy, who will be right, and their stated right, in the present conflict; On the one hand, we have invaded land owners who have the right to be repossessed and on the other hand, those who claim the right to housing by invading rural private property, to build housing, and exercise their constitutionally supported right. For a better discussion of the idea, we have the approach of institutes as the social function of property, action of reintegration of possession, agrarian reform and rural private property. In addition, jurisprudential analyzes were carried out, in order to understand how the courts have been dealing with such conflicts. Regarding the data collection, the material used in this article was bibliographic research, jurisprudence, doctrinal understandings and legal effects caused by the dispute between the right to house and the right to private property.

Keywords: Reintegration, invasions, legitimacy, right, possession.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o intuito de analisar sob a ótica constitucional e legal o balizamento entre o direito à moradia frente ao direito de propriedade, de um lado estão pessoas, que diante da posse, defendem com eloquência seu direito à moradia, e do outro lado estão proprietários que defendem sua propriedade adquirida, conforme os ditames do código civil.

Desse modo, a delimitação do tema está em aferir os danos provocados por este conflito de direitos, bem como, a possível solução, para as partes, com relação aos postulados de reintegração de posse em invasões coletivas, e a possível reforma agrária da propriedade privada.

Portanto, a problemática da pesquisa: as invasões dos movimentos sociais a propriedade privada devem ser legitimadas e terem seu direito proferido?

No que concerne ao desenvolvimento da pesquisa, apresentara a revisão bibliográfica do meio legal, referente a usucapião rural coletiva, as ações de reintegração de posse, a reforma agrária, assim, identificando o problema das invasões coletivas na propriedade privada, com o objetivo de definir os meios processuais e demais dispositivos legais que versem sobre o conflito, e possíveis soluções.

Para a realização do presente estudo, a pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, foi a escolhida como principal metodologia para a persecução dos objetivos dispostos anteriormente.

Para pressupostos de considerações finais, a relevância no tema está em mensurar os prejuízos advindos pela invasão coletiva para o dono da propriedade, o conflito entre o direito de propriedade versus o direito de moradia, tratando também da legitimidade dos movimentos sociais em busca de seus direitos.

Objetiva-se, assim, analisar os princípios constitucionais referentes a moradia e a propriedade, tomando por base os conflitos, o período de tramite do processo de reintegração de posse, e como este tempo que se espera desde a invasão até o parecer judicial, possa estar prejudicando a posse do proprietário, vindo a causar, a possível degradação das benfeitorias localizadas na propriedade.

A pesquisa em questão ainda não está concluída, visto que, é preciso fazer mais levantamentos de dados na prática, principalmente na área onde ocorre o conflito entre proprietários de terras e os movimentos sociais.

2 A ENGLOBAÇÃO AXIOLÓGICA E DOUTRINÁRIA NA PROPRIEDADE

Antes de se abordar a função social da propriedade, conceito que foi introduzido tardiamente no ordenamento pátrio, é necessário expor algumas informações necessárias para se compreender as nuances jurídicas presentes nos primórdios da propriedade brasileira.

2.1 DA ORIGEM DA PROPRIEDADE

No Brasil Colônia, o direito de propriedade estava diretamente atrelado ao regime de sesmaria que vigorava no Brasil por conta do sistema colonial implementada pela Coroa Portuguesa e imposta aos primeiros colonizadores que vieram ao Brasil. Deste modo, o regime de sesmaria que vigorou no Brasil na época colonial era o mesmo que havia sido promulgado nas terras lusitanas a partir do ano de 1375 (Lei do Pão, ou Lei das Sesmarias). Em Portugal, este regime de propriedade tinha sido inicialmente estabelecido com a finalidade de que as terras do interior do país que se encontravam inutilizadas recebessem fazendeiros (SARAIVA, 2017, p. 3).

Além da Lei das Sesmarias de 1375, Saraiva (2017) afirma que também existem registros históricos das sesmarias inicialmente nas Ordenações Manuelinas (que vigorou

entre 1521 e 1603), e posteriormente, nas Ordenações Filipinas (que vigorou entre 1603-1867).

Todavia, existem uma série de diferenças acerca do modo como as sesmarias evoluíram em Portugal e no Brasil. Saraiva (2017) explica que em Portugal, as sesmarias foram criadas com o propósito de oferecer terras remotas e inocupadas para cidadãos que quisessem trabalhar por conta própria independente da classe social e econômica dele; no Brasil, de modo diferente, as sesmarias eram concedidas majoritariamente à escravistas e latifundiários que já possuíam algum tipo de prestígio econômico prévio, desenvolvendo as terras adquiridas em decorrência da exploração alheia. Assim, enquanto o regime sesmarial português beneficiava indivíduos sem oportunidade, o latifundiário brasileiro beneficiava apenas quem já possuía algum tipo de condição econômica prévia.

Prosseguindo no assunto, embora o direito de propriedade possa ser algo que possua majoritariamente nuances jurídicas, também é necessário entender como as sesmarias foram implementadas de maneira estratégica por parte da coroa portuguesa. Assim, não obstante a esfera jurídica, existem fatores extrajurídicos que devem ser abordados para a total compreensão deste antigo regime no Brasil.

Saraiva (2017) afirma que um dos principais problemas que a Coroa Portuguesa tinha de enfrentar no Brasil era a vastidão deste novo mundo. Por conta das dimensões geográficas do Brasil, a Coroa Portuguesa possuía a fraqueza estratégica de não conseguir controlar toda a extensão territorial. Com isso, as sesmarias se fizeram necessárias como um modo de proteger as novas terras contra a invasão de outros países e da pirataria francesa que vigorava na época.

Segundo Saraiva (2017) o regime de sesmaria recebeu seus primeiros contornos jurídicos no contexto brasileiro a partir da constituição das capitâncias hereditárias no ano de 1534. Assim, o autor afirma que o primeiro "sesmeiro" no Brasil foi o nobre e militar, Martim Afonso de Souza. As capitâncias hereditárias, além de possuírem a estratégia mencionada acima, foram fundadas com o estímulo motivacional do fato de serem "hereditárias", sendo deixadas para os futuros herdeiros do Sesmeiro. Entretanto, não obstante as vantagens e dos bônus oferecidos pela Coroa Portuguesa, é possível afirmar que o ônus foi concomitante aos benefícios concedidos.

Sá (2018) que existiam condições inerentes à obtenção dessas capitâneas. Para que os sesmeiros pudessem manter as suas terras de maneira legal, eles tinham que cumprir uma série de condições impostas pela coroa portuguesa. Essas condições estavam geralmente associadas ao cultivo contínuo das terras possuídas, o cumprimento do ônus tributário estabelecido pela Coroa Portuguesa, dentre outras condições. Em caso de descumprimento por parte do Sesmeiro, as terras concedidas retornariam ao domínio da Coroa Portuguesa para que, posteriormente, um novo Sesmeiro fosse escolhido para a manutenção da terra.

Sá (2018) afirma que, entretanto, a estratégia implementada pela Coroa Portuguesa não logrou sucesso por uma série de fatores. Dentre estes, é possível citar que na maioria dos casos, a Coroa Portuguesa possuía um alcance limitado quanto ao controle das terras oferecidas aos Sesmeiros. Com isso, diversas terras, malgrado todas as regras e condições impostas, continuaram improdutivas, causando problemas produtivos/agrícolas ao longo dos anos em que o regime das sesmarias vigorou.

Junto a isto, Sá (2018) também citou que as terras que estavam ao alcance da fiscalização da Coroa eram devolvidas na grande maioria dos casos por conta das condições adversas enfrentadas no processo de colonização. Como é cediço, a colonização do Brasil foi feita à muito custo por aventureiros que atravessavam o oceano para ir viver num local completamente remoto, esperando de sorte que, num futuro distante, estas terras pudessem servir de sustento para os seus herdeiros póstumos.

2.2 DA PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Através de uma breve análise da Constituição Federal, é possível observar que a função social da propriedade é um princípio estruturador da ordem econômica, fato este que será demonstrado ao longo do presente tópico. De maneira mais específica, Sá (2021, p. 2) afirma que o direito de propriedade está sob a égide daquilo que é conhecido como “Constituição Econômica”.

Explicando de maneira mais complexa, Sá (2021, p.2) aponta que conforme as constituições dos Estados evoluíram ao longo do século XX, não era comum que elas recebessem de maneira passiva uma estruturação econômica prévia; ao contrário disto, o ordinário era que as constituições passassem a positivizar tarefas que devem ser realizadas no domínio econômico e social para a persecução de determinadas metas, fato é que o Direito de Propriedade se circunscreve a esta concepção.

Portanto, salienta-se que estas constituições buscam, de maneira geral, “dirigir”, isto é, destacar o nexos causal existente entre a política e as esferas sociais e econômicas presentes em um determinado país. A constituição busca, deste modo, trazer à tona as atuações políticas que devem ser realizadas pelo Estado nas áreas políticas, sociais e econômicas, buscando tornar mais clara a correlação entre essas diferentes esferas. Por conta disto, Sarlet (2017, p. 38) apontam que a Constituição Federal elevou ao status de “Direito Econômico Fundamental” a função social da propriedade, já que este instituto possui uma correlação quase que direta com a harmonia econômica de uma sociedade.

Esse ramo do Direito regulamenta juridicamente a política econômica que deve estar sujeita à ideologia constitucionalmente adotada; portanto, em uma Constituição que, como a de 1988, estabelece como princípios fundamentais o respeito à dignidade humana, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, a prevalência dos direitos humanos, o Direito Econômico se transforma em importante e fundamental mecanismo de transformação da realidade econômica e social, através de uma política econômica adequada aos princípios constitucionais citados.

Estes princípios elencados por Sá (2021) no trecho destacado estão presentes no Título I, art. 3º da Carta Magna, estabelecendo que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são: I -construir uma sociedade livre, justa e solidária; II -garantir o desenvolvimento nacional; III -erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV -promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme apontado por Sá (2021), esta cláusula transformadora da Constituição é um elemento fundamental para se entender como a função social da propriedade se insere dentro da ordem econômica do Brasil. É necessário se compreender o seguinte: a partir daquilo que está disposto no Título I, art. 3º, depreende-se que a Constituição Federal deixou, de antemão, os rumos e objetivos que a República deve aspirar e perseguir independente do Presidente, Deputados ou Senadores. Embora as ideologias políticas (liberais, conservadoras, comunistas, socialistas, centristas, e suas demais gradações) divirjam quanto aos meios que devem ser utilizados, todas elas devem propor soluções para àquilo que está disposto no art. 3º.

Dentro deste raio de atuação política, a função social da propriedade entra justamente como um dos princípios constitucionais que devem ser levados em

considerações no momento da elaboração de planos de ordem econômica para a nação. De maneira mais clara, a política econômica traçada pelo Estado deve ter como um dos pressupostos a função social da propriedade. Uma exemplificação disto é dada por Gagliano e Pamplona Filho (2022), que apontam que a garantia da propriedade privada dos bens de produção balanceados em conjunto com a função social da propriedade é uma condição *sinequa non* para a ordem econômica nacional.

Deste modo, a propriedade privada, quando pensada de uma maneira política, é um elemento que não possui um fim em si mesmo: ao contrário disto, o seu objetivo é a justiça social; o seu exercício deve visar a asseguarção de uma existência digna a todos os cidadãos da nação.

2.3 DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

É possível afirmar que no Brasil Império, a função social da propriedade, embora presente de maneira embrionária, possuía relações complexas com o absolutismo do direito de propriedade conforme o Direito Romano prezava. Diz-se isso porque ao mesmo tempo em que se preconizava o direito absoluto da propriedade como princípio constitucional, a Coroa Brasileira se reservava o direito de anexar propriedades ao patrimônio público de maneira indiscriminada, mesmo que houvesse presença de verba indenizatória ao proprietário. De certa maneira, isto denota que a Coroa Brasileira já possuía a ideia de que determinadas propriedades, mesmo que privadas, deveriam ter um fim que fosse destinado ao bem comum da população.

Junto ao que foi afirmado anteriormente, a Coroa Brasileira, ao permitir a existência de posseiros que ocupassem terras inóspitas ou que estivessem inutilizadas por um longo tempo (isto é, que não estivessem de algum modo servindo para o cumprimento de uma determinada função social), também denotou um certo entendimento acerca da essencialidade da função social da propriedade.

Quanto à função social da propriedade urbana, é possível afirmar que tanto a doutrina quanto os acontecimentos jurisprudenciais acerca deste tema são extremamente intensos, sendo impossível de serem abordados em toda a sua extensão no presente trabalho. Sendo assim, prezar-se-á apenas os aspectos mais básicos e elementares para a compreensão do tema. Constitucionalmente, o art. 182 é o principal responsável pela regulação da função social da propriedade urbana.

Ipse litteris, o art. 182 estabelece as seguintes condições para a função social da propriedade urbana:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Regulamento) (Vide Lei nº 13.311, de 11 de julho de 2016)

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

A partir do parágrafo quatro, nota-se que a Constituição reservou ao Poder Municipal o direito de reclamar propriedades em solos urbanos não edificados que estejam em estado de inutilização (ou de utilização inadequada), dando à respectiva propriedade destinação que atenda ao bem comum. Ao reclamar a propriedade, também é reservado

ao Poder Municipal o direito de impor penas de parcelamento compulsórios de impostos que crescem de maneira progressiva no tempo. Junto a isto, a desapropriação acontece com o devido pagamento através de títulos de dívida pública que são pré-aprovados pelo Senado Federal, possuindo resgate de até dez anos.

Assim, a Constituição Federal, quanto à função social da propriedade e a sua incidência nas políticas urbanas, manteve aquilo que já existia no Brasil Império, ressaltando-se apenas algumas pequenas alterações. O art. 183 da Constituição Federal elenca o seguinte:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Regulamento)

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião (BRASIL, 1988).

Junto a isto, soma-se também o que foi disposto no art. 191:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião (BRASIL, 1988).

Embora presente na constituição, a função social da propriedade conforme estabelecida nas diretrizes do art. 182 e 183 recebeu regulamentações posteriores a partir do Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/2001), que visava coordenar os esforços de crescimento urbano em função do bem comum da sociedade.

2.4 A BOA FÉ NA PROPRIEDADE PRIVADA

A Constituição, ao sagrar a dignidade da pessoa humana como base fundamental do ordenamento jurídico, denota uma valoração dos valores existenciais como algo superior aos valores patrimoniais, sendo este o conceito que deve ser utilizado para compreender a fundo a função social da propriedade.

No caso específico da função social, os valores existenciais que a regem estão diretamente relacionados ao bem público e ao interesse social como um todo, malgrado estes conceitos não estejam imprimidos diretamente nos artigos que regem a utilização das propriedades urbanas. Todavia, quando se analisa as decisões jurisprudenciais que aconteceram no Brasil ao longo dos anos, Silva (2003) aponta que é possível perceber a presença destes valores de maneira menos tácita.

Quanto à jurisprudência, é possível notar que a função social da propriedade transcende os aspectos que estão descritos na Constituição, indo para além do uso que é empregado pelo proprietário. Isto pode ser ilustrado através do Agravo de Instrumento nº 598.360.402 de 1998, onde o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decretou a desapropriação de uma propriedade agrária que, embora tivesse o seu uso empregado de maneira “correta” (para fins produtivos), possuía uma série de contas a serem prestadas quanto ao Imposto de Renda e outros tipos de débitos federais. Conforme elenca o referido documento: “Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a união” (BRASIL, 1998).

A título de exemplo, também é possível citar a sentença proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, impondo a instalação de sanitários e bebedouros em bancos comerciais como uma condição *sinequa non* para o cumprimento da função social deste tipo de estabelecimento, conforme se observa na Apelação Cível 79.573-5:

Cabe ao município a política de desenvolvimento urbano e a propriedade urbana exerce função social em obediência às exigências fundamentais do plano diretor da cidade. A imposição de sanitários abertos à clientela dos bancos atende ao fim social da propriedade (BRASIL, 1999).

A partir dos dois casos analisados, é possível notar que a função social da propriedade possui aspectos muito mais complexos do que a mera habitação ou inabitância de uma propriedade urbana. Mais do que isso, existem uma série de casos concretos onde o indivíduo pode evocar a função social como justificativa para a resolução de determinados problemas presente na propriedade, conforme é possível observar na jurisprudência exposta.

2.5 SUPREMACIA DO INTERESSE PUBLICO VERSUS A PROPRIEDADE PRIVADA

O direito de propriedade está elencado no artigo 5º da CFRB/88, tido como direito fundamental, e o direito a moradia esta previsto no artigo 6º CFRB/88, como um direito social; ambos são considerados direitos basilares para o ordenamento jurídico.

A supremacia do interesse público é um princípio inato na constituição federal de 1988, onde prevê que nos conflitos em que há um particular de um lado e do outro lado estiver a coletividade, o direito da coletividade deve prevalecer.

Já em relação a propriedade privada, os requisitos postulativos estão vinculados a sua posse de boa fé, que segundo:

"Art. 1.201: Considera-se justo título, para a presunção relativa da boa-fé do possuidor, o justo motivo que lhe autoriza a aquisição derivada da posse, esteja ou não materializado em instrumento público ou particular. Compreensão na perspectiva da função social da posse." (GAGLIANO, 2020, p.128)

Porém, as problemáticas sociais entre esses dois direitos, ocorrem num choque de princípios, e vertentes doutrinarias, como quando se contrapõe um proprietário, devidamente regularizado, com área demarcada, registro no cartório e no INCRA, pagando os tributos inerentes a ela, com suas benfeitorias, exerce seu direito constitucional a propriedade privada, e, do outro lado um movimento social, "sem terra" prestes a invadir essa propriedade, com o argumento de que estão desamparados e querem invadir a propriedade mencionada, para construir moradias, e exercer seu direito a moradia amparado constitucionalmente. Nesse sentido:

"Todos são, juridicamente, obrigados a abster-se de qualquer ato que impeça o titular do direito real de agir perante a coisa como detentor do poder direto que promana de sua especial situação. E à medida que alguém age de forma contrária ao direito do detentor do ius in re, vai especificando a figura do sujeito passivo, contra quem o sujeito

ativo terá a faculdade de fazer atuar o seu direito subjetivo real”.
(HUMBERTO, 2018, p.45)

Decorrendo sobre o litígio entre os direitos, com embasamento no artigo 1.228 do CC/02, o doutrinador, dispõe sobre a propriedade possuir poder de gozo e disposição e direito de reaver, considerando também no caso das benfeitorias e função social, porque, se o dono da terra, vive do que ela produz, a iminente invasão estaria fora dos pressupostos, e se viesse à acontecer, o dono se valeria do instituto de defesa da posse, ou seja, neste caso a relação de legitimidade alegada pelas invasões coletivas ao aferir o princípio da supremacia do interesse público está fora dos requisitos previstos na lei 8.629/1993.

A lei 8.629/1993, traz em seu ato normativo, que as invasões coletivas têm suas hipóteses de tutela amparadas pelo poder público, ou seja, para que um movimento social possa invadir determinada terra, ele deve seguir a supremacia do interesse público.

Martins (2018, p. 50), ensina que para aferir tal princípio jurídico de coletividade não basta apenas ter à vontade ou âmbito, deve-se seguir requisitos, onde, o legislador atribui a causa postulados, que devem ser aferidos e averiguados, presumindo-se a boa Fé, de acordo com os institutos normativos da lei.

Conforme averiguado pela lei 8.629/1993, no que tange os pressupostos de admissibilidade para a possível tomada de terras para fins de reforma agrária, não basta só invadir a terra, e permear moradia, é preciso olhar para os ditames previsto no CC/02.

“Como a função da posse não se vincula necessariamente à do domínio, torna-se objeto de valoração (e, conseqüentemente, de disciplina jurídica) autônoma por parte do ordenamento [...] Se a estrutura do direito determina os poderes do possuidor, a função estabelece sua legitimidade e limites, isto é, a justificativa finalística desses poderes em razão das exigências suscitadas por outros interesses tutelados pelo ordenamento na concreta utilização dos bens jurídicos”. (GAGLIANO, 2020, p.1024)

De acordo com o exposto, para efeitos de posse não basta só ela se fazer presente como condição para a posse emitir direitos de propriedade privada, é preciso ter função

para assim, ter legitimidade, como por exemplo, se na posse exercida existe a função social da terra, sua legitimidade estará amparada pelo ordenamento jurídico.

Resta, ao julgador, balizar, a tradução fiel da lei, através dos mecanismos de solução de conflitos, previstos no CPC/15, quando se questiona preceito de legitimidade, abrangida, nesses dois direitos (direito a propriedade privada X direito a moradia). A partir daí, questiona-se qual objeto tutelado na prática terá razão, e seu direito proferido.

2.6 PRESSUPOSTOS DE MÁ FÉ NAS INVASÕES COLETIVAS

Conforme mencionado anteriormente, agora relativo ao artigo 2º da lei 8.629/1993, o doutrinador atribui a função social da propriedade requisito fundamental, para a propriedade privada seja ou não desapropriada.

A lei menciona as razões para um proprietário perde seu direito de posse a propriedade privada rural, e uma dessas premissas está ligada a função social, onde não sendo atribuída, é passível de desapropriação.

Contudo, fica o seguinte questionamento, e se a propriedade privada rural estiver exercendo função social, esta legalizada conforme os ditames do CC/02, ela pode ser desapropriada por uma invasão coletiva?

Em tese a resposta seria não, pois, de acordo com os ditames da própria lei (8.629/1993), e do CC/02, isso não é um requisito presente, porém, na prática, no caso concreto, muitas propriedades rurais privadas que exercem função social, são invadidas por movimentos sociais.

A lei é clara, porém, as invasões coletivas utilizam da má fé para entrarem na terra, assim, ferem veemente o princípio da supremacia do interesse público, para retirar seus "direitos".

O código civil de 2002 atribui ao fato o chamado esbulho possessório, onde o proprietário é esbulhado (retirado) de sua posse na propriedade privada. Esse esbulho pode ocorrer por meio de violência, ameaça.

Segundo Gagliano (2020, p. 42):

"Para os direitos reais, o sujeito passivo e a sua correspondente obrigação somente surgem quando há a efetiva violação ou ameaça concreta de lesão"

(ex.: esbulho de propriedade, séria ameaça de invasão). Nesses casos, surge para o infrator o dever de restabelecer o status quo ante, ou, não tendo havido efetiva lesão, de abster-se da prática de qualquer ato danoso, sob pena de ser civilmente responsabilizado."

Visto a presente abordagem, o artigo 1.210 do CC/02, prevê que o proprietário tem direito de ser restituído de sua posse caso a tenha perdido por esbulho, porém, com o passar dos anos, as invasões coletivas, vão adquirindo estabilidade na região até o ponto em que aquela invasão se torna tão grande que o Estado ou município não podem mais desapropriar aquela terra, causando transtorno e indignação para quem é proprietário e possuidor de boa Fé. Gagliano (2020, p.357)

"ainda que não haja pedido explícito nesse sentido, diante da impossibilidade de devolução da posse à autora, sendo descabido o ajuizamento de outra ação quando uma parte do imóvel já foi afetada ao domínio público" [...]

No que tange a análise do trecho abordado, uma invasão coletiva pode perdurar no tempo, visto que mesmo com uma resposta do legislador baseada em lei, é preciso esperar pelo tramite judicial. Que por conta de sua morosidade judicial, fica o proprietário do terreno sendo o maior prejudicado.

2.7 USUCAPIÃO RURAL COLETIVA: DIREITO POTESTATIVO?

A Usucapião Rural Coletiva, está prevista no artigo 191 da CF/88: "Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade." (MENDES, 2017, p.10931)

O artigo prevê os requisitos da usucapião rural ou urbana, sendo que a área passível de usucapião tem que ser de posse ininterrupta de 5 anos, sem oposição (precedida de boa-fé), sendo não superior a 50 hectares, sendo que a parte legítima para reivindicar este ato normativo, esta vinculada a função social da terra, (atividade rural), cujo possuidor não possua outra propriedade, e a utilize para moradia sua e de sua família.

Já no CC/02, art. 1.228, §§ 4º e 5º, estabelece hipóteses semelhantes à do artigo 191 da CF/88, que estabelece a perda da propriedade privada, total ou parcial, para tanto, faz-se necessários requisitos, neste sentido, Gagliano (2020, p. 345):

“O § 4.o do art. 1.228 do Código Civil dispõe que o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Trata-se de instituto jurídico muito peculiar, e que, se analisado com bastante atenção, poderá causar-nos uma desagradável sensação de desconforto, provocada por contundentes indagações. E “tal inquietude ganha fôlego em face dos desencontros doutrinários que se seguiram à entrada em vigor do referido dispositivo”.

Segundo o autor, o legislador atribui como requisito, as obras e serviços econômicos exercidos naquele local, se as pessoas aplicam e apresentam função social naquele terreno, bem como, sua essência presidir de uma necessidade relevante (a moradia, por exemplo), essa propriedade pode ser passível de usucapião.

O CC/02, nos artigos 1.253 ao 1.259, aduz que quando uma pessoa usa a terra alheia para plantar ou edificar, se as benfeitorias alterarem veemente o valor do terreno, caso aquela pessoa tenha sido complacente com a boa Fé, este poderá adquirir a propriedade, desde que indenize o real proprietário da terra, por meio de indenização fixada judicialmente, de acordo com os pressupostos de Gagliano (2020, p.353)

"Ademais, valorizando a posse, chegaríamos à conclusão de que o legislador pretendeu criar, por meio desse instituto, um instrumento de socialização da terra, previsto para aquelas situações em que o descaso do proprietário justificaria a perda do seu imóvel, em favor dos efetivos possuidores da área. Nota-se, ademais, a utilização de inúmeros conceitos abertos ou indeterminados (como extensa área de terra, boa-fé, interesse social e econômico), que deverão ser devidamente preenchidos pelo magistrado, no caso concreto, com cautela e diligência, a fim de evitar a indesejável insegurança jurídica. Encarando o instituto como modalidade de usucapião, não se deixaria de atender, também, ao princípio constitucional da função

social da posse e da propriedade, compensando aqueles que dão destinação útil ao imóvel, e minimizando-se (ao menos no plano legal) os conflitos possessórios coletivos²⁴²."

Entretanto, conforme o exposto, a lei é antagônica a realidade, as invasões de terras são conflituosas, os reivindicantes usam de má fé, há casos em que os invasores ameaçam o dono da propriedade, não atribuem função social a terra, apenas a ocupam, e no caso de uma passível indenização, a maioria dessas pessoas não teria condições de arca com as despesas indenizatórias, pois, se caracterizam como baixa renda e necessitados.

Ocorre que quando falamos de propriedade privada com função social, regularizada, persuadida de boa fé, o legislador atribui pressupostos de guarnição doutrinária, como podem ser vistos nos ditames do CC/02 e CPC/15, apesar disso, ao ser feita uma análise prática, pegando o viés de uma propriedade privada com função, invadida por movimentos sociais, após esbulhar o proprietário de sua terra, se utilizam do instituto da usucapião para proferir seu direito.

Vejamos:

"Hipótese em que a parte autora, a despeito de ter conseguido ordem judicial de reintegração de posse desde 1991, encontra-se privada de suas terras até hoje, ou seja, há mais de 2 (duas) décadas, sem que tenha sido adotada qualquer medida concreta para obstar a constante invasão do seu imóvel, seja por ausência de força policial para o cumprimento do mandado reintegratório, seja em decorrência dos inúmeros incidentes processuais ocorridos nos autos ou em face da constante ocupação coletiva ocorrida na área, por milhares de famílias de baixa renda." (GAGLIANO, 2020, p.357)

Em vista disso, a perspectiva de eclosão da usucapião rural dar-se-ia obrigatoriamente, ou seja, o proprietário não teria direito a recusa, seria obrigado a aceitar, e isso se tornaria um direito potestativo (incontroverso), como afere:

"A concepção de que tal instituto seria um "contradireito" está justamente no fato de que tal aquisição se daria compulsoriamente, sem direito à recusa pelo proprietário, o que é uma característica de um direito potestativo. Tal corrente de pensamento, embora muito

bem fundamentada, dado o brilhantismo de seus defensores, não encontrou ampla guarida no restante da doutrina especializada". (GAGLIANO, 2020, p.350)

Tamanha arbitrariedade é muito comum de ver, em casos concretos, a perspectiva da usucapião coletiva se torna um direito potestativo, não dando brecha para a democracia, e o que se vê quando um movimento social invade propriedade privada legal, são proprietários desesperados e até mesmo desamparados por terem seu patrimônio invadido, ficando a propriedade privada em déficit, dando ônus a aqueles que reclamam injustamente.

3 DA AÇÃO DA REINTEGRAÇÃO DE POSSE

A ação de reintegração de posse está prevista nos artigos 560 ao 566 do CPC/15, junto com a manutenção de posse, estabelecem os procedimentos para que o proprietário da terra ocupada possa reaver sua posse, no caso na manutenção de posse, essa ação é proposta no caso de turbação.

Já a reintegração de posse só é válida no caso de esbulho, quando o proprietário é expulso da sua propriedade (perca da posse), por exemplo, na hipótese em que uma propriedade privada rural com função social é invadida por uma invasão coletiva, é possível o cabimento da presente ação para que o proprietário tenha sua posse reintegrada, ato este somente possível por decisão judicial.

3.1 CONCEITO

O conceito de reintegração de posse é introduzido pelo artigo 560 do CPC/15, segundo Figueiredo (2016, p.1657)

"Trata-se de norma de caráter predominantemente material, pois estabelece a proteção a ser dada ao possuidor. Há, no caso, tutela do direito de posse (*ius possessionis*), que pode ser perdido pelo esbulho, afetado pela turbação, ou, ainda, ameaçado de lesão."

Como visto anteriormente, nas discussões elencadas entre supremacia do interesse versus a propriedade privada, neste tópico a reintegração de posse vai ser o ponto chave para a resolução do conflito, meio procedente por via judicial, para aquele proprietário que teve sua posse esbulhada.

3.2 PRESSUPOSTOS

Os pressupostos de propositura da ação de reintegração de posse estão elencados no artigo 561 do CPC/15, como mostra:

“Art. 561. Incumbe ao autor provar:

I – a sua posse;

II – a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III – a data da turbação ou do esbulho;

IV – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.”

Em comentário ao exposto, sempre é importante ressaltar a posse do autor e os motivos que o levam a propositura da ação de manutenção ou de reintegração de posse, pois, dependendo do caso o diploma legal estabelece pressupostos fixando a turbação ou o esbulho praticado.

“Nesse caso, o possuidor está totalmente despojado do poder de exercício de fato sobre a coisa. Os requisitos estão estampados em conjunto com os da manutenção no art. 561 da lei processual. Além de sua posse, o autor deve provar o esbulho, a data de seu início e a perda da posse. Aplica-se tudo o que foi dito a respeito das ações possessórias em geral.” (SALVO, 2018, p. 200)

O autor pondera como requisitos, a comprovação de esbulho possessório, ocorrência de algum ato violento sofrido pelo proprietário da terra, a ação tem como prazo legal para ser proposta: 1 ano e 1 dia do esbulho. Em média o prazo prescricional da reintegração de posse é de dez anos, fato este mencionado em âmbito legal pelo CPC/15.

3.3 IMPORTÂNCIA

Em suma a importância da ação de reintegração de posse é ser complacente com a democracia, e com o direito postulado em questão, o ordenamento jurídico brasileiro elenca, por exemplo, no artigo 1.210 do CC/02:

“Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso

de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1.º. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

§ 2.º. Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

O legislador ao conceituar o artigo 1.210 do CC/02, afere algumas hipóteses em que o proprietário legal possa sofrer a perda de sua posse e, a sua tutela, como o próprio ordenamento jurídico explicita, o proprietário se for o caso poderá utilizar do instituto da legítima defesa no caso da turbação, e do desforço imediato no caso de esbulho.

"Como delimitação do marco cronológico da resposta defensiva, o legislador utilizou a expressão "contanto que o faça logo", a qual deverá ser interpretada com razoabilidade.

Isso porque tal expressão é muito mais abrangente do que a ideia de resposta imediata, como delimitação temporal, devendo ser entendida como uma manifestação no primeiro momento possível." (GAGLIANO, 2022, p.172)

Porém, o próprio ordenamento deixa brecha para interpretações "ilusórias", omitindo-se da presente responsabilidade, pois, de acordo com o referido artigo, o próprio proprietário deverá colocar sua "conta em risco" para defender sua propriedade durante a turbação ou o esbulho sofrido.

"Nessa linha, se o sujeito se encontra em outra cidade e, imediatamente após tomar ciência de que o seu imóvel foi invadido, desloca-se para o local do esbulho, ainda poderá praticar atos de desforço, pois, diante das circunstâncias, reagiu com a esperada brevidade." (GAGLIANO, 2022, p.172)

Ademais, o questionamento aferido sobre o fato social, é, será que o proprietário poderá conflitar uma invasão coletiva com centenas, dezenas, de pessoas como ocorre na prática?

No caso concreto o que se vê é muito diferente da teoria, como visto, no subtópico “pressupostos de má fé nas invasões coletivas”, o proprietário não tem condições de defender sua posse, até porque, não há outra maneira a não ser com força policial, todavia, somente é realizada pelo meio jurídico.

Além disso, se for para o proprietário recorrer para os moldes do parágrafo 1º do artigo 1.210 do CC/02, certamente recorrera a meios ilícitos, tornando essa medida antidemocrática, e fora dos preceitos, como os atribuídos pelo princípio dignidade da pessoa humana, pois, ao fazer uma análise dos recorrentes conflitos, normalmente o embate fora do âmbito judiciário entre o proprietário e uma invasão coletiva, acaba ocasionando uma espécie de “expurgo social”, o que causa a morte desnecessária de muitas pessoas.

"Nota-se, com isso, que o legislador pretendeu consagrar um sistema normativo dotado de eficiência e efetividade, visando a recompor, no bojo do mesmo procedimento, o direito daquele que, de fato, teve a sua posse agredida.

Quanto ao pedido de “condenação em perdas e danos”, trata-se de uma providência justa, que aproxima a tutela possessória dos princípios e normas da responsabilidade civil." (GAGLIANO, 2022, p.177)

Outrossim, ressaltando a importância da ação de reintegração de posse, principal meio lícito para o proprietário reaver sua posse que foi esbulhada, em sua propriedade, a mesma garante ao autor “ônus” pelas benfeitorias e todo dano moral sofrido no fim do tramite processual.

Substabelece que esse “ônus”, é ter seu direito proferido, de acordo com a legitimidade, que a parte autora tem para propor a ação, deve ser seguido requisitos como ter boa fé, propriedade ter função social, ser legalizada conforme os atributos do CC/02.

3.4 A REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM INVASÕES COLETIVAS

Antes de introduzir a conjuntura da ação de reintegração de posse em invasões coletivas, vale salientar, Gagliano (2022, p. 174)

"Reintegração de Posse" (arts. 560 a 566) e "Do Interdito Proibitório"

(arts. 567 a 568).

"Todavia, parece-nos relevante traçar, para o nosso leitor, um panorama geral da tutela processual a respeito do assunto.

"Assim, fundamentalmente, temos três demandas possessórias mais frequentes¹⁰¹:

"a) a ação de reintegração de posse – em caso de esbulho (privação ou perda da posse);

"b) a ação de manutenção de posse – em caso de turbação (embaraço ou perturbação da posse);

"c) o interdito proibitório – em caso de ameaça à posse".

De acordo com o autor as premissas de cada ação estão estabelecidas no artigo 554 do CPC/15, sendo a legalidade para impetrar determinada ação sua fungibilidade aferindo assim, a tutela da posse, e suas hipóteses de perda. No caso, na presente pesquisa será discutido o esbulho sofrido pelo proprietário legal que atribui a sua propriedade privada rural uma função social.

"Em nosso pensar, se o sujeito, por exemplo, com indesejável frequência, "entra e sai" do meu imóvel ou circula com as suas cabeças de gado, contra a minha vontade, está turbando, (perturbando, embaraçando a minha posse); mas, se ingressa e se apodera, exercendo posse exclusiva em parte ou em todo o meu imóvel, está esbulhando (privando-me do meu legítimo direito)." (GAGLIANO, 2022, p.177)

O exemplo em questão mostra um pouco de como ocorre à turbação e o esbulho, em uma propriedade privada, porém, a problemática em questão é o uso da violência, e da ameaça presente no esbulho, normalmente seguido de grande número de pessoas; o autor Aguirre (2020, p.299), explica como ocorre a citação presente no artigo 554 § 1º do CPC/15:

"No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se

envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública (art. 554, § 1º, do CPC/2015);".

Neste caso, se a posse esbulhada for precedida de um grande número de pessoas, a lei determina que sejam citados nos autos do processo, os ocupantes que forem encontrados no local, tendo os demais que não forem encontrados de imediato, a autorização para serem citados em edital. Como é um conflito coletivo, o Ministério Público deve ser chamado bem como a intimação da defensoria pública.

Em relação ao artigo 565 do CPC/15, a doutrina questiona seus pressupostos de eficácia, pois a lei estabelece que o esbulho ou turbacão ocorrido a mais de um ano e um dia, o juiz devera instaurar audiência de mediação, para ser realizada no prazo de 30 dias. Em comento ao artigo:

"Percebe-se, pois, com clareza, o relevante viés socializante da interpretação empregada na análise da questão possessória.

Sobre tal aspecto, vale mencionar, ainda, a inovadora previsão do art. 565 do Código de Processo Civil de 2015" (GAGLIANO, 2022, p.193)

A ação de reintegração de posse tem suas hipóteses de tutela no artigo 560 ao 566 do CPC/15. Trazendo para a conjuntura do conflito, uma propriedade rural com função social invadida por um movimento social, onde a posse do proprietário for esbulhada.

Essa propriedade não deve ser pleiteada para fins de reforma agrária, devendo o dono se valer do instituto da reintegração de posse, conforme explica:

"Há, no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no próprio Código de Processo Civil como em legislações extravagantes, hipóteses que são nitidamente antecipatórias, sem a exigência do requisito do perigo de dano. Assim, por exemplo, a liminar na reintegração de posse dispensa a urgência, desde que presentes os requisitos legalmente previstos. É uma tutela de evidência, prevista em lei, mas não constante do art. 311 do CPC." (BUENO, 2018, p.937).

Conforme o trecho abordado, na ação de reintegração de posse o pedido de liminar, para discorrê-lo do processo com urgência, já é dado ao serem atingidos os requisitos

previstos em lei como: a posse ser precedida de boa Fe, propriedade ser legal, possuir função social lícita.

"Por fim, caso haja área invadida, a sentença "determinará a restituição da área invadida, se houver, declarando o domínio ou a posse do prejudicado, ou ambos" (NCPC, art. 581, parágrafo único).

Segundo a doutrina, atualmente, "não se condiciona determinar a restituição de área invadida a pedido do autor", trata-se de consequência natural da demarcatória. Essa decisão é executiva, razão pela qual aplica-se "o que dispõe o Código em relação à reintegração de posse (arts. 560 ss. do CPC/2015) e ao cumprimento de decisão relativa a deveres de entregar coisa (cf. art. 538 do CPC/2015)"⁸⁵³. Tal eficácia é inerente à natureza da causa, de modo que ocorrerá haja ou não pedido explícito da parte, na fase de postulação." (JÚNIOR, 2018, p.599).

Visto o entendimento doutrinário acerca da ação de reintegração de posse em invasões coletivas, a eficácia da ação se dá no momento em que são validados os seus requisitos, sendo a sua eficácia inerente a natureza da causa.

Vale ressaltar também questões presentes no emblema do conflito. Por exemplo, no caso de omissão do poder público, para responder judicialmente sobre o litígio em discussão.

"Sobre o pedido de conversão em desapropriação indireta, o relator salientou que o fato de a área não cumprir plenamente sua função social, antes da ocupação, também decorreu da inércia do Poder Público, considerando a iniciativa dos autores em regularizar o empreendimento imobiliário.

"Assim, em prestígio aos princípios da celeridade e da economia processual, bem como considerando que a ocupação também decorreu da omissão do Estado, de rigor dar provimento ao recurso, acolhendo o pedido alternativo de conversão da ação possessória para ação indenizatória por desapropriação indireta"¹¹⁵.

Percebe-se, pois, com clareza, o relevante viés socializante da interpretação empregada na análise da questão possessória." (GAGLIANO, 2022, p.193).

O poder público no caso explicitado pelo autor, se omitiu a dar um parecer sobre uma terra que estava sendo invadida, e hoje não é mais passível para a reintegração de posse, porque, não é possível desapropriar a terra, pois, o terreno já se encontra como bairro vinculado a cidade. O argumento pela utilizada autoridade pública foi, o de que a propriedade não tinha uma função social eloquente, e por isso deu se a morosidade no processo.

O resultado foi um proprietário prejudicado vendo seus direitos a propriedade privada ficarem em déficit, sem restituição pecuniária, e totalmente desprovido de qualquer resultado perante o Estado.

Como visto a lei é antagônica a realidade, o descaso do poder público acarreta prejuízos a proprietários, fora que mesmo tendo direito de ser ressarcido de sua posse, existem entendimentos que são antidemocráticos, danos ônus a aqueles que reclamam injustamente, dando lugar a posses de má Fe, e indo totalmente contra os preceitos presentes na CF/88.

Por fim, a previsão conflituosa é incontroversa, restando ao magistrado uma árdua responsabilidade, para julgar e interpretar, quem de fato merece ter sua legitimidade posta em questão e seu direito proferido.

4 A REFORMA AGRÁRIA E A PROPRIEDADE PRIVADA

De acordo com o estatuto da terra (Lei 4.504/1964), a reforma agrária trata-se de política pública, responsável por regular a distribuição de terras, com o fim de fazer justiça social, e aumentar a produtividade do país, de acordo, com o preceito legal:

"Art. 1º Esta Lei regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola.

"§ 1º Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no

regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade”.

A reforma agrária é importante instituto brasileiro, como fala o artigo 1º da lei 4.504/1964, o estatuto da terra prever essa medida, para as propriedades privadas rurais que não desempenham função social, critério este importantíssimo no ordenamento jurídico brasileiro, como foi explicitado anteriormente.

"A propriedade deve cumprir sua função econômico-social (como dizem os arts. 170, III, e 184 da Constituição de 1988 e art. 2º do ET), sob pena de ser desapropriada, porque é de interesse social o aproveitamento de toda a propriedade rural improdutiva ou explorada sem manter níveis satisfatórios de produtividade." (OPITZ, 2017, p.89)

Um dos pressupostos apontados pelos movimentos sociais, ao querer invadir propriedade privada rural, é alegar que aquela terra não cumpre com sua função social, e por isso a invadem para dar futuro a essa propriedade, de acordo com princípio da supremacia do interesse público, esse é um critério de legitimidade.

Conforme estabelece o estatuto da terra, o autor Opitz (2017, p.91), comenta:

"A propriedade rural desempenha sua função social quando:
"favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias" (ET, art. 2º, a)."

Em todo o decorrer da presente pesquisa sempre foi frisado, o quanto é importante a propriedade ter sua função social, principalmente a propriedade rural, pois, a propositura de uma função social traz renda às populações além de ser uma das principais matrizes econômica brasileira, no que tange o setor do agronegócio.

O art. 24 da Lei 4.504/1964, aduz há quem podem ser distribuídas as terras, e estabelece a renda como requisito, podendo ser destinada àqueles comprovadamente insuficientes de renda, sendo a terra para seu sustento próprio ou de sua família, *in verbis*:

"Art. 24. As terras desapropriadas para os fins da Reforma Agrária que, a qualquer título, vierem a ser incorporadas ao patrimônio do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, respeitada a ocupação de terras devolutas federais manifestada em cultura efetiva e moradia habitual, só poderão ser distribuídas:

"I - sob a forma de propriedade familiar, nos termos das normas aprovadas pelo Instituto Brasileiro de Reforma Agrária";

"II - a agricultores cujos imóveis rurais sejam comprovadamente insuficientes para o sustento próprio e o de sua família;"

"III - para a formação de glebas destinadas à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agro-industrial, por associações de agricultores organizadas sob regime cooperativo"

No que tange a propriedade privada rural, para fins de reforma agrária, a condição atributiva está ligada a função social da propriedade, esta diretamente proporcional à sua posse e domínio útil.

Por exemplo, uma grande propriedade rural que estar cultivando produto ilícito; nesta hipótese, se for de conhecimento do ente público, a medida judicial será a desapropriação, pois, a destinação dessa propriedade está indo contra as regras do dispositivo legal, e por isso, pode ser feita a reforma agrária para a população, e o dono passível a isto perde os direitos sobre a propriedade privada rural.

"O acesso à propriedade rural será promovido mediante a distribuição ou a redistribuição de terras (ET, art. 17)." (OPITZ, 2017, p.91)

Em tese a reforma agrária, deve ocorrer conforme os pressupostos a ilegalidade da propriedade rural, a não função social atribuída a terra, par só assim ser possível sua reforma agrária.

"É da tradição de nosso direito agrário o respeito a todos os direitos adquiridos, de modo que pela atual legislação (ET, art. 11), o INCRA fica com autoridade para reconhecer as posses legítimas manifestadas por meio de cultura efetiva e morada habitual, bem como para incorporar ao patrimônio público as terras devolutas federais ilegalmente ocupadas e as que se encontrarem desocupadas." (OPITZ, 2017, p.99)

Em comentário ao artigo 11 da lei 4.504/1964, o autor explica que ao INCRA, é atribuída a responsabilidade para cadastrar, reconhecer, ou incorporar ao patrimônio público, as terras desocupadas e aquelas devolutas da união que estão ilegalmente ocupadas.

No panorama conflituoso mostrado, entre o direito à propriedade e o direito à moradia, está em xeque as principais vertentes: De um lado está o proprietário que dá a terra uma função social, a propriedade rural é legal, atribui a ela todos os requisitos de validade presente nos ditames do CC/02 (possuidor de boa-fé, propriedade registrada legalmente, função social, benfeitorias).

No outro sentido está um movimento social, que no exemplo em questão, utiliza os pressupostos de legitimidade contemplados pela supremacia do interesse público, ou seja, busca invadir a terra para construir moradias, dar função laboral a terra, tirar seu sustento dela.

Na prática pegando os dois lados, o que se vê é uma espécie “ponderação” entre direitos, porém, no caso dos movimentos sociais que invadem propriedade privada rural com função social, a invasão está fora dos pressupostos presentes tanto na supremacia do interesse público quanto das hipóteses de reforma agrária abrangidas pelo estatuto da terra (lei 4.504/1964).

4.1 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE A REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM INVASÕES COLETIVAS

As jurisprudências no caso da reintegração de posse em invasões coletivas divergem de entendimentos, pois, cada caso é precedido de vários fatos diferentes, como por exemplo, se a reintegração de posse é sobre uma usucapião presente na terra litigada, vão ser vistos os requisitos presentes na posse e na propriedade conforme a eloquência atribuída ao CC/02 e ao CPC/15.

Outro caso que pode ser analisado, é quando uma invasão coletiva acaba de esbulhar o proprietário de sua posse.

Ambas vão seguir caminhos diferentes em seus entendimentos. Em relação ao número de pessoas que estão reivindicando a terra, se nela produziram ou fizeram algum tipo de benfeitoria, também é motivo por se analisar entendimento divergente no caso em que figure a essência da ação reintegratoria de posse em invasões coletivas.

Postula-se assim, diversos entendimentos acerca do assunto, porém, o viés jurisprudencial debatido é, se determinada invasão coletiva, é feita sem violência, com boa fé, poderá se valer dos pressupostos da supremacia do interesse público ou do contrário se a mesma impregna má fé, poderá se valer do mencionado princípio e ter seu direito declamado, ou seja, dando um exemplo acerca de um caso comum na prática:

Objeto litigado que ensejou a má fé foi o esbulho sofrido por um proprietário em uma propriedade rural com função social lícita, sendo assim, o julgador tende a analisar o caso concreto.

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CASO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. INVASÃO DO IMÓVEL POR MILHARES DE FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA. OMISSÃO DO ESTADO EM FORNECER FORÇA POLICIAL PARA O CUMPRIMENTO DO MANDADO JUDICIAL. APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO E OCUPAÇÃO CONSOLIDADA. AÇÃO REINTEGRATÓRIA. CONVERSÃO EM INDENIZATÓRIA. POSTERIOR EXAME COMO DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E SOCIAL SOBRE O PARTICULAR. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA E REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. JUSTO PREÇO. PARÂMETROS PARA A AVALIAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CÁLCULO DO VALOR. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA." (GAGLIANO, 2022, p.357)

Na decisão em questão, foi um julgado do STJ, onde saiu a liminar para a reintegração de posse da autora sobre a propriedade, porém, ao chegar no local foi impossível cumprir o mandado do juiz, porque, a ocupação da terra foi feita por várias famílias de baixa renda e a outra parte do imóvel sendo utilizada pelo domínio público, por meio de apossamento administrativo.

No caso a parte autora desde 1991 conseguiu a reintegração de posse, porém, o mandado nunca foi cumprido.

"Constatada, no caso concreto, a impossibilidade de devolução da posse à proprietária, o Juiz de primeiro grau converteu, de ofício, a ação

reintegratória em indenizatória (desapropriação indireta), determinando a emenda da inicial, a fim de promover a citação do Estado e do Município para apresentar contestação e, em consequência, incluí-los no polo passivo da demanda." (GAGLIANO, 2022, p.359)

O juiz se achar necessário também pode vincular a responsabilidade para o Estado e município, no presente caso, foram omissos, e foram eles que implantaram toda a infraestrutura básica no local. O STJ entendeu, por causa da impossibilidade de devolver o bem citado a autora, converteu a ação possessória em indenizatória.

"Situação em que tal orientação não se aplica ao caso estudado, pois, diante dos fatos delineados no acórdão recorrido, não há dúvida de que os danos causados à proprietária do imóvel decorreram de atos omissivos e comissivos da administração pública, tendo em conta que deixou de fornecer a força policial necessária para o cumprimento do mandado reintegratório, ainda na fase inicial da invasão, permanecendo omissa quanto ao surgimento de novas habitações irregulares, além de ter realizado obras de infraestrutura no local, com o objetivo de garantir a função social da propriedade, circunstâncias que ocasionaram o desenvolvimento urbano da área e a desapropriação direta de parte do bem." (GAGLIANO, 2022, p.362)

Por causa da omissão e comissão da administração pública a referida invasão coletiva, a posse da autora se tornou impossível de ser reintegrada, por causa das inúmeras pessoas no local, com o tempo aquela área se tornou um bairro.

"11. O Município de Rio Branco, juntamente com o Estado do Acre, constitui sujeitos passivos legítimos da indenização prevista no art. 1.228, § 5.º, do CC/2002, visto que os possuidores, por serem hipossuficientes, não podem arcar com o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo proprietário do imóvel (ex vi do Enunciado 308 Conselho da Justiça Federal)." (GAGLIANO, 2022, p.362)

O enunciado 308 do conselho da justiça federal prevê os possuidores que tiverem melhores condições econômicas é que devem arcar com a indenização do juiz caso não se posse mais fazer a reintegração de posse daquela propriedade, no que tange ao caso, o Estado e município é que foram eleitos sujeitos passivos, pois, os que ocupam a terra são pessoas hipossuficientes economicamente. Ainda sobre o caso:

"A solução da controvérsia exige que sejam levados em consideração os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica, em face das situações jurídicas já consolidadas no tempo, de modo a não piorar uma situação em relação à qual se busca a pacificação social, visto que "é fato público e notório que a área sob julgamento, atualmente, corresponde a pelo menos quatro bairros dessa cidade (Rio Branco), onde vivem milhares de famílias, as quais concedem função social às terras em litígio, exercendo seu direito fundamental social à moradia". (GAGLIANO, 2022, p.362)

Conforme o exemplo, o princípio da supremacia do interesse público teve suas hipóteses de legitimidade proferida pela decisão judicial, em que, permitiu o interesse da coletividade ser superior ao interesse do dono da propriedade, já que a posse ensejada ocupa grande área de terra que inviabiliza a desocupação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações finais acerca da presente pesquisa são: ainda é preciso fazer um maior levantamento de dados no local onde ocorre o conflito entre proprietários de terras e os movimentos sociais, visto que, somente pelo meio dos instrumentos utilizados não se conseguiu expressar toda a vertente do conflito, pois, estão contrapostos de um lado proprietários e do outro o interesse da coletividade.

Cada uma das hipóteses mencionadas na pesquisa precisa ser averiguada na prática, para que assim, possam ter seguridade, além disso, as questões problemáticas levantadas necessitam de uma especial atenção, pois, o legislador precisa observar os critérios alçados, porque, a não observância deles pode distinguir, cessar, e até mesmo contrariar direitos legítimos (líquido e certo).

Com relação a reintegração de posse em invasões coletivas, o conflito entre o direito à propriedade versus o direito à moradia, tem que ser dado atenção especial, para evitar casos como os mencionados, pois, muitas vidas dependem do parecer judicial, este que deve ser dado celeridade, boa-fé, e o conhecimento de ofício da autoridade judicial, para assim, ser complacente com a democracia brasileira. Já a legislação citada deve ser reanalisada visto que, não pode dar vez a desencontros normativos, que por meio deles, pessoas más intencionadas reclamem injustamente por seus direitos.

Ademais, o presente trabalho, visa torna uma pátria melhor e mais justa para todos os brasileiros, pois, buscou-se a solução do conflito, procurando mensurar os prejuízos causado pelo conflito entre esses dois direitos.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, J.; SÁ, R. M. D. **Prática civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Apelação Cível e Reexame Necessário: APCVREEX 795735**. Relator: DES. Fleury Fernandes. DJ: 28/09/1999. 1999. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4327897/apelacao-civel-e-reexame-necessario-apcvreex-795735-pr-apelacao-civel-e-reexame-necessario-0079573-5/inteiro-teor-11131277?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 de abr. 2022.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 598.360.402** - SÃO LUIZ GONZAGA - Relatora Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 06.1021998 Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/agravo598360402.htm>>. Acesso em: 04 de abr. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BUENO, C. S. **Tutela Provisória no Novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

FIGUEIREDO, S. D. C. **Novo CPC anotado e comparado para Concursos**. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016. E-book.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil - direitos reais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GAGLIANO; Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO; Mário Veiga. **Novo Curso de Direito Civil - Direitos Reais**. 4ª Edição. 2022.

JÚNIOR, H. T. **Terras Particulares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

MARTINS. -COSTA, J. **A Boa-fé no Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book

MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; LTDA, I. C. E. P.; LTDA, I. C. E. P.; CANOTILHO, J. J. G.; LEONCY, L. F.; STRECK, L. L. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

OPITZ, O.; OPITZ, S. C. B. **CURSO COMPLETO DE DIREITO AGRÁRIO**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

SÁ, João Daniel Macedo. **Direito de propriedade: condições de igualdade e funcionamentos**. Florianópolis. 42 (89). 2021.

SÁ, João Daniel Macedo. **Direito de propriedade: uma análise do papel da propriedade rural no contexto da justiça distributiva**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2018.

SARAIVA, Bruno de Sousa. **Teoria Geral da Multipropriedade Imobiliária no Direito brasileiro**. 1ª ed. Fortaleza: DIN, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang et. al. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: RT, 2017.

SILVIO-SALVO V. **Direito Civil Reais**. 19º .ed. São Paulo: Atlas, 2018, E-book.

A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO TOCANTINS

MANOEL DOS REIS ALVES DE SOUSA:
Bacharelado em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC

EDY CÉSAR DOS PASSOS JUNIOR²¹⁷

(coautor)

RESUMO: A ressocialização tem a ideia de repetir a socialização, ou o ato de reaprender a viver em sociedade, retomar o convívio em grupo, em sociedade. Assim sendo, o objetivo geral do artigo será tratar dos projetos de ressocialização do apenado nos sistemas carcerários da região norte com ênfase no sistema penitenciário do Estado do Tocantins. Os objetivos específicos são 1. Abordar o breve histórico das penas. 2. Discorrer sobre o surgimento do sistema penitenciário. 3. Tratar de ressocialização. 4. Discorrer sobre medidas de ressocialização propostas no Estado do Tocantins. Quanto a metodologia, opta-se pela pesquisa descritiva uma vez que, após os materiais de pesquisas em mãos, tem-se o objetivo de trabalhar as ideias, descobrir objetivos, construir alternativas. Conclui-se que, nada obstante estar longe do ideal, o sistema penitenciário do Estado do Tocantins tem promovido ações contemporâneas de ressocialização, pelo que, futuramente, há possibilidade que os números de encarceramento, bem como os dados de reincidência possam diminuir, caso tais ações logrem êxito.

Palavras-chave: ressocialização. Tocantins. Ações contemporâneas. Longe do ideal.

ABSTRACT: Resocialization has the idea of repeating socialization, or the act of reaping to live in society, the idea of repeating in a group, in society. Therefore, the general objective of the article will be to deal with the rehabilitation projects of the convict in the prison systems of the northern region with an emphasis on the penitentiary system of the State of Tocantins. The specific objectives are 1. Address the brief history of penalties. 2. Discuss the prison system. 3. Deal with resocialization. 4. Discuss about resocialization measures proposed in the State of Tocantins. As for the methodology, descriptive research is chosen since, after the research materials in hand, the objective is to work with ideas, discover, build alternatives. It is concluded that, nothing will be longer than ideal, the penitentiary system of the State of Tocantins has well-proposed proposals for future resocialization actions, so there is a possibility that the recidivism data may increase, despite the possibility that the data of recidivism may increase. actions succeed.

217 Advogado e professor dos Cursos de Direito da FASEC E UFT

Keywords: resocialization. Tocantins. Contemporary actions. Far from ideal.

INTRODUÇÃO

A ressocialização tem a ideia de repetir a socialização, ou o ato de reaprender a viver em sociedade, retomar o convívio em grupo, em sociedade. Na esfera do Direito Penal, ressocialização diz respeito à reeducação social do reeducando durante e depois de cumprimento de sua respectiva pena. (JUS, 2015)

Em sentido macro, abarca uma série de ações que tem por objetivo à readaptação do apenado na sociedade, contribuindo na sua recuperação nos aspectos psicossociais, profissionais e educacionais, com objetivo de inibir qualquer ato reincidente de natureza criminal. (JUS, 2015)

Este estudo pretende mostrar um quadro do sistema carcerário no Brasil que vem sendo questionado por muitos os julgam falido devido vários fatores existentes em nosso sistema prisional, expondo algumas causas pretende-se vislumbrar como os Estados do Norte buscam saídas para a ressocialização do apenado, relatando sobre a efetividade dos projetos de ressocialização no sistema prisional do Estado do Tocantins.

As prisões no estado do Tocantins mostram uma superlotação de 95,3%, números apurados entre março e abril do ano de 2019. Os números mostram que o Estado do Tocantins tem 2.008 vagas nas unidades, todavia 3.921 presos ocupam as dependências dessas unidades prisionais. (G1, 2019).

Assim sendo, o **objetivo geral** do artigo será tratar dos projetos de ressocialização do apenado nos sistemas carcerários da região norte com ênfase no sistema penitenciário do Estado do Tocantins. Os objetivos **específicos** são 1. Abordar o breve histórico das penas. 2. Discorrer sobre o surgimento do sistema penitenciário. 3. Tratar de ressocialização. 4. Discorrer sobre medidas de ressocialização propostas no Estado do Tocantins.

Quanto a **metodologia**, é por meio da pesquisa científica que ocorre a evolução no mundo, dando sentido à existência da humanidade através dos estudos e análises, surgindo novas verdades, desmitificando dogmas, respondendo questionamentos que outrora não tinham respostas. Sendo assim, neste trabalho opta-se pela pesquisa descritiva uma vez que, após os materiais de pesquisas em mãos, tem-se o objetivo de trabalhar as ideias, descobrir objetivos, construir alternativas.

Assim sendo, abordar-se-á os principais problemas encontrados nas prisões, onde convictamente a superlotação é a principal. Tendo como ferramenta a pesquisa exploratória, utilizando-se de fontes de pesquisas como – Artigos; relatórios técnicos; doutrinas; leis e autores como: Luís Francisco Carvalho Filho, Renato Marcão.

1. BREVE HISTÓRICO DAS PENAS

Acredita-se que o surgimento punitivo deu origem nas comunidades primitivas, os clãs ou bandos quando se depararam com o anseio de instituir regras de convivências e aquele que não cumprisse tais normas era punido, contudo, não existe nenhum meio que comprove a origem do sistema punitivo na sociedade.

1.1 CONCEITO DE PENA

Pena é a medida que o Estado se utiliza para punir o infrator que comete um ato ilícito, típico e culpável, por meio legal, ou seja, procedimental. Assim, o Estado pode e deve utilizar a aplicabilidade da pena ao autor da ação ilícita culpável como forma de compensação do dano provocado por tal ação, punindo o agente da conduta ilícita, com o objetivo de evitar e coibir novos delitos.

Damásio de Jesus (2015, p. 253), ao conceituar a pena, diz que: “a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

Sob a mesma linha de raciocínio, Fernando Capez (2007, p. 358) aduz que:

“sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade”.

Luiz Regis Prado ressalta que a pena é uma reação de uma conduta ilícita: “A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal” (PRADO, 2014, p. 444).

1.2 ORIGEM DA PENA

Segundo a Bíblia sagrada, em gênesis, desde o início da humanidade, com o primeiro casal que já habitou no planeta terra, Adão e Eva foram expulsos do Jardim do Éden por descumprirem a norma de Deus, deixando explícito que o ser humano está sujeito a todas as sortes de erros, ações essas que pode ter vários tipos de penas: “E a Adão disse: Porquanto deste ouvidos à voz de tua mulher, e comeste da árvore de que te ordenei, dizendo: Não comerás dela, maldita é a terra por causa de ti; com dor comerás dela todos os dias da tua vida.” Gênesis cap. 03, Ver. 17 (BÍBLIA, s.p.).

Na medida em que a sociedade foi crescendo, cresceram também os desafios de viver em constante harmonia, tendo em vista que cada ser humano tem formas diferentes de pensar e agir, assim, o ser humano necessitou criar mecanismos para equilibrar tais diferenças. Deste conflito nasce a pena, uma forma de coibir o comportamento imprudente do indivíduo.

Muitas vezes o infrator era morto, durante muitos anos a punição era aplicada de forma cruel, tendo como objetivo causar sofrimento ao infrator com punições físicas como marcas por todo corpo, amputações, decapitações.

Todas as punições eram em praças públicas, como sendo espetáculo, expondo de forma veemente o infrator. Muitas vezes eram deixados em praças públicas amarrados até ali morrerem de fome.

Contudo, em meados do século XIX, essas práticas foram se tornando cada vez mais incomum. Exceto alguns casos de excepcionalidades, as penas passaram a ser mais brandas ou menos cruéis, dando vez a pena restritiva de liberdade.

Segundo Foucault (1999, p. 13):

“A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um ‘fecho’ ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração”.

Com o passar dos anos, muitas evoluções ocorreram tanto na forma de analisar o crime, quanto na forma de aplicar a pena. Muitas ações que outrora infringia alguma norma deixaram de ser crime.

Com o nascimento de leis, as infrações passaram a ser julgados conforme o que preconiza o código, contudo a punibilidade vai além, como ressalta Foucault (1999, p.21):

“A relativa estabilidade da lei obrigou um jogo de substituições sutis e rápidas. Sob o nome de crimes e delitos, são sempre julgados corretamente os objetos jurídicos definidos pelo Código. Porém julgam-se também as paixões, os instintos, as anomalias, as enfermidades, as inaptações, os efeitos de meio ambiente ou de hereditariedade. Punem-se as agressões, mas, por meio delas, as agressividades, as violações e, ao mesmo tempo, as perversões, os assassinatos que são, também, impulsos e desejos.”

Assim sendo, diante o exposto, resta claro que a pena é um mecanismo de punição para aquele ser humano que transgrede alguma lei, que pratica algum crime devendo ser proporcional à gravidade da infração, levando em consideração o dano causado e a intenção da conduta praticada.

2.SISTEMA PENITENCIÁRIO

2.1 OBSERVAÇÕES GERAIS SOBRE SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A população carcerária em toda a América Latina vem crescendo de forma constante nas últimas décadas. Leis duras sobre drogas e políticas anti-facções levaram a um aumento maciço do número de pessoas encarceradas, levando à superlotação em sistemas penitenciários subfinanciados e muitas vezes negligenciados. A maioria dos presos ainda não foi julgada e pode esperar anos por uma audiência. Em alguns países, as gangues continuam operando e recrutando novos membros de dentro das prisões, e os líderes das gangues ordenam extorsões e homicídios atrás das grades.

Esse fenômeno pode ser visto claramente no Brasil, que recentemente alcançou a infeliz distinção de ter a quarta maior taxa de encarceramento do mundo. Nos últimos quinze anos, a taxa de encarceramento do país cresceu 7% ao ano, dez vezes mais rápido que o crescimento populacional. Nos últimos 25 anos, a população carcerária do Brasil subiu de 90.000 para quase 600.000. Prevê-se que suba para 1,9 milhão até 2030 se as taxas atuais persistirem.

Esse aumento maciço está associado a duas tendências inter-relacionadas da última década: primeiro, a expansão do uso da prisão preventiva, mais frequentemente associada à segunda tendência – prisões por posse de drogas, apesar de uma mudança de 2006 no código penal que descriminalizou a posse de drogas. pequenas quantidades de maconha para uso pessoal. Um estudo de 2014 do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) observa que 40% da população carcerária do Brasil aguarda julgamento. O número só para o Rio de Janeiro é de 39%, ou 11.000 pessoas. Nos estados do nordeste do Piauí e Maranhão, essas taxas chegam a 60%.

Em consonância com as tendências prisionais nos Estados Unidos, a maioria dos indivíduos encarcerados no Brasil são jovens do sexo masculino de 18 a 29 anos. Destes, 61,6% são afrodescendentes. Da crescente população carcerária no Brasil, o segmento que mais cresce é o de mulheres, fenômeno consistente com tendências semelhantes na maioria dos países latino-americanos. De 2005 a 2014, a taxa aumentou 10,7% ao ano, de 12.925 para 33.793 durante o período de nove anos. O tráfico de drogas foi o motivo das sentenças de culpa em 64% dos encarceramentos de mulheres.

Em setembro de 2021,

O Depen, órgão do Ministério da Justiça, informou que o total de presos no país é de 811 mil pessoas. Das 1.381 unidades prisionais, 997 têm mais de 100% da capacidade ocupada e outras 276 estão com ocupação superior a 200%. Sobram vagas em apenas 363 prisões (Agência Câmara de Notícias, 2021)

Como tantas disposições constitucionais e leis nos livros no Brasil, uma lei aprovada em 2011 (Lei das Medidas Cautelares), apenas a mais recente de várias leis alternativas de penas para crimes não violentos, raramente é aplicada. Um estudo de 2011 no Rio mostrou que a prisão preventiva ainda é determinada em 73,3% dos casos, enquanto o pagamento de fiança, monitoramento eletrônico e outras alternativas à prisão antes do julgamento são ignorados pela grande maioria dos juízes.

2.2 PREVENÇÃO DA PENA

Falando-se em direito penal, atrelado às políticas públicas, há de se destacar ainda Conforme Santos (2022) as três teorias da pena, a absoluta, a relativa e a mista.

Na teoria absoluta da pena, entende-se que a pena serve tão somente para retribuir o mal causado pelo infrator.

Na teoria relativa da pena, o escopo maior seria o de prevenção. Nesse contexto haveria a prevenção geral, atuante sobre as pessoas como um todo ao saber que alguém que praticou um delito foi punido pelo ente estatal. Nesse contexto seria uma espécie de coação psicológica social, desestimulando a prática.

Doutro ângulo, a prevenção especial, atuante sobre o infrator que, por sua vez se subdivide em positiva, a qual busca a ressocialização do réu e a negativa que busca intimidá-lo a reincidir. Por fim, a teoria mista é, basicamente, uma síntese das duas teorias anteriormente referidas (retribuição, prevenção e ressocialização).

A retribuição é provavelmente a justificativa mais antiga da punição e pode ser encontrada nas teorias oferecidas por Kant e Hegel (SANTOS, 2022). É o fato de o indivíduo ter cometido um ato ilícito que justifica a punição, e que a punição deve ser proporcional ao mal cometido. Sua premissa subjacente foi resumida pelo filósofo Kurt Baier citado por Jesus (2015) da seguinte forma:

- a) Todos os condenados por um delito ou crime merecem punição;
- b) Apenas os condenados por um delito ou crime merecem punição;
- c) A severidade da pena não deve ser inferior à gravidade do crime;
- d) A severidade da pena não deve ser maior que a gravidade do crime

Os teóricos da retribuição afirmam que os indivíduos são seres racionais, capazes de tomar decisões informadas e, portanto, quebrar as regras é uma decisão racional e consciente. Eles propõem uma 'tarifa baseada na ofensa', ou seja, "um conjunto de punições de gravidade variável que são combinadas com crimes de gravidade diferente: penas menores para crimes menores, punições mais severas para delitos mais graves" (JESUS, 2015, pág. 44).

Embora a ideia de retribuição como justificativa para punição criminal muitas vezes goze de apoio intuitivo, ela tem sido submetida a vários tipos de críticas. Alguns críticos, por exemplo, levantaram questões sobre as dificuldades de ordenar ou classificar os delitos. (SANTOS, 2022)

É possível desenvolver uma escala satisfatória de punições para todos os crimes? Outros questionam até que ponto os crimes são cometidos por agentes racionais e argumentam que a retribuição racionaliza indevidamente a criminalidade. Também foi sugerido que punir indivíduos porque agiram de forma errada não aborda as causas subjacentes e as condições sociais que levaram à criminalidade em primeiro lugar, e que a punição precisa incorporar uma abordagem mais reabilitadora. (SANTOS, 2022)

A teoria da incapacitação pressupõe que o Estado tem o dever de proteger o público de futuros erros ou danos, e que tal proteção pode ser concedida por meio de alguma forma de encarceramento ou incapacitação. Previne crimes futuros, desativando ou restringindo a liberdade do infrator, seus movimentos ou a capacidade de cometer um erro adicional. (SANTOS, 2022)

A forma mais extrema de punição incapacitante é a pena de morte, mas existem várias outras formas, incluindo prisão, toque de recolher, prisão domiciliar, monitoramento eletrônico e desqualificação de dirigir para motoristas embriagados. A condenação incapacitante, no entanto, tem sido objeto de sérias críticas, tanto em termos morais quanto empíricos. (SANTOS, 2022)

Uma grande preocupação é que as sentenças incapacitantes punam efetivamente os indivíduos por crimes ainda não cometidos. Um risco inerente à incapacidade é que alguns indivíduos que cometeram um crime e, portanto, estão encarcerados ou incapacitados, não teriam (re)ofendido. Além disso, como sugere Jesus (2015) "mesmo que os métodos de previsão fossem precisos, há naturalmente questões morais e éticas sobre encarcerar indivíduos pelo que eles podem fazer em vez do que realmente fizeram" (ênfase no original).

No entanto, essa justificativa para a punição provou ser altamente popular entre os políticos e a mídia, e claramente desempenhou um papel no aumento significativo das populações carcerárias em muitas jurisdições.

As teorias da dissuasão baseiam-se na filosofia do utilitarismo de Jeremy Bentham, capturada na máxima "a maior felicidade do maior número" (ver, por exemplo: PRADO, 2014)). De maneira semelhante à incapacitação, a dissuasão justifica a punição com base no que ela alcançará no futuro.

Os teóricos afirmam que a dor da punição e os custos de impor essa dor ao ofensor são superados pelos benefícios sociais consequentemente desfrutados. Foi feita uma distinção entre dois tipos de dissuasão: individual (ou específica) e geral dissuasão. (SANTOS, 2022)

A dissuasão individual refere-se ao objetivo de impor punição para impedir que indivíduos que já tenham ofendido o façam novamente. A dissuasão geral justifica a imposição de punição para dissuadir outros potenciais infratores. A lógica dessa teoria é que, se a imposição de punição criminal impede as pessoas de cometer crimes, o público em geral pode desfrutar de uma maior sensação de segurança e proteção (JESUS, 2015)

A dissuasão tem sido frequentemente criticada por não ser nem eficaz nem moralmente aceitável. A evidência da pesquisa é geralmente inconclusiva sobre se a punição impede potenciais infratores de cometer crimes futuros. Além disso, a dissuasão permite que sejam impostas punições desproporcionais aos danos causados, que os inocentes sejam punidos e que sejam punidos os crimes que ainda não foram cometidos.

A premissa central da reabilitação/ressocialização é que a punição pode prevenir crimes futuros ao reformar o comportamento individual do infrator. A reabilitação pode envolver programas de educação e vocacional, aconselhamento, programas de intervenção ou treinamento de habilidades. A premissa comportamental desta teoria da punição é que o comportamento criminoso não é uma escolha racional, mas determinada por pressões sociais, dificuldades psicológicas ou problemas situacionais de vários tipos (PRADO, 2014).

Embora outrora dominante no discurso penal, o ideal de reforma foi desacreditado no início da década de 1970, em parte devido a resultados de pesquisas que sugeriam que as medidas penais destinadas a reformar os infratores não eram mais eficazes do que as medidas punitivas na prevenção da reincidência. (SANTOS, 2022)

Além disso, as abordagens de reabilitação têm sido criticadas por manter uma visão excessivamente determinista do comportamento, que coloca muita ênfase nas condições sociais e culturais e muito pouco na capacidade dos indivíduos de tomar decisões e escolhas. (SANTOS, 2022)

Também conflita com a ideia de um direito a não ser punido desproporcionalmente e não impõe limites à extensão do tratamento ou intervenção. No entanto, a reforma continua a ser uma lógica fundamental em muitos sistemas penais,

Enquanto a reparação na justiça criminal, em nível internacional, pode ser rastreada até o final do século XIX (JESUS, 2015) o conceito de reparação tem sido objeto de maior atenção nos últimos anos. A justificativa da reparação na justiça criminal baseia-se na ideia de que os crimes devem ser corrigidos exigindo que os infratores indenizem as vítimas para reparar o mal que cometeram. A restituição e compensação às vítimas, suas famílias ou comunidades, devem, portanto, ser um objetivo fundamental da justiça criminal.

3. RESSOCIALIZAÇÃO DO SENTENCIADO

3.1 NOÇÕES GERAIS DE RESSOCIALIZAÇÃO

A ressocialização é um processo no qual uma pessoa aprende novas normas, valores e práticas que promovem sua transição de um papel social para outro. A ressocialização pode envolver formas menores e maiores de mudança e pode ser voluntária ou involuntária. (DICK, 2021)

O processo varia desde a simples adaptação a um novo emprego ou ambiente de trabalho, à mudança para outro país onde você precisa aprender novos costumes, roupas, linguagem e hábitos alimentares, até formas ainda mais significativas de mudança, como se tornar pai. Exemplos de ressocialização involuntária incluem tornar-se prisioneiro ou viúvo. (PINHEIRO, 2021)

A ressocialização difere do processo formativo de socialização ao longo da vida, pois este dirige o desenvolvimento de uma pessoa, enquanto o primeiro reorienta seu desenvolvimento.

A ressocialização pode ser tida como um processo de destruição e reconstrução do papel de um indivíduo e do senso de si socialmente construído. Muitas vezes é um processo social deliberado e intenso e gira em torno da noção de que se algo pode ser aprendido, pode ser desaprendido. (RODRIGUES, 2021)

A ressocialização também pode ser definida como um processo que submete um indivíduo a novos valores, atitudes e habilidades definidas como adequadas de acordo com as normas de uma determinada instituição, e a pessoa deve mudar para funcionar adequadamente de acordo com essas normas. A pena de prisão é um bom exemplo. O indivíduo não só tem que mudar e reabilitar seu comportamento para retornar à sociedade, mas também deve acomodar as novas normas exigidas para viver em uma prisão. (RODRIGUES, 2021)

A ressocialização, por vezes, é encara como necessária entre pessoas que nunca foram socializadas desde o início, como crianças selvagens ou severamente abusadas. Também é relevante para pessoas que não tiveram que se comportar socialmente por longos períodos, como prisioneiros que estiveram em confinamento solitário. (RODRIGUES, 2021)

Mas também pode ser um processo sutil não dirigido por nenhuma instituição em particular, como quando alguém se torna pai ou passa por outra transição significativa na vida, como um casamento, divórcio ou a morte de um cônjuge. Após tais circunstâncias, deve-se descobrir qual é o seu novo papel social e como eles se relacionam com os outros nesse papel.

3.2 OBSTÁCULOS A RESSOCIALIZAÇÃO

A maioria dos obstáculos relacionados a ressocialização partem da ausência de medidas efetivas por meio de políticas públicas, atrelada ao estigma vivenciado por eles.

Por parte dos ex detentos possuem dificuldades em conseguir reinserção social pelo estigma e pela ficha de levam.

O estigma na sociedade, a condenação anterior, a privação do direito de dirigir um veículo por muito tempo (em caso de crime relacionado a drogas)", etc. Consequentemente, enfrentar esses problemas exigirá mais recursos e encontrar formas eficazes, que serão desenvolvidas ao longo do tempo. (PINHEIRO, 2021)

Também, no processo de ressocialização, é importante garantir o direito de participação em rituais religiosos, atividades esportivas, culturais, educativas e religiosas, o direito de estar diariamente ao ar livre (desfrutar do direito de caminhar), como todos os estes são fundamentais para atingir a meta de ressocialização. (PINHEIRO, 2021)

Ademais, duramente o proprio cumprimento da pena, muitos de seus direitos são violados, tornando-os ainda mais antissociais. É o caso, por exemplo, de agressões vivenciadas entre detentos ou pelos detentos, tendo com agressor o proprio Estado, diretamente (tortura, etc.) ou indiretamente (pela superlotação, por exemplo).

4 – RESSOCIALIZAÇÃO NO ESTADO DO TOCANTINS

O atual estado do sistema prisional do Tocantins não é diferente de outros estados. O sistema que administra o sistema prisional e faz cumprir as políticas públicas para cumprir integralmente as sentenças dos presos. O departamento administra cerca de 3.700 detentos em sistema fechado, distribuídos por 31 unidades penais do estado. (PINHEIRO, 2021)

As dificuldades com a ressocialização do Tocantins se manifestam de diversas formas. Pela primeira vez, chama a atenção o número de unidades penais em que se divide a população carcerária, ciente da descentralização da população carcerária. (RODRIGUES, 2021)

Nessas unidades penais, a distribuição dos presos em sistema fechado dificulta muito o atendimento aos presos, pois para prestar atendimento é necessário todo um sistema logístico, dificultando a prestação de políticas públicas, e esse número de unidades impossibilita que alguns estagiários obtenham, na maioria dos casos, ajuda extremamente importante na reeducação. (RODRIGUES, 2021)

No que diz respeito à política de trabalho do Sistema Penitenciário Nacional, ela é fiscalizada pela Administração de Reintegração Social, Trabalho Presidiário e Renda, vinculada a esta unidade de fiscalização.

Em uma matéria publicada no site oficial do governo do Estado do Tocantins, no ano de 2020, verificou-se ações contundentes no sentido de ressocializar pessoas em situação de cumprimento de pena. (TOCANTINS, 2020)

Cita-se, por exemplo, um acordo de cooperação Técnica firmado entre a Seciju e a Prefeitura de Gurupi possibilitou a contratação de 10 reeducandos.

Ademais, outras ações são vislumbradas, tais como o ensino e promoção de colheitas feitas pelos próprios apenados, além de ensino obrigatório (fundamental, médio), permissões para participação de ENEM para ingresso no ensino superior e, até mesmo, oficinas profissionalizantes que ensinam atividades que podem ser úteis, como de padeiro.

Ao longo dos anos, a educação inserida no ambiente prisional vem mudando a realidade das cadeias tocantinenses. Segundo o diretor da CPPP, Luiz Miranda, as aulas ajudaram não só a educar e qualificar os detentos, mas também a prevenir rebeliões e tumultos dentro dos cárceres. 'Com as aulas, os presos refletem e passam a ter uma nova perspectiva de vida', diz o diretor. A Escola Estadual Nova Geração atende atualmente 60 estudantes na modalidade EJA - Educação de Jovens e Adultos. (TOCANTINS, 2020, p. 1)

Infelizmente a maioria dessas ações não alcançam todo o sistema carcerário do Tocantins.

“os programas de promoção às políticas ressocializadoras não conseguem alcançar todas as unidades do estado que, conseqüentemente, ficam desassistidas quanto à preparação para o mercado de trabalho”.(NOLETO JUNIOR, 2021)

No entanto, percebe-se, assim, que embora tímidas as ações, elas existem, o que demonstra interesse do Estado.

CONCLUSÃO

Pelo até então exposto, fica clara a fragilidade do estado, no que concerne a garantia dos direitos a que aqueles têm tenham sido privados de liberdade tem direito.

O sistema penitenciário do estado do Tocantins se mostrou similar ao do resto do país, com altos índices de encarceramento, atrelado, também, a superlotação, o que, sem dúvidas, influi na ressocialização.

Atingir a meta de ressocialização é um processo abrangente e complexo, alcançado por meio de uma combinação de diferentes ações. Especificamente, o exercício dos direitos conferidos ao acusado pela lei é um dos contribuintes para a ressocialização. Portanto, todos os direitos previstos em lei para o acusado serão garantidos na prática.

O processo de ressocialização é, de fato, impossível sem a formação geral e profissionalizante do apenado, pois a educação faz parte do programa de ressocialização e tem caráter estritamente educativo.

Contudo, nada obstante estar longe do ideal, o sistema penitenciário do estado do tocantes tem promovido ações de ressocialização, pelo que, futuramente, há possibilidade que os numeros de encarceramento, bem como os dados de reincidência possam diminuir, caso tais ações logrem êxito.

Como sugestões de pesquisa futuras, tem-se de pesquisar afundo sobre os motivos pelos quais alguns direitos do apenas são desrespeitados. Isto porque percebe-se que o que vem escrito na referida lei é muito bonito, no entanto permanece apenas no papel, pois o estado não garante medidas para a efetivação de tais direitos. Seria falta de tempo? Quanto tempo seria necessário para a disponibilização real dessas garantias? A referida lei já existe há, pelo menos 3 décadas e meia.

REFERÊNCIAS

BIBLIA SAGRADA. **BIBLIA ONLINE**. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf>. Acessado em: 13 Nov. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte Especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHINAZZO, Cosme Luiz. **Instrumentalização Científica**. Rio Grande do Sul, Canoas. Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, 2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016**. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acessado em 30 out 2021.

DICK, C. S. RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA. **Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação**, 7(1), 518–528. 2021. <https://doi.org/10.51891/rease.v7i1.1063>

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. São Paulo. Edição 20ª Ed.: Vozes, 1999.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUS BRASIL. **O sistema penal e a ressocialização do preso no Brasil**. Publicado em agosto de 2015 por Eleones Rodrigues Monteiro Filho. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41528/o-sistema-penal-e-a-ressocializacao-do-preso-no-brasil>. Acessado em 25 Ago. 2021.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade**. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

NOLETO JÚNIOR, Dilson Rodrigues. Ressocialização no Estado do Tocantins: a importância do trabalho no processo de reinserção social nas políticas de execução penal do Tocantins no regime fechado. 2021. Conteúdo Jurídico. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/56831/ressocializacao-no-estado-do-tocantins-a-importancia-do-trabalho-no-processo-de-reinsercao-social-nas-politicas-de-execucao-penal-do-tocantins-no-regime-fechado>>. Acesso em: 13 maio 2022.

PINHEIRO, Bárbara Vieira de Sousa. **Uma análise da implementação da política de alternativas penais e dos serviços de acompanhamento nas Centrais de Penas e Medidas Alternativas do Tocantins**. 2021. 78 f. Monografia (Especialização) - Curso de Serviço Social e Política Social, UFT, Miracema, 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES, Fernanda Cardoso. **Uma análise do processo de ressocialização dos condenados por crimes no estado do Tocantins através do mercado de trabalho**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 abr 2022, 04:13. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58203/uma-analise-do-processo-de-ressocializacao-dos-condenados-por-crimes-no-estado-do-tocantins-atravs-do-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 13 maio 2022.

SANTOS, R. J. F. . **ANÁLISE DA FUNÇÃO PREVENTIVO ESPECIAL POSITIVA DA PENA FRENTE ÀS POSSIBILIDADES DE SE FIRMAR PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs) NA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA**. Portal De Trabalhos Acadêmicos, 8(3). 2022. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/academico/article/view/1903> Acesso em: 13 maio 2022.

Tocantins. **Ações do Governo garantem ressocialização para reeducandos de unidades prisionais do Tocantins.** 2020. <https://www.to.gov.br/secom/noticias/acoes-do-governo-garantem-ressocializacao-para-reeducandos-de-unidades-prisionais-do-tocantins/vs0uoppmrg> Acessado em: 13 mai. 2022.

Tocantins. **Projeto de ressocialização educativa completa 3 anos.** 2020. <https://www.to.gov.br/secom/projeto-de-ressocializacao-educativa-completa-3-anos/79om1usfgb87> Acessado em: 13 mai. 2022.

VARGAS, Juliana. **Instrumentalização Científica.** Rio Grande do Sul, Canoas. Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, 2017.

FEMINICÍDIO NO BRASIL

FERNANDA ALVES RODRIGUES:

Graduanda em Ciências Sociais e Jurídicas da Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: Qualquer tipo de violência é ilegal. As leis sobre a violência contra as mulheres dão apoio adicional às mulheres e famílias afetadas pela violência. A Lei 13.104/2015 artigo 121 do código penal que tipifica o feminicídio como homicídio qualificado hediondo. Queremos evidenciar o feminicídio no Brasil, como o quinto país no ranking mundial de crimes contra as mulheres. A legislação sobre feminicídio é, sem dúvida, um grande salto nos direitos das mulheres; no entanto, é necessário destacar a necessidade de organismos de administração de justiça fazerem o acompanhamento da aplicação da lei penal e das circunstâncias agravantes nela apresentada. Dentre os objetivos legais está a incorporação de medidas de proteção às vítimas que garantam a aplicação da lei, desenvolver o acompanhamento da eficácia das normas, em particular dos processos judiciais para a sua correta implementação por atores do sistema de administração de justiça: forças policiais, promotores públicos, membros do poder judiciário, entre outros. Trabalhando para aumentar a conscientização e melhorar as habilidades dos operadores de justiça com base nos direitos humanos através de uma perspectiva da cultura da igualdade.

Palavras- chave: Direito Penal. Feminicídio no Brasil. Gênero. Homicídio. Violência.

ABSTRACT: Any kind of violence is illegal. Laws on violence against women provide additional support to women and families affected by violence. Law 13.104/2015 article 121 of the penal code that typifies femicide as a heinous qualified homicide. We want to highlight femicide in Brazil, as the fifth country in the world ranking of crimes against women. The femicide legislation is, without a doubt, a huge leap in women's rights; however, it is necessary to highlight the need for justice administration bodies to monitor the application of criminal law and the aggravating circumstances presented therein. Among the legal objectives is the incorporation of measures to protect victims that guarantee the application of the law, develop the monitoring of the effectiveness of norms, in particular of judicial processes for their correct implementation by actors in the justice

administration system: police forces, public prosecutors, members of the judiciary, among others. Working to raise awareness and improve the skills of human rights justice operators through a culture of equality perspective.

Keywords: Criminal Law. Femicide in Brazil. Genre. Murder. Violence.

INTRODUÇÃO

Apesar de se destacar em potência mundial, o Brasil vivencia um dos maiores problemas sociais, como a persistência da violência contra a mulher. Diante da gravidade dessa questão à uma ação conjunta de Estado e da sociedade para seu efetivo combate, desde que surgiu a Lei do Femicídio 13.104/2015 que prevê circunstância qualificadora como crime hediondo no artigo 121 do Código Penal (SUNDE et al., 2021).

O feminicídio e o assassinato de mulheres pelo simples fato de ser mulher, eles são praticados por companheiros ou conhecidos da vítima, o feminicídio depende das condições em que um crime ocorre, um deles é o crime que o homem havia matado a mulher por vários motivos como ciúmes, traição etc. Portanto isto, acabava resultando no julgamento da vítima e inocentando o agressor (RITT e RITT, 2020).

No Brasil, o feminicídio é uma modalidade de homicídio qualificado criada pela Lei 13.104, de 9 de março de 2015, quando cometido “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (LOUREIRO, 2020). A lei introduziu uma qualificadora que aumenta a pena para autores de crimes de homicídio praticado contra mulheres. A aplicação da qualificadora eleva a pena mínima deste crime de 6 para 12 anos e a máxima, de 20 para 30 anos.

A classificação de feminicídio vem para substituir isto e dar visibilidade a essa violência de gênero, sendo assim, não existe crime de amor, mas sim trata-se de um crime de ódio. Nosso país ocupa o quinto lugar no ranking mundial de feminicídio, uma triste realidade. O fundamento legal visa a igualdade entre homens e mulheres, através do acesso das mulheres a uma vida livre de violência, constitui-se em instrumentos fundamentais para proteger os direitos das mulheres. Os mecanismos institucionais e as orientações que devem ser seguidas para alcançar a igualdade substantiva de gênero nas áreas público e privado (BARBOSA, 2018).

A natureza geral das leis eleva ao estatus de ordem pública e interesse social com vigência geral no território nacional. As leis incluem os compromissos assumidos pelo Estado para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, prevenindo, punido e erradicando a violência contra a mulher. Salienta-se que todas as convenções e tratados internacionais são de responsabilidade de todas as instâncias em todos os níveis e ordens governamentais. Aqueles que se referem aos Direitos Humanos são compromissos que o Estado assume com as pessoas, ou seja, obrigações e deveres que são assumidos para a proteção de seus direitos (BARROS e SOUZA, 2019).

As leis citadas mostram o comprometimento do Brasil, portanto, na qualidade de estado membro das Nações Unidas, ratifica as convenções, e com isso responde à obrigação de “incluir as normas penais, civis e administrativas em sua legislação interna, bem como as de outra natureza que sejam necessárias. A referida obrigação vem acompanhada também do compromisso de “assumir todas as medidas apropriadas, incluindo medidas legislativas, para modificar ou abolir as leis e regulamentos existentes, ou para modificar as práticas legais ou consuetudinárias que apoiam a persistência ou tolerância da violência contra a mulher “e adotar” medidas judiciais para que os agressores se abstenham de assediar, intimidar, ameaçar, prejudicar ou colocar em perigo a vida das mulheres de qualquer forma que ameace sua integridade (LANA et al., 2020).

Portanto, o objetivo da presente pesquisa é para ampliar várias formas de combater essa violência vivenciada em nosso país e no mundo.

CAPÍTULO I - CONCEITO DE FEMINICÍDIO

Feminicídio (*feminicide*) e femicídio (*femicide*) possuem o mesmo significado semântico, conforme a doutrina da precursora do termo, Diana Russell. Feminicide e femicide são termos utilizados pela Organização das Nações Unidas (ONU) para expressar o mesmo fenômeno jurídico e social (LOUREIRO, 2020).

Segundo Basquera (2021), a violência contra a mulher se constrói a partir de um conjunto de atos que, isolados ou em conjunto, têm como resultado a violação dos direitos humanos, a integridade física, moral, patrimonial e psíquica da mulher

A morte violenta de mulheres por motivos de gênero, classificada em nosso sistema penal como feminicídio, é a forma mais extrema de violência contra a mulher. A morte violenta de mulheres por motivos de gênero é classificada em nosso sistema penal como feminicídio. A violência contra as mulheres tem sua origem na desigualdade de gênero, ou seja, na posição de subordinação, marginalidade e risco em que se encontram em relação aos homens (ROCA, 2020).

À medida que o surgimento dos dados mencionados acima e casos de destaque lançam uma luz maior sobre esta epidemia mundial mobilizam o público para colocar uma pressão considerável sobre as autoridades brasileiras, continua sendo extremamente importante entender o contexto jurídico do feminicídio no Brasil e como seu processo de ação penal poderia afetar os dados, a mídia, a taxa de ocorrência etc. Antes de 1992, o termo “feminicídio” era usado pela mídia e pela sociedade em geral de forma coloquial

para indicar a morte de uma mulher. De acordo com a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Comissão Interamericana de Mulheres (CIM), naquele mesmo ano, Diana Russell e sua colega Jill Radford redefiniram o feminicídio como “o assassinato de mulheres, cometido por homens, pela simples razão de serem mulheres”. Ao elucidar os motivos de gênero dos homens em matar mulheres, que incluem “tentativas de controlar suas vidas, seus corpos ou sua sexualidade, a ponto de punir com a morte as mulheres que não aceitam essa submissão”, Russell e Radford forneceram ambos os contextos jurídicos e sociais para o conceito de feminicídio (FONSECA et al., 2018).

O conceito ganhou notoriedade significativa no Brasil quando Marcela Lagarde pegou a noção mencionada de feminicídio apresentada por Russell e Radford e a desenvolveu como “feminicídio”, ao invés de femicídio (que constitui a tradução literal). A Declaração da OEA sobre femicídio relata que “a posição de Lagarde era que o feminicídio poderia ser entendido como a morte de mulheres sem especificar a causa, enquanto o feminicídio sintetizava melhor as razões de gênero e a construção social por trás dessas mortes, bem como a impunidade que as cerca. Posteriormente, ela usou o termo feminicídio (feminicídio) para analisar uma onda de assassinatos motivados pelo gênero que começou por volta de 1993 e continuou a substanciar sua importância em sua pesquisa profissional (LANA et al., 2020).

Antes da classificação do feminicídio como uma construção social e categoria de crime, muitos desses assassinatos eram erroneamente rotulados como “crimes passionais”, porém os crimes passionais são definidos como “um crime cometido por causa de sentimentos emocionais muito fortes, especialmente em conexão com uma relação sexual”. O mesmo termo também tem sido frequentemente usado para descrever crimes violentos contra pessoas LGBT. No entanto, uma vez que o termo “feminicídio” foi cunhado e o fenômeno foi explicado e adotado pela mídia e pelo público, diferentes facetas do Estado brasileiro começou a compreender as implicações de gênero desse tipo de violência contra as mulheres (FRANÇA, 2020).

O mesmo autor, o preconceito e sexismo ainda permeiam os crimes violentos contra as mulheres. Embora o feminicídio frequentemente ocorra entre parceiros românticos, não deve constituir o aspecto definidor desse fenômeno. Conforme elucidado antropóloga Marcela Lagarde, *“a explicação do feminicídio está no domínio do gênero: caracterizado tanto pela supremacia masculina quanto pela opressão, discriminação, exploração e, acima de tudo, exclusão social de meninas e mulheres.”* (FRANÇA, 2020).

Segundo Campos (2015), o crime de feminicídio é cometido por quem priva a mulher da vida por razões de gênero. Considera-se que há razões de gênero quando ocorre qualquer uma das seguintes circunstâncias:

- ✓ A vítima apresenta sinais de violência sexual de qualquer tipo;

- ✓ Lesões inflamatórias ou degradantes ou mutilações, antes ou depois da privação da vida ou atos de necrofilia, foram infligidos à vítima;
- ✓ Existem antecedentes ou dados de qualquer tipo de violência no ambiente familiar, laboral ou escolar do agressor contra a vítima;
- ✓ Houve uma relação sentimental, emocional ou de confiança entre o ativo e a vítima;
- ✓ Existem dados que estabelecem a existência de ameaças relacionadas com o ato criminoso, assédio ou injúria do autor do crime contra a vítima;
- ✓ A vítima foi mantida incomunicável, qualquer que fosse o período anterior à privação de vida;
- ✓ O corpo da vítima é exposto ou exposto em local público.

A circunstância um descreve que o feminicídio pode ocorrer por meio de um ato sexual não consensual que visa a subordinação e dominação das mulheres. Observando as tendências de forma mais geral, segundo a ONU Mulheres, *“uma em cada 3 mulheres com mais de 15 anos sofreu algum tipo de violência sexual”*, na América Latina e em partes do Caribe, é classificada como epidemia pela OMS. Além disso, a ONU Mulheres afirma que *“o feminicídio e a violência sexual estão intimamente ligados à falta de segurança do cidadão, à impunidade geral e a uma cultura machista que subestima as mulheres”*, fatores que estão difundidos no Brasil. Existem dados que estabelecem a existência de ameaças relacionadas com o ato criminoso, assédio ou injúria do autor do crime contra a vítima (LOUREIRO, 2020).

O feminicídio não é considerado um ato isolado que acontece sem indícios anteriores, mas também o resultado de atos contínuos de violência contra a vítima por parte do autor. Em outras palavras, o autor de um femicídio é alguém que abusou sexual ou violentamente da vítima antes do assassinato (aspecto físico e emocional). Um relatório de 2019 do Instituto Nacional de Estatística e Geografia (IBGE) baseado em dados coletados no país, demonstram que (43,3%) das mulheres brasileiras já sofreram agressões de seus parceiros. Os críticos destacam que o Brasil tem sido negligente em interromper essas sucessões de ataques antes que resultem na morte de mulheres (FÓRUM DE SEGURANÇA, 2020).

As lesões inflamatórias ou degradantes ou mutilações, antes ou depois da privação da vida ou atos de necrofilia, foram infligidos à vítima. Essa circunstância discute as

características físicas dos atos violentos, que incluem arranhões, hematomas, cortes, feridas de arma de fogo. Em essência, espera-se que essas lesões e mutilações sejam qualquer uma das designações acima mencionadas, sem ter uma definição explícita e/ou ponto de referência para classificá-las como tal. Isso pode contribuir para uma compreensão e aplicação ineficazes desta parte da lei. A segunda categoria de razões de gênero abrange os tipos de atos que ocorrem antes ou depois da morte da mulher (XAVIER, 2019).

A vítima foi mantida incomunicável, qualquer que fosse o momento anterior à privação de vida. A circunstância afirma que durante o crime as mulheres podem não estar em condições de se comunicar ou solicitar a ajuda de terceiros, deixando-as bastante indefesas. A natureza temporal desta circunstância porque não define quanto tempo, ou seja, "o tempo anterior à privação de vida". Com isso, observa-se a necessidade de ampliar essa noção de forma mais concisa, isolando o que de fato estão tentando legislar: Quando a vítima se encontra em estado de indefesa, esta deve ser entendida como a situação de real desamparo ou incapacidade que impossibilita a sua defesa. Seja pela dificuldade de comunicação para receber ajuda, seja pela distância de um local habitado ou porque existe algum impedimento físico ou material para solicitar ajuda (BASQUERA, 2021).

O corpo da vítima é exposto ou exposto em um lugar público. Embora isso possa parecer circunstancial para o crime de feminicídio, possui um significado poderoso. Em seu texto *Mulheres e a esfera pública: uma perspectiva moderna* Joan Landes, professora de Estudos e História da Mulher na Universidade Estadual da Pensilvânia, postula que foi negado às mulheres o estatus de sujeito político quando as concepções e definições de subjetividade política e, de maneira mais geral, a política foram moldadas na era pré-moderna. Como atores da esfera privada, seu tratamento e luta pelos direitos humanos foram, e ainda são, tornados invisíveis (AVON, 2020).

Com as mulheres agora ocupando cargos no mercado de trabalho e na esfera pública, os homens muitas vezes confundem a liberação feminina como uma espécie de intrusão em relação a papéis de gênero previamente solidificados. Assim, quando os homens cometem feminicídio e exibem o corpo na arena pública, estão enviando uma mensagem psicológica para as mulheres (FRANÇA, 2020).

No entanto, a Comissão Nacional de Direitos Humanos (CNDH) se opôs, afirmando que a eliminação do feminicídio como uma categoria de crime constituiria um "retrocesso" pela "especificidade do conteúdo, implicações e significado deste crime, (porque) torna invisível o componente essencial do ódio contra as mulheres, bem como, por meio dele, busca perpetuar os padrões culturais de subordinação, inferioridade e opressão das mulheres" (SUR, 2018).

Com a análise acima mencionada sobre o contexto jurídico do feminicídio e as possíveis ameaças à sua situação jurídica, é importante determinar quantitativamente se certas disposições legais são responsáveis pela redução das taxas de feminicídio em alguns

estados. Ao obter essas informações, o governo pode ajustar com mais eficácia sua política federal e resposta ao crime (FRIZONI, 2019).

De acordo com Greco (2017), as circunstâncias essenciais de qualificação para o feminicídio são descritas como “razões de gênero”, que podem ser divididas em duas categorias:

- 1) As várias formas que o ato de violência pode assumir e
- 2) os tipos de atos que ocorrem antes ou depois do morte da mulher.

Na tabela 1, é possível verificar estudos importantes sobre o feminicídio no Brasil e no Mundo.

Tabela 1. Principais Estudos sobre o feminicídio no Brasil e no mundo.

Nr	Referências	Método	Objetivo	Situações associados ao feminicídio	Resultados da pesquisa
Artigo 1	VANEGAS (2015).	Revisão (Colômbia)	Analisar o feminicídio dentro de um contexto mais amplo da violência contra a mulher.	Violência contra a mulher (doméstica, sexual, física, psicológica, econômica e patrimonial, estrutural e institucional). - Relação de subordinação e dominação - Prostituição forçada - Entre casais: objetificação do corpo e vida da mulher - Impunidade gerada pelo Estado. - Ciúme - Discriminação	A violência contra as mulheres é um conceito amplo que não pode ser reduzido à violência sexual e nem pode ser confundido com feminicídio. Esse é o ato extremo de violência, mas no meio encontramos outras formas, como a violência simbólica, estrutural e econômica. Na Colômbia o feminicídio foi tipificado no artigo 26 da Lei 1257 de 2008, mas somente até 4 de março de 2015 o Supremo Tribunal de Justiça emitiu sentença que lançou as bases para o entendimento da conduta e a configuração com toda a seriedade. Ao contrário do que foi afirmado no julgamento de segunda instância analisado, o ciúme não constitui um ato passional, mas faz parte do padrão de dominação e, portanto, não pode ser reconhecido como atenuante, mas agravante. Foi percorrido um longo caminho para uma verdadeira igualdade entre homens e mulheres, mas ainda há um longo caminho a percorrer para eliminar a violência e a discriminação.
Artigo 2	ALBARRAN (2015).	Revisão (Venezuela)	Apresentar diferentes concepções de feminicídio e examinar diferentes interesses e perspectivas teóricas.	-Tolerância social em relação à violência contra as mulheres. -Impunidade praticamente generalizada. -Falta de vontade política para enfrentar específica e adequadamente a violência contra as mulheres. - Supremacia masculina. -Ato passional (esposo, ex-esposo, namorado e relacionamento casal conturbado). - Poder, controle e dominação de homens sobre mulheres - Violência sexual	Segundo dados do Centro de Estudos da Mulher na Venezuela, 60 feminicídios foram registrados no primeiro semestre de 2014. Atualmente, a imprensa relata pelo menos uma mulher morta semanalmente. O desenvolvimento conceitual do assunto ainda é incipiente na Venezuela. Sem dúvida, o debate social e político sobre a relevância da criminalização desse crime na legislação venezuelana é de grande importância, desde que não se desvie a atenção de outras obrigações que o Estado tem para garantir os direitos das mulheres para uma vida livre de violência e do feminicídio.

Artigo 3	SOUSA (2016).	Revisão (Brasil)	<p>Formular um olhar sobre o fenômeno do feminicídio a partir das categorias de análise da diferença e hierarquia, entendidas no âmbito dos estudos feministas.</p>	<p>-Ameaçam a dignidade da mulher -Prática de extermínio seletivo, desaparecimento ou rapto, com tortura, violação sexual, quase sempre seguida de morte, de mulheres jovens, trabalhadoras e pobres, submissão, escravidão, exploração sexual, mutilação sexual. -Violência associada a contextos generalizados de ódio e de discriminação sobre as mulheres.</p>	<p>O conjunto de noções, produzidas no âmbito dos estudos feministas, ainda que tenham vindo a constituir-se como alertas e esclarecimentos relevantes que informam a agenda política, não têm tido capilaridade decisiva nas representações sociais, tanto no empoderamento das mulheres de se colocarem como sujeitos de direitos, como na reversão dos valores assimilados pelos homens, sobretudo no âmbito das relações familiares. Tal constatação evidencia-se, por exemplo, nos desdobramentos da Lei Maria da Penha, que, poucos anos após a sua aplicação, não conseguiu colocar-se como mudança de paradigma a partir dos valores das lutas feministas e dos direitos humanos. As iniciativas legislativas que ocorrem ao redor do mundo têm compreendido aquela diferença imposta pela hierarquia como um fator determinante da discriminação e das práticas de submissão violenta da mulher.</p>
Artigo 4	OLIDEN; VELÁSQUEZ (2017).	Estudo de caso (Bolívia)	<p>Analisar um dos fenômenos mais controversos e importantes do nosso ambiente "feminicídio" como base no modelo ecológico de fatores de violência.</p>	<p>-Vida familiar conturbada (violências). -A pobreza e o desemprego. -A falta de legislação e serviços para as mulheres em situação de violência. -A tolerância e a legitimação social da violência. -O isolamento das mulheres, tanto da comunidade como da família, e a impunidade dos agressores, contribuem para a reprodução do problema. -Ambiente econômico e social, às formas de organização da sociedade, às normas e crenças culturais que contribuem para criar um clima em que a violência é incentivada ou inibida.</p>	<p>A presença de violência em famílias de origem (1º ambiente familiar pai-mãe) como em seu 2º ambiente familiar (mãe-padrasto) influenciador para as crianças por serem expostas a tais atitudes da família. Chegando à adultez e à formação de sua própria família, haverá a tendência de reproduzir a violência por ser o repertório comportamental aprendido na infância e entendido como o "normal" e aceitável. Dessa maneira demonstra como isso influencia, dentro do modelo ecológico da violência (um modelo que afirma em seu segundo plano ou nível que a relação do indivíduo com seu ambiente imediato, ou seja, as relações mais próximas que ocorrem na família de pertença, ou pessoas que formam o grupo familiar e/ou vivem em ambientes familiares violentos, sofrendo agressões de qualquer tipo ou testemunhando a prática de atos de violência) a predispor as pessoas a perpetuarem tais atos na adolescência, juventude e vida adulta.</p>

Artigo 5	GOMES (2018).	Revisão (Colômbia)	Apresentar um panorama da produção epistemológica feminista latino-americana que reconhece três ênfases na análise, compreensão e resposta para os feminicídios.	-Relações de poder que implicam confiança, autoridade e subordinação (chefia, relação laboral e docente), atual ou pregressa. -Violência sexual e/ou estupro. -Trabalhadora do sexo. -Violência pregressa (inclusive ameaças) por parte do autor do crime. -Sinais de misoginia e ódio contra a vítima mulher. -O crime precedido de sequestro e cometido na frente de filhos e filhas da vítima.	O feminicídio existe na realidade e é a expressão letal que representa a dimensão mais brutal da violência de gênero praticada contra as mulheres. Há que se insistir na necessidade de reconhecimento das três vertentes do debate, presentes na literatura existente, que discorre sobre os feminicídios. Falar das mortes violentas de mulheres em sua totalidade não é o mesmo que analisar os assassinatos de mulheres, bem como é muito diferente da reivindicação de um tratamento penal adequado. Cada uma dessas ênfases revela uma compreensão do fenômeno e um objetivo em questão, seja denunciar um conjunto de violações e violências sistemáticas, conhecer as especificidades das mortes por assassinato, ou buscar justiça, punição e reconhecimento da gravidade dos crimes.
Artigo 6	LÓPEZ-OSSORIO et al (2018).	Revisão (Espanha)	Descrever problemas de gênero e de assimetria a perspectiva de violência e descrição de seus fatores de risco.	-Fatores Sociais (posição desigual das mulheres · Pobreza · Uso regulatório da violência). -Fatores Comunitários (aceitação das normas / papéis tradicionais de gênero). -Fatores Relacionais / Familiares (o homem tem múltiplos parceiros sexuais · Insatisfação conjugal). -Fatores Individuais (baixa escolaridade · Uso nocivo de álcool / drogas · Aceitação da violência).	Na Espanha, a luta contra a violência por parceiros íntimos é uma questão de Estado há muitos anos. Sua forma mais grave é o homicídio, que, embora tenha taxas muito baixas em comparação com outros países vizinhos e a tendência tenha caído nos últimos anos, gera um alarme social elevado. Historicamente, houve um debate teórico entre a "perspectiva de gênero" e a "perspectiva de violência", que foi tentada resolver com o "modelo ecológico" (mais inclusivo e multi-causal). O debate aberto mostra que a violência por parceiro íntimo e o homicídio, como a forma mais extrema, são fenômenos complexos, diferentes até certo ponto, que requerem uma análise multi-causal e na qual fatores individuais, relacionais, sociais, culturais e ambientais interagem.

Artigo 7	PÉREZ MANZANO (2018).	Revisão (Espanha)	Oferecer uma interpretação coerente e útil do comportamento feminicida.	-Desvalorização/discriminação do casal ou ex-parceiro. -Misoginia/ ódio às mulheres. -Prazer, ganância, raça, religião, orientação sexual ou identidade de gênero.	À morte de uma mulher nas mãos de seu parceiro ou ex-companheiro, constitui um instrumento de dominação discriminatória, ou seja, violência exercida contra a mulher para manter ou restaurar relações desiguais de poder ou, simplesmente, reafirmar o sentido discriminatório de seu ato, negando à vítima seu direito à igualdade. Nessa perspectiva, o feminicídio do casal ou ex-parceiro é um crime de ódio, uma vez que o que é característico disso é sua dimensão coletiva e a condição paralela e dispensável da vítima. No feminicídio do companheiro ou ex-companheiro, a morte da mulher está relacionada ao comportamento concreto preconcebido (machismo) e esperado da mulher concreta.
Artigo 8	MAIA (2019).	Revisão (Brasil)	Entender como as representações de gênero operam, como são acionadas nos discursos que circulam nos processos e como elas acabam constituindo a base para a atribuição das penas.	-Assassino pertencer a algum grupo de gangue ou facção. -Maus-tratos que a vítima sofria do ex-companheiro. -Violência emocional. -Provocações entre parceiros ou com ex-parceiro. -Crimes passionais. -Uso de drogas e a prática de prostituição.	A tipificação do feminicídio e a fixação de penas mais elevadas para os feminicidas cumprem a importante função de chamar atenção, no âmbito da sociedade e no cotidiano das pessoas, para as relações assimétricas de poder historicamente instituídas que fundamentam esses crimes baseados em gênero. Mas, embora seja um dos países onde as mulheres mais morrem, o Brasil foi um dos últimos países na América Latina a criar uma lei específica sobre o feminicídio e o que determinou as penas mais brandas. Além disso, a aprovação do texto final da lei indica um retrocesso em relação aos estudos e às discussões em torno desses crimes. A lei do feminicídio foi uma resposta do Estado às pressões feministas e uma tentativa de proteger as mulheres, em um momento de ampliação e de reconhecimento de seus direitos no Brasil. Ela tem sido fundamental para nomear, reconhecer e dar visibilidade à violência de gênero, por séculos naturalizada e silenciada. Entretanto o poder de disciplina, de coerção e de punição não é suficiente para mudar comportamentos e valores.
Artigo 9	RUIZ-PÉREZ; PASTOR-MORENO (2020).	Revisão (Espanha)	Analisar as medidas de contenção adotadas até o momento pelo governo da Espanha e pelas comunidades autônomas e as iniciativas formuladas em diferentes países.	-Ausência de medidas econômicas concretas propostas até o momento (da COVID-19). -Dificuldades que as mulheres podem encontrar para registrar uma queixa devido ao confinamento e à coexistência direta com o agressor. - Limitações na mobilidade física durante o isolamento.	À medida que mais países implementaram medidas de contenção, foram relatados aumentos preocupantes. As linhas de ajuda registraram um aumento de 91% na Colômbia, 60% no México, 40% na Austrália, 30% em Chipre e 20% nos Estados Unidos. Na Espanha, chama o 016 (telefone de informações e conselhos sobre violência de gênero) aumentaram 10,5% e as consultas online 182,93% em relação a março do ano anterior. Como resultado da declaração de estado de alarme e confinamento, novas medidas foram adotadas para aliviar o possível impacto da violência de gênero. Dois dias após o início da quarentena, o Ministério da Igualdade aprovou um Plano de Contingência contra a violência de gênero diante da crise do coronavírus. Esse plano inclui várias medidas necessárias para adaptar e garantir o bom funcionamento dos

serviços voltados à proteção das vítimas de violência de gênero nas atuais circunstâncias excepcionais. Em 31 de março, o conselho de ministros aprovou um Decreto-Lei Real de medidas urgentes para proteger e ajudar vítimas de violência masculina durante a crise da COVID-19.

Fonte: Sunde et al., 2021.

CAPÍTULO II - ESTATÍSTICAS DO CRIME DE FEMINICÍDIO

O Brasil tem lutado com a questão da violência de gênero e, mais especificamente, com o feminicídio por muitos anos, o que se torna uma grande preocupação, não só para nosso país, mas no mundo (ONUMULHERES, 2021).

Para classificar um crime como feminicídio, é necessário que haja características e motivos qualificadores que colaborem com o ato de homicídio. Algumas dessas características e motivos podem ser claros no início de uma investigação, enquanto outras podem não se tornar evidentes até que o caso seja julgado (ORTEGA, 2021).

Estudos indicam que a taxa de feminicídios no Brasil chega a 4,8 casos a cada 100 mil mulheres, colocando o país na 5ª posição dos países com maior incidência de casos no mundo e, durante o período entre 1980 e 2013 ocorreram cerca de 106.093 assassinatos de motivação misógina (BRASIL, 2018). Segundo a AGÊNCIA BRASIL (2020), no estado de São Paulo, em 2019, a cada 10 vítimas de feminicídio, 7 foram assassinadas dentro de casa. Um total de 125 mortes ocorreram nas residências das vítimas no ano passado, o que representa um aumento de 40% em relação a 2018, em que ocorreram 89 mortes em casa. O levantamento foi revelado pelo Instituto Sou da Paz, com base nos números disponibilizados pela Secretaria de Segurança Pública do estado e Corregedorias das Polícias Civil e Militar. A fonte sustenta, ainda, que em 80% dos casos a vítima conhecia o autor do feminicídio (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Conforme dados coletados pelo Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e Caribe, é possível afirmar que, em 2018, nos 15 países desta região que informaram

dados oficiais, ocorreram 3.529 femicídio/feminicídios. No Brasil, foram registrados 1.206 casos de feminicídio, em 2018, ficando com a taxa de 1,1 feminicídio por 100 mil habitante. Não é a maior taxa, considerando países cujas taxas são bem maiores: El Salvador (6,8), Honduras (5,1), Bolívia (2,3), Guatemala (2,0) e República Dominicana (1,9). Ocorre que os dados brasileiros não estão completos, pois ignora o número expressivo de morte de mulheres que não são classificados como feminicídio. Na verdade, o levantamento realizado com base em dados oficiais dos Estados e do Distrito Federal contabiliza 4.254 crimes letais intencionais contra mulheres, em 2018. Não foram encontradas explicações para que somente 1.206 casos tenham sido classificados como feminicídio, no mesmo período (FÓRUM DE SEGURANÇA, 2020).



Figura 1. Crescimento de denúncias. Fonte:

Os números mencionados acima podem ser muito maiores quando se levam em consideração as deficiências e vieses na coleta e conceituação dos dados do feminicídio. Por exemplo, os elevados níveis de impunidade no Brasil agravam ainda mais esse problema.

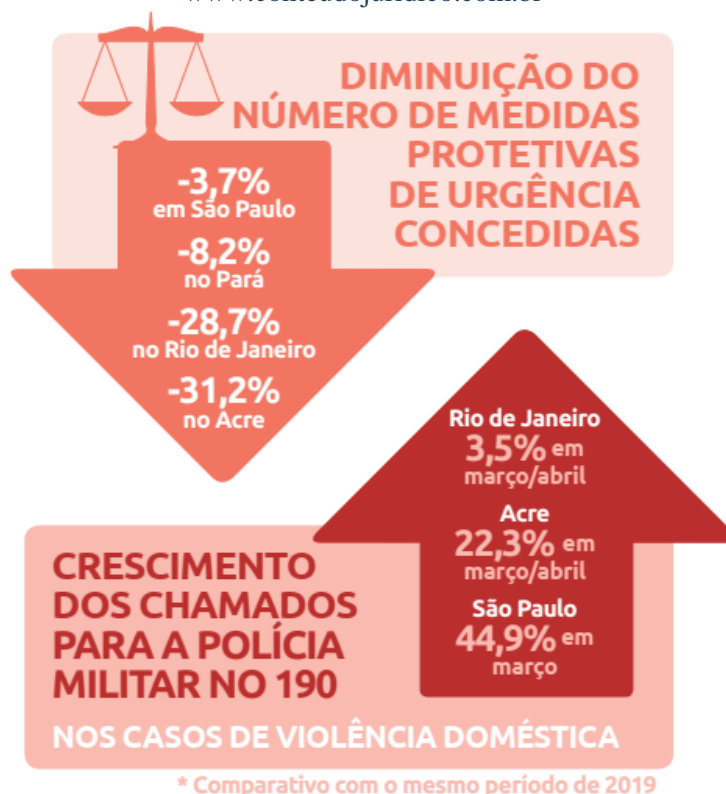


Figura 2. Diminuição dos números de medidas protetivas de urgência concedidas. Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021.

O fenômeno do feminicídio na América Latina e no Caribe constitui uma forma alarmante de violência contra a mulher. As taxas de feminicídio / feminicídio na região estão entre as mais altas do mundo. Dos 25 países com taxas altas e muito altas de feminicídio, mais de 50% estão nas Américas (SOUZA, 2021).

CAPÍTULO III – LEGISLAÇÃO DO BRASIL E DO MUNDO PARA A PUNIÇÃO DE FEMINICÍDIO

A legislação brasileira fundamenta-se nas seguintes leis e normas brasileiras,

- **Lei Maria Penha - Lei 11.4340/2006:** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A partir da sua entrada em vigor, a produção de dados estatísticos e o acesso às informações sobre violência contra a mulher se tornaram recomendação específica. A Lei Maria da Penha inclui entre as medidas integradas de

prevenção, em seu artigo 8º, inciso II “a promoção de estudos e pesquisas e estatísticas com a perspectivas de gênero, raça e etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas.” O artigo 26, inciso III da mesma lei atribui ao Ministério Público a incumbência de manter um cadastro de casos de violência doméstica e familiar, enquanto o artigo 38 estabelece ainda obrigações específicas de órgãos do Sistema de Justiça e Segurança Pública na contribuição com subsídios para o sistema nacional de dados e informações relativos às mulheres.

- **Lei do Femicídio - Lei 13.104/2015:** A lei transforma em crime hediondo o assassinato de mulheres por razões da condição do sexo feminino. Segundo a norma, considera-se que há tais razões quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A pena para esse crime subiu para o mínimo de 12 e o máximo de 30 anos de prisão.

- **Lei de Acesso a Informações Públicas - Lei 12.527/11 (LAI):** A LAI permite que qualquer cidadão, sem necessidade de justificativa, solicite dados e informações a qualquer órgão ou entidade pública dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas esferas Federal, Estadual e Municipal. No executivo federal, os pedidos são recepcionado eletronicamente, pelo sistema e-SIC, ou fisicamente pelo Serviço de Informação ao Cidadão, setor especificamente designado para essa finalidade em cada órgão ou entidade. Estes terão 20 dias, prorrogáveis por mais 10, para fornecer as informações solicitadas ou uma justificativa para o seu não fornecimento. Os motivos para negação de informação são restritos e previstos na própria LAI. Além do fornecimento de informações sob demanda do cidadão, a LAI também prevê que os órgãos e entidades devem publicar dados e informações de relevante interesse público na internet – a chamada transparência ativa. A lei exige, ainda, que os dados sejam publicados, inclusive em formatos abertos e não-proprietários.

- **Política de Dados Abertos - Decreto 8.777/2016:** O decreto estabelece a Política de Dados Abertos do Executivo Federal, que promove a publicação de dados contidos em bases de dados de órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional na forma de dados abertos.

Entre 2016 e 2018, a ONU Mulheres, em parceria com a Organização dos Estados Americanos, realizou uma revisão regional da legislação dos países que criminalizam o feminicídio, a fim de fornecer uma legislação modelo para todos os países da região. Essa legislação modelo foi discutida por membros da Comissão de Peritos do MESECVI, mecanismo criado para monitorar o cumprimento da Convenção, em uma reunião realizada na Cidade do Panamá em outubro de 2017 e, a seguir, em Trinidad em julho de 2018. Em dezembro de 2018, a Comissão de Peritos do MESECVI, na sede da Organização

dos Estados Americanos (OEA) em Washington DC, aprovou a Lei Modelo Interamericana para prevenir, punir e erradicar a morte violenta de mulheres por razões de gênero, femicídio/feminicídio (ONUMULHERES, 2016).

A Lei Modelo é um instrumento que busca servir de base para a formulação ou atualização de uma legislação sobre a morte violenta de mulheres na região. Busca fortalecer e padronizar as ações de prevenção, proteção, atenção, investigação, perseguição, punição e reparação integral para garantir o direito de todas as mulheres e meninas a uma vida livre de violência e padrões de comportamento estereotipados. A classificação da morte violenta de mulheres como feminicídio / femicídio, do ponto de vista político e jurídico, permite dar visibilidade à expressão máxima da violência de gênero para combatê-la. Assim, tanto o MESECVI quanto a ONU Mulheres pretendem oferecer a nossa região um modelo de lei para enfrentar as mais graves violações dos Direitos Humanos das Mulheres (ONUMULHERES, 2021).

O direito internacional dos direitos humanos desenvolveu um conjunto de normas, padrões e princípios para alcançar a plena vigência dos direitos das mulheres. Produziu-se uma substancial evolução neste âmbito, que partiu de um objetivo limitado à mera igualdade formal entre homens e mulheres, e agora, se concentra no reconhecimento da desigualdade e discriminação estruturais que afetam as mulheres. Esta mudança tem como consequência a revisão completa das formas como os seus direitos são reconhecidos, protegidos e aplicados (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2018).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher adotada em Belém do Pará, Brasil, por todos os países da América Latina e Caribe em 1994, formalizando a definição da violência contra a mulher como uma violação de seus direitos humanos. A Convenção de Belém do Pará estabelece pela primeira vez o desenvolvimento de mecanismos de proteção e defesa dos direitos das mulheres, no combate à eliminação da violência contra sua integridade física, sexual e psicológica, tanto na esfera pública como privada. A Convenção de Belém do Pará solicita aos Estados Partes a adoção de medidas legislativas de natureza penal (entre outras) que "são necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher" (art. 7.c da Convenção) (CNJ, 2019).

As recomendações do Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) em questões específicas de violência nº 35 afirmam que: "O direito das mulheres a uma vida livre de violência de gênero é indivisível e interdependente em relação a outros direitos humanos, a saber: os direitos à vida, saúde, liberdade e segurança da pessoa, igualdade e mesma proteção dentro da família, proteção contra tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e liberdade de expressão, movimento, participação, reunião e associação (CNJ, 2019).

Uma primeira ferramenta desenvolvida pelo Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos e ONU Mulheres na região da América Latina e Caribe foi o Protocolo Latino-Americano Modelo para a Investigação de Mortes Violentas de Mulheres devido ao Gênero (feminicídio / femicídio) no Secretário da ONU - Marco da Campanha Geral UNIDA pelo Fim da Violência contra as Mulheres. Na ocasião, tanto o MESECVI como a ONU Mulheres pretendem dar à nossa região um modelo de lei para enfrentar as mais graves violações dos Direitos Humanos da Mulher, mas não sem antes analisar as existentes, provocando seu debate e aprimoramento nos casos que se fizerem necessários (ONUMULHERES, 2021).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. **Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados durante pandemia: Números da violência contra a mulher caíram em apenas três estados.** 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-femicidio-crescem-22-em-12-estadosdurantepandemia>. Acesso em novembro de 2021.

AVON, I. E. I. Caminhos contra a violência doméstica e de gênero: Relatos, aprendizagens e afetos. **IBCCRIM**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-44, jan./2020.

BARBOSA, R.J. **Femicídio no Brasil: Raízes, estratégias e resultados.** Edição do autor, 2018.

BARROS, F.D.; SOUZA, R.Ó.; **Femicídio: controvérsias e aspectos práticos.** Leme, SP: JH Mizuno, 2019.

BASQUERA, M.A.M. A (In)Efetividade em tornar o crime de feminicídio imprescritível: Uma análise acerca da proposta de Emenda Constitucional nº 75 de 2019. **Revista Antinomias**, v. 2, n. 1, jan./jun., 2021.

CAMPOS, C.H. **Violência, Crime e Segurança Pública Femicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista.** Porto Alegre, Volume 7, Número 1 – p. 103-115 – janeiro-junho 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação Geral N. 35 Sobre Violência De Gênero Contra As Mulheres Do Comitê Para Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Contra A Mulher (CEDAW).** Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em novembro de 2021.

FONSECA, M.F.S. et al. O feminicídio como uma manifestação das relações de poder entre os gêneros. **JURIS**, Rio Grande, v. 28, n. 1, p. 49-65, 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em novembro de 2021.

FÓRUM DE SEGURANÇA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19. 16 de abril de 2020**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em novembro de 2021.

FRANÇA, S.C.A. **Abordagem conceitual e tipológica do feminicídio**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-21/albuquerque-abordagem-conceitual-tipologica-femicidio>. Acesso em novembro de 2021.

FRIZONI, F. G. C. Lei do Feminicídio (Lei Nº 13.104/15): Instrumento do Simbolismo Penal no combate à violência contra a mulher e sua ineficácia. **EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1-16, dez./2019.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 1-983.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Dados sobre feminicídio no Brasil: #invisibilidademata**. Disponível em: <https://artigo19.org/2018/03/07/dados-sobre-femicidio-no-brasil-invisibilidademata/>. Acesso em novembro de 2021.

LANA, RR.M. et al. Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. **Cad. Saúde Pública**, 2020.

LOUREIRO, Y.F. Feminicídio/femicídio: origem e estatísticas oficiais. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, 2020.

ONUMULHERES. **Diretrizes Nacionais de Feminicídio**. 2016. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf. Acesso em novembro de 2021.

ONUMULHERES. **Violência contra as mulheres e meninas é pandemia invisível, afirma diretora executiva da ONU Mulheres**. Disponível em:

<https://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>. Acesso em novembro de 2021.

ORTEGA, F.T. **Feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP)**. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/337322133/feminicidio-art-121-2-vi-do-cp>. Acesso em novembro de 2021.

RITT, C.F.; RITT, E. O aumento do número de feminicídios durante a pandemia e a necessária resposta jurídica e social. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte, n.42, p. 460-476, set./dez. 2020.

ROCA, L.A. **Mapeamento das mortes violentas de mulheres, tipificadas como feminicídios, ocorridas em Mato Grosso do Sul, no ano de 2020**. Mapeamento das mortes violentas de mulheres, tipificadas como feminicídios, ocorridas em Mato Grosso do Sul, no ano de 2020.

SOUZA, L. **Violência Amplificada**. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/noticias/violencia-amplificada/>. Acesso em novembro de 2021.

SUNDE, R. M.; SUNDE, L.M.C.; ESTEVES, L.F. Feminicídio durante a pandemia da COVID-19. **Oikos: Família e Sociedade em Debate**, v. 32, n. 1 p.55-73, 2021.

SUR. **Revista Internacional de Direitos Humanos/Associação Direitos Humanos em Rede**. v. 12 n. 21 São Paulo Ago. 2018.

XAVIER, R.R. **Feminicídio: análise jurídica e estudo em consonância com A lei Maria da Penha**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.