

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1024

(Ano XIII)

(23/06/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



A Seat at the Top? A Historical Appraisal of Brazil's Case for the UN Security Council" - a busca da formulação do Direito Internacional pelo Brasil - uma breve resenha

Thiago dos Santos Dias, 09.

ARTIGOS

A teoria da transcendência dos motivos determinantes e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal

Darlan Soares Souza, 14.

Apátridas: uma realidade brasileira

Stela Lêda De Araújo Soares, 26.

Remuneração do administrador judicial nos processos de falência ajuizados por credor

Ronan Severo De Araújo, 37.

O uso das mídias sociais na publicidade da advocacia e a legalidade entre padrões éticos

Sarah Cristina da Silva Cezario e Sarah Cristina da Silva Cezario, 57.

A utilização de práticas de governança pública no combate ao assédio na Administração Pública

Thiago Felipe Custódio de Alcântara e Niag Barbosa Ferreira Silva, 73.

As Medidas Protetivas de Urgência e as Inovações da Lei 13.984/20 no Combate à Reincidência do Agressor em Casos de Violência Doméstica

Lucas dos Santos Ferreira, 96.

A possibilidade de aplicação analógica da Lei 11.340/2006 a homens vítimas de violência doméstica e familiar

Edcarlos de Lima Paiva, 111.

O uso indevido de imagem no Instagram e suas repercussões jurídicas

Ronaldo Muniz Borges, 124.

Da eficácia dos métodos adequados de solução de conflitos para cura dos danos sofridos pelas partes

Robson Rodrigues Dias Junior e Dayana Maciel Gomes, 146

Contrato individual de trabalho

Wender Nunes da Silva, 163.

A responsabilidade civil das inteligências artificiais: prejuízos causados por robôs investidores

Antonio Araújo Augusto Neto, 190.

Robotax, Lançamento Tributário e Restituição: Rumo à Simbiose Jurídica.

Vladimir Miranda Morgado, 213.

Feminicídio na Sociedade

Rosana Belém da Cunha, 251.

Prisão preventiva Lei 13.964/2019: sob os aspectos da reforma introduzidos pelo pacote anticrimes

Lilson Lopes Corrêa, 266.

Os métodos consensuais: mediação e o acordo de não persecução penal

Gabriel Victor Silva Vilarinho, 285.

A flexibilização das normas trabalhistas e o impacto do atual cenário pandêmico nos direitos fundamentais do trabalhador

Adriano Moraes Andrade, 296.

Audiência de custódia no período de pandemia causado pela covid 19.

Elizabeth De Oliveira Campos Maciel, 311.

Psicopatia e pena de prisão

Tassia Bentes Salignac, 323.

As normas regulamentadoras no direito do trabalho: NR-10, aplicação e suas alterações

Manuel Gomes Andrade Junior, 336.

Análise de parâmetros para a estimativa indenizatória por reparação civil da perda de uma chance

Laiane Rodrigues de Souza, 354.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a Adi 4.125/TO

Vivian Gabriella Nunes de Lima, 375.

Lei de abuso de autoridade uma análise dogmática comparativa com a Lei nº 4.898/65

Sayara Josefa Rios Kuriyama, 394.

A Lei 13.465/2017 e o direito à moradia à luz da Constituição Federal

Lorrany Milena Da Silva Costa e Melissa Moreira Moura, 417

A efetividade do acordo de não persecução penal na 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas após o pacote anticrime

Bruno Costa Sertão, 424.

Liberdade de expressão no ciberespaço: Limites, controle e conscientização

Jéssica Marinho de Castro Oliveira, 443.

O instituto do *plea bargain*: reflexos sobre a aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Luis Claudio Barbosa Filho, 450.

Contratos de esportistas no mundo do futebol sobre efeito da “Lei Pelé” e a prática de aliciamento de jogadores menores

Edgard Ferreira Nascimento, 464.

Alienação parental e suas consequências jurídicas

Mariane Xavier da Silva, 480.

A aplicação da willful blindness ou cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro

Mateus Pinheiro Wagner e Thaís Aparecida Carvalho Queiróz, 494.

Violência Obstétrica

Liana Alves Saboia Ferreira, 512.

Os horizontes da arbitragem na Administração Pública

Gustavo Henrique Dada de Amorim, 520.

Ressocialização no Estado do Tocantins: a importância do trabalho no processo de reinserção social nas políticas de execução penal do Tocantins no regime fechado

Dilson Rodrigues Noleto Júnior, 539.

Dos crimes cometidos contra a pessoa com deficiência sob a ótica da Lei nº 13.146/2015

Moisés Rosa Pereira, 558.

Comercialização de dados pessoais entre empresas privadas após a implementação da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados)

Arthur Sousa Marx Prates e Tullyo Gabriel Gontijo Pereira, 581.

A imputabilidade penal do psicopata no ordenamento jurídico brasileiro

Giovanna Raquel de Oliveira Matos e Sabrina Caroline Araújo da Silva, 597.

A curatela e o estatuto da pessoa com deficiência

Daina Cristine da Fonseca, 615.

Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes de natureza ambiental

Dannes Ribeiro Monteiro, 627.

Curso de direito: interiorização, acesso à justiça e a educação na faculdade do Maciço de Baturité – FBM /CE

Antonio Anderson Ferreira, 648.

Guarda compartilhada de animais domésticos no divórcio e na dissolução de união estável

Evson Bernardo Silva Ramos Santos, 655.

“A SEAT AT THE TOP? A HISTORICAL APPRAISAL OF BRAZIL’S CASE FOR THE UN SECURITY COUNCIL” - A BUSCA DA FORMULAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PELO BRASIL - UMA BREVE RESENHA

THIAGO DOS SANTOS DIAS:

Mestrando em Ciências Aeroespaciais pelo PPGCA da Universidade da Força Aérea. Advogado e professor, bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Ambiental, Direito Constitucional e Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. É autor do livro "O G-4 e a Reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas: o Brasil na ONU".

“A Seat at the Top? A Historical Appraisal of Brazil’s Case for the UN Security Council”, escrito por Eugênio V. Garcia e Natalia B. R. Coelho, apresenta a difícil jornada atravessada pelo Brasil na sua busca em formular o direito internacional e enriquecer o debate político internacional nos órgãos de poder mundial, a Liga das Nações e sua sucessora, a Organização das Nações Unidas (ONU). Os autores, pesquisadores da Universidade de Brasília - UnB, adotam uma abordagem histórica no artigo que se intercala com críticas e apontamentos acerca das manobras adotadas e a percepção dos agentes estatais responsáveis por essas e a ótica da imprensa nacional sobre esses eventos.

O artigo tem como trunfo a análise realizada dentro do local de estudo, a ONU, em que o pesquisador e autor principal, Eugênio V. Garcia, vem atuando direta ou indiretamente na capacidade de membro da carreira diplomática brasileira, além de sintetizar sua obra prévia, “O Sexto Membro Permanente: O Brasil e a criação da ONU” publicado em 2012. Por outro lado, a coautora Natalia B. R. Coelho, pesquisadora do Instituto de Relações Internacionais da UnB e acadêmica visitante da Universidade John Hopkins, na *Paul H. Nitze School of Advanced International Studies (SAIS)*, contribui com a perspectiva externa do objeto de estudo, tratando-o como estudo de caso, numa visão externa, apartada do cenário estudado, o que equilibra a análise e favorece a cientificidade da pesquisa.

A entrada do Brasil na Liga das Nações é o foco inicial dado pelos autores, que apontam a participação tímida do Brasil na I Guerra Mundial, ainda assim a única participação de um país da América do Sul, e que, na criação da Liga das Nações em 1919, com o Tratado de Versalhes, estabelece limites e regras para a organização de alcance internacional de inspiração dos *Quatorze Pontos para a Paz*, do Presidente dos EUA, Woodrow Wilson, o que guiaria uma nova forma de política e direito internacional (KISSINGER, 2001).

Com a sua concepção e instalação em 1920, o presidente Wilson aponta a participação Brasileira no conflito mundial, e o Brasil se torna representante no Conselho Executivo, hoje muito semelhante ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, que, como percebemos, atuariam como policiais do globo, equilibrando o sistema e evitando uma nova guerra, missão na qual fracassou.

Aliás, esta tentativa de impor limites e estabelecer uma instituição universal de Estados, visando mitigar as assimetrias de poder, normatizando o poder, depois estabelecendo categorias estatais, como ocorreria com o Conselho Executivo da Liga das Nações e, posteriormente, no Conselho de Segurança das Nações Unidas, como órgãos centrais de força, num exercício realista, dentro de um arcabouço liberal, qual seja, a Liga das Nações ou a Organização das Nações Unidas, que permitiriam substituir o uso descontrolado da força de uns pouco sobre muitos, como ocorrera antes do conflito mundial, assevera Eugênio V. Garcia em outra obra mais extensa dentro do escopo do Brasil nas Nações Unidas:

Na era do imperialismo, das conquistas coloniais e da diplomacia das canhoneiras, a ameaça e o uso da força contra povos "semibárbaros" ou "não civilizados" era uma prática comum, avalizada pelo espírito da época e amparada em normas e discursos justificadores. Nesse mundo dominado pelas assimetrias de poder, sem restrições legais à coerção militar unilateral e sem organizações multilaterais de caráter político, Estados pequenos ou potências médias, quando não assediados, invadidos ou ocupados, eram no mais das vezes relegados a um status secundário (Conselho de Segurança das Nações Unidas, 2013, p. 14).

A partir do ingresso brasileiro na Liga das Nações nos anos 1920, apontam os autores, o país ganha destaque superior ao que podia esperar, sendo membro de seu

Conselho de países que chefiavam a paz, e fazendo representar toda a população das Américas, já que os Estados Unidos se viram impossibilitados de estar na organização de paz. A Liga, porém, se mostrou pouco eficaz e o país não viu atendida sua demanda de mais reconhecimento, pelo contrário, abandonou a Liga quando o governo brasileiro se considerou preterido por nações europeias (CERVO e BUENO, 2011), ao que os autores destacam uma possível incompreensão e erro interpretativo na estratégia brasileira, superestimando seu tamanho (p. 04).

Posteriormente, com a participação brasileira na II Guerra Mundial e a leitura realista do presidente Roosevelt sobre a incapacidade, à época, dos EUA assegurarem a segurança das Américas, o hemisfério ocidental, aventa a necessidade do Brasil ser membro do Conselho de Segurança da organização que se desenhava nas reuniões dos países aliados ainda durante a guerra, na busca de conceber uma nova ordem mundial. Não raro as razões estratégicas brasileiras iam ao encontro, frequentemente, das necessidades americanas, o que nos galgou a patamar de visibilidade em Washington.

A pesquisa não escapa à abordagem das reuniões que criaram tal organização, às quais o Brasil esteve presente e fora cogitado a participar como membro permanente, num quadro em que a França ficava ausente, porém que desagradava às potências europeias, em especial o Reino Unido e a URSS que temiam a alta representatividade das Américas no futuro Conselho de Segurança (BARRETO, 2001). Contudo, com a morte repentina de Roosevelt, a relevância brasileira rapidamente desapareceu em Washington D.C (p. 05). Permanecemos, assim, apenas com a aspiração de participarmos do jogo de interesses das nações, influenciando nas regras internacionais com mais poder de autonomia (CERVO e BUENO, 2011).

Após décadas de Guerra Fria, em que o Brasil permaneceu mais distante dos temas multilaterais; na prevalência de uma aparente unilateralidade, o assunto voltou à tônica do processo de reforma das instituições globais, e o Brasil bem soube penetrar nas conversas e tratar do tema, lembrando às nações seu papel histórico, como nos discursos do presidente José Sarney e na eleição do país como membro temporário do Conselho de Segurança no biênio 1988-1989, destacam Garcia e Coelho (p. 06). Entretanto, a posição brasileira ainda parecia ser marcada por ambiguidades, pois o país não parecia mostrar que seu interesse era superior ao seu relacionamento com os vizinhos, buscando distanciamento de qualquer sinal de imperialismo ou hegemonia,

o que poderia pesar de forma negativa em negociações futuras para a votação brasileira como membro permanente do Conselho de Segurança.

No século XXI o tema ganhou destaque com o enfraquecimento do unilateralismo norte-americano, visibilidade negativa que a ONU trazia e insatisfação dos povos com a maneira que os Estados possuidores de contingente de poder tratavam os Estados não possuidores do mesmo, ou de outras formas de proteção. Nesse diapasão, os Estados se veem na obrigação de alterar as regras do Direito Internacional, única forma possível de assegurar aos mais fracos que seus direitos não serão violados (PATRIOTA, 2010).

Ao mesmo tempo em que a movimentação internacional parece disposta a dialogar sobre a reforma dos meios de governança global e do Direito Internacional de paz e segurança internacionais, o Estado brasileiro se encontra em inflexão nas relações internacionais. Ainda assim, Garcia e Coelho (p. 11) consideram no artigo que a formulação de política externa com objetivo de alcançar a tão esperada inserção do país no jogo de potências, conforme o pensamento histórico do Itamaraty, apenas altera matizes, mas continuará a ser interesse de governos de esquerda ou direita no país, em razão do que percebemos ter se tornado uma política do Estado Nacional.

REFERÊNCIAS

BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *Os Sucessores do Barão, 1912-1964*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. *História da Política Exterior do Brasil*. 4ª. Ed. Revista e ampliada, Brasília: UnB, 2011.

GARCIA, Eugênio Vargas. *Conselho de Segurança das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 2013.

_____. *Sexto membro permanente: o Brasil e a criação da ONU*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

_____. COELHO, Natalia B. R. *A Seat at the Top? A Historical Appraisal of Brazil's Case for the UN Security Council*. SAGE Open. July-September 2018: 1–13. <https://doi.org/10.1177/21582440188010>.

KISSINGER, Henry. *Does America need a foreign policy?: Toward a diplomacy for the 21st century*. New York: Simon & Schuster, 2001.

PATRIOTA, Antônio de Aguiar. *O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva*. 2ª ed, Brasília: FUNAG, 2010.

A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E SUA APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DARLAN SOARES SOUZA: Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário UNISEB COC. Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas de Itabira/MG, FUNCESI. Itabira/MG.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar em que consiste a teoria da transcendência dos motivos determinantes no âmbito do controle de constitucionalidade e verificar se o Supremo Tribunal Federal a adota em seus julgados.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Teoria da transcendência dos motivos determinantes. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O controle de constitucionalidade. 2.1. Principais sistemas de controle de constitucionalidade. 3. A teoria da transcendência dos motivos determinantes. 3.1. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes. 4. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar se o Supremo Tribunal Federal adota a teoria da transcendência dos motivos determinantes no âmbito do controle de constitucionalidade. Para tanto, será realizada pesquisa de cunho qualitativo, com a análise da jurisprudência pátria, bem como da doutrina especializada.

Sendo vinculante a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, de observância obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública, é de acentuada importância saber que parte do *decisum* obriga a estes entes, o que vai depender da análise da aplicação ou não da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Com efeito, a dúvida acerca da adoção desta teoria por parte da Suprema Corte tem gerado incertezas por parte das entidades que devem cumprir o estabelecido no julgado proferido em controle de constitucionalidade bem como na doutrina especializada, eis que é preciso saber qual a parte da decisão é de fato vinculante: a fundamentação ou o dispositivo?

Em suma, o estudo passará pela breve análise acerca do controle de constitucionalidade, o sistema de controle adotado no ordenamento brasileiro, para

ao final verificar na jurisprudência da Corte Suprema o entendimento acerca da transcendência dos motivos determinantes e sua aplicabilidade ou não pelo Tribunal.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos se caracteriza pela análise vertical de compatibilidade destas normas com a Constituição da República. Com efeito, esta forma de controle dos atos estatais tem por nascedouro as revoluções burguesas, em que se buscou a superação do Estado Absolutista e a implementação de um Estado de Direito.

A partir do movimento denominado de "*constitucionalismo*" é que se pensou em uma limitação do Estado por meio de um documento escrito, dotado de rigidez e supremacia, no qual se estabeleceu inicialmente, em uma vertente liberal, a limitação do poder estatal, garantindo-se assim uma obrigação de abstenção por parte do gestor público, bem como a organização da estrutura do Estado e, sobretudo, a concessão de direitos fundamentais de primeira dimensão.

Foi nos Estados Unidos da América que se realizou a primeira análise dessa compatibilidade, no famigerado caso *Marbury v. Madison* (1803):

Frequentemente apontada como a precursora do controle de constitucionalidade, a rigor, esta foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de ato legislativo do Congresso, tendo uma fundamental importância, pois, ao tentar superar as dificuldades políticas que envolviam o caso, Marshall traçou os fundamentos definitivos do exercício do controle jurisdicional. (NOVELINO, 2016, p. 171)

No Brasil, há a previsão do controle de constitucionalidade desde a primeira Constituição Republicana (1891).

3 PRINCIPAIS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Segundo as lições de (FERNANDES, 2017, p. 1.431), existem três principais sistemas de controle de constitucionalidade, a saber, o americano, o austríaco e o francês.

O sistema americano tem origem na já referido caso *Marbury x Madison*. Neste sistema o controle de constitucionalidade se dá pelo Poder Judiciário, e por todos os seus membros, o que se denomina atualmente de controle difuso de constitucionalidade. Aqui, o controle se dá sempre em relação a fatos concretamente

deduzidos em juízo, sendo a verificação da compatibilidade da norma ocorrida incidentalmente, produzindo efeitos *interpartes*, ou seja, afetando apenas e tão somente as partes envolvidas no litígio, com efeitos retroativos. Reconhece-se o vício congênito da norma.

O sistema austríaco, criado por Hans Kelsen, tem seu nascedouro a partir da Constituição da Áustria de 1920. Com efeito, tal como o sistema anterior, no sistema austríaco o controle de constitucionalidade também é realizado pelo Poder Judiciário, mas apenas por um único órgão criado exclusivamente para tal finalidade, o “Tribunal Constitucional”. Denominado atualmente como controle concentrado, a análise de compatibilidade da norma com a Constituição se dá pela via principal, ou seja, a decisão é assentada na parte dispositiva do acórdão, não havendo um caso concreto a ser dirimido. Os efeitos dessa decisão se espraiam de forma *erga omnes*, atingindo a todos, com eficácia *ex nunc*, sendo certo que a invalidade da norma ocorreria apenas a partir da decisão, que possui natureza jurídica constitutiva-negativa.

Já o francês, criado em meados da década de 50, diferentemente dos demais sistemas, atribui competência a um órgão político (Conselho Constitucional) para a análise da constitucionalidade das normas.

Quanto à natureza do órgão de controle, o Brasil adotou o critério judicial misto, havendo uma verdadeira fusão entre os sistemas americano e austríaco. Isso porque, em sede de controle difuso todos os membros que compõe o Poder Judiciário podem realizar o controle de constitucionalidade, assim como compete ao Supremo Tribunal Federal a análise de compatibilidade da norma em sede de controle concentrado.

4 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

É a partir do estudo do controle concentrado de constitucionalidade que ganha importância o entendimento acerca da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Isso porque, segundo a teoria geral do processo, via de regra, somente sobre a parte dispositiva da decisão judicial recai o manto da coisa julgada, sendo apta a vincular as partes, senão veja-se:

Estabelecer os limites objetivos da coisa julgada significa responder à pergunta: quais partes da sentença ficam cobertas pela autoridade da coisa julgada? O Código de Processo Civil assinala-as expressamente ao prescrever que não fazem coisa julgada: a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; c) a apreciação da

questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (art. 469). Resulta do texto que apenas o dispositivo da sentença, entendido como a parte que contém a norma concreta, ou preceito enunciado pelo juiz, é apto a revestir-se da autoridade da coisa julgada material. Excluem-se os motivos, ou seja, a solução dada às questões lógicas ou prejudiciais necessariamente enfrentadas para chegar à definição do resultado da causa. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 346)

Destarte, é possível afirmar que a coisa julgada alcança objetivamente o dispositivo da sentença ou do ato decisório. Saliente-se, entretanto, que o art. 503, §1º, do CPC (BRASIL, 2015), passou a prever que a coisa julgada também vai abranger, além da questão principal, a questão prejudicial interna, desde que o enfrentamento dela seja necessário para resolver o mérito. Nesse caso, tendo sido respeitado o contraditório prévio e a competência do juiz, tal decisão fará coisa julgada material.

Para além desta possibilidade, parte da doutrina especializada afirma que no controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, os motivos determinantes da decisão também seriam atingidos pela coisa julgada, vinculando os demais membros do Poder Judiciário em outras demandas.

Isso porque há duas grandes teorias que debatem o aspecto objetivo da decisão no controle de constitucionalidade, ou seja, que parte do acórdão produz a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. De um lado a teoria restritiva, que afirma que somente o dispositivo da decisão produz efeito vinculante. Já a Teoria extensiva afirma que além do dispositivo, as razões de decidir que fundamentam a decisão também são vinculantes, admitindo-se sua transcendência.

Nesta situação é que se aponta a adoção da transcendência dos motivos determinantes, afirmando-se que, no controle concentrado, o efeito vinculante não se limita ao dispositivo, atingindo também os fundamentos principais da decisão (NEVES, 2020, p. 42).

Tendo por base o novo Código de Processo Civil, em especial o art. 927, inciso I, editou-se o enunciado doutrinário de nº 168 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), afirmando a adoção da teoria no ordenamento pátrio: “os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”.

Com este mesmo entendimento segue o escólio de abalizada doutrina:

Atualmente a adoção de tal teoria não depende mais de um alargamento dos efeitos objetivos da coisa julgada material, sendo na realidade decorrência da eficácia vinculante do precedente criado pelo julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (art. 927, I, do CPC). Acredito, portanto, que a teoria atualmente conta com previsão legal expressa, sem importar em contrariedade ao art. 504 do CPC. (NEVES, 2020, p. 70)

Destarte, os processualistas enxergam com bons olhos a aplicação da teoria, o que privilegia a segurança jurídica e tratamento isonômico em relação a jurisdicionados que se encontram em mesma situação fática. Resta saber o entendimento adotado pela Suprema Corte.

5 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Em detida análise a jurisprudência da Suprema Corte, é possível verificar, inicialmente, a adoção da referida teoria (LENZA, 2020, p. 243). Na ADI 3.345/DF, julgada em 25.08.2005, que declarou constitucional a Resolução do TSE que reduziu o número de vereadores de todo o país, o STF conferiu efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento do RE 197.917, que declarou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei local do município de Mira Estrela/SP que fixava em 11 (onze) o número de vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2.600 habitantes somente comportaria 9 (nove) representantes.

Na época do julgamento dos mencionados casos, se o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade de uma lei de determinado Estado, a fundamentação utilizada nessa ação teria eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, atingindo todas as leis de mesmo teor editadas por outros Estados, sem a necessidade de se propor novas ações diretas contra estas normas. Assim, se a norma "x" fosse declarada inconstitucional em virtude das razões "y", a norma "z", de mesmo teor da "x", também seria inconstitucional pela aplicação das razões "y".

Nos autos da Rcl 2.986, em análise ao pedido de liminar, o hoje aposentado Min. Celso de Mello se debruçou sobre a possibilidade de a parte da fundamentação da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade vincular com efeito *erga omnes*.

Disse o Ministro que o ato judicial atacado na reclamação, teria desrespeitado os fundamentos determinantes da decisão proferida na ADIn 2.868, eis que no bojo da ação, o Supremo reconheceu como constitucionalmente válida, para efeito de definição de pequeno valor e de consequente dispensa de expedição de precatório, a possibilidade de os Estados-membros fixarem valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, na redação dada pela EC 37/02, o que foi recusado pelo Tribunal do Estado de Sergipe, dando ensejo à propositura da Reclamação.

Consequentemente, concluiu o Min. Celso de Mello que o caso representaria verdadeira inobservância ao conteúdo essencial do acórdão proferido quando do julgamento da ADIn 2.868, caracterizando violação ao efeito transcendente dos fundamentos determinantes da decisão plenária da Suprema Corte. Diante disso, houve a concessão da liminar, suspendendo-se os efeitos da decisão reclamada.

Abalizada doutrina tem compactuado com este entendimento, reconhecendo na possibilidade de vinculação das razões de decidir um importante instrumento para garantia da isonomia e integridade do Direito:

O precedente apenas é garantido quando os órgãos judiciais estão a ele vinculados. Ora, a parte dispositiva não é capaz de atribuir significado ao precedente – esse depende, para adquirir conteúdo, da sua fundamentação, ou, mais precisamente, da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes da decisão. Na verdade, a eficácia obrigatória dos precedentes é, em termos mais exatos, a eficácia obrigatória da *ratio decidendi*. Daí a razão óbvia pela qual a eficácia vinculante não pode se limitar ao dispositivo da decisão. Só há sentido em falar em eficácia vinculante quando se pretende dar estabilidade e força obrigatória à *ratio decidendi*. Afinal, é a sua aplicação uniforme – e não o respeito à parte dispositiva da decisão – que garante a previsibilidade e a igualdade de tratamento perante a jurisdição, dando-se efetividade ao postulado de que casos semelhantes devem ser tratados de igual modo. Embora a eficácia vinculante se destine a conferir segurança jurídica, ela não se preocupa em garantir a indiscutibilidade ou a imutabilidade da precisa solução dada ao objeto litigioso. Ao contrário da coisa julgada, a razão de ser da eficácia vinculante está em sobretudo obrigar os tribunais e juízes inferiores a respeitar a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. Só há racionalidade em falar de eficácia vinculante quando se tem consciência, de

antemão, de que se deseja obrigar ao respeito aos fundamentos determinantes. Restringir a eficácia vinculante à parte dispositiva da decisão é negar a sua natureza, constituindo contradição em termos. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p.1.378-1.379)

Ocorre que, conforme apontado por CUNHA JÚNIOR (2015), recentemente o STF passou a rejeitar a tese da eficácia vinculante da razão de decidir no controle abstrato de constitucionalidade (Vide: Rcl 9.778-AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10.11.2011; Rcl 9.294-AgR/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 3.11.2011; Rcl 6.319-AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, DJe 6.8.2010; Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 21.5.2010; Rcl 5.703-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 16.9.2009; Rcl 4.448-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 8.8.2008; Rcl 5.389-AgR/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007; Rcl 2.990-AgR/RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.9.2007).

Aliás, o próprio Min. Celso de Mello reviu seu entendimento acerca do tema, e em respeito ao princípio da colegialidade, negou seguimento à Rcl 2.986/SE, tornando a medida cautelar por ele antes deferida sem efeito.

O mesmo ocorreu nos autos da Reclamação Constitucional nº 10.604, julgada em 08.09.2010. Na ocasião, houve referência à questão de ordem na Rcl 4.219, na qual a maioria dos Ministros sinalizaram contra a teoria da transcendência:

Nas palavras do relator, Min. Ayres Britto, "... no julgamento da Rcl 4.219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade dessa mesma teoria da 'transcendência dos motivos determinantes', oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo. No mesmo sentido, cinco ministros da Casa esposaram entendimento rechaçante da adoção do transbordamento operacional da reclamação, ora pretendido. Sem falar que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal já rejeitou, em diversas oportunidades, a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das suas decisões (cf. Rcl 2.475-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; Rcl 2.990-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; Rcl 4.448-AgR, da relatoria do

ministro Ricardo Lewandowski; Rcl 3.014, de minha própria relatoria)” (Min. Ayres Britto, j. 08.09.2010). (Cf., ainda, nesse mesmo sentido, Rcl 11.477 AgR, 1.ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.05.2012; Rcl 8.168, Pleno, j. 19.11.2015, DJE de 29.02.2016). (LENZA, 2020, p. 243)

Leciona Moraes (2017, p. 382) que o Supremo Tribunal Federal tem refutado a aplicação da teoria da transcendência dos efeitos, em especial no controle difuso, já que no julgamento da Reclamação 4.335/AC, ocorrido em 16 de maio de 2013, entendeu-se que não seria possível ao Poder Judiciário invadir competência constitucional do Senado Federal, prevista no artigo 52, X, da Constituição, que previu um mecanismo específico de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, autorizando que o Senado edite resolução para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional incidentalmente por decisão definitiva da Corte.

Na publicação do informativo nº 887 de jurisprudência do STF, constatou-se que no julgamento da Rcl 2.2012/RS, ocorrido em 12.09.2017, reiterou-se o não acolhimento da teoria por parte da Corte, afirmando que o Plenário se manifestou contrariamente à vinculação das razões de decidir das decisões proferidas em controle abstrato de normas (Informativo 887 do STF).

A partir deste julgado, CAVALCANTE (2021) foi peremptório ao cravar que a Suprema Corte não admite a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Segundo o autor, o STF já se valeu da teoria, mas atualmente, a posição atual é no sentido de que ela não pode ser acolhida.

Não comunga deste entendimento FERNANDES (2018). O autor toma por base a situação vivenciada no bojo das ADIs 3406 e 3470, ambas julgadas em 29.11.2017. O objeto das ações envolvia lei estadual que proibia por completo a utilização do amianto, substância muito utilizada na indústria, porém, dotada de alto grau de periculosidade à saúde humana.

A utilização do amianto é regulamentada pela Lei Federal nº 9.055/95, que proibiu a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização de todos os tipos de amianto, com exceção da crisotila. Ocorre que lei do Estado de São Paulo (Lei 12.687/2007) proibiu por completo o uso de produtos que contenham quaisquer tipos de amianto no território estadual, inclusive a crisotila.

Legitimada a propor ação objetivando o controle de constitucionalidade da norma apontada, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria ajuizou ADI

contra o ato normativo estadual, sob o fundamento de que seria inconstitucional porque impôs uma restrição maior do que a prevista na legislação federal, tendo invadido a competência privativa da União para legislar sobre o tema.

No julgamento, o Supremo Tribunal Federal ressaltou que a lei federal admite o uso restrito do amianto, de modo que a lei estadual objeto de impugnação não poderia proibir totalmente o uso da substância, havendo verdadeira contrariedade ao estabelecido na norma geral editada pela União. Porém, contrariando as expectativas, a Corte não declarou a norma estadual inconstitucional. Ao contrário, a Corte entendeu que é a Lei Federal nº 9.055/95 que não é atualmente compatível com a Constituição, na parte que autoriza a utilização restrita do amianto.

Ressaltou CAVALCANTE (2017) que um dos fundamentos que levou a Suprema Corte a assim decidir foi o fato de que atualmente existe um consenso científico dos órgãos de proteção à saúde no sentido de que inexistente a possibilidade de uso seguro da crisotila, sendo a substância altamente cancerígena. Afirmou-se no julgado que a única forma de eliminar a possibilidade do risco de contaminação pela substância é o abandono de sua utilização, inexistindo hipótese de uso seguro do amianto.

O que chama atenção neste julgado é o fato de que a ADI tinha por objeto a lei estadual que abolia o uso do amianto, sendo que o STF julgou a ADI improcedente, o que acarreta na declaração de constitucionalidade da norma, tendo a Suprema Corte declarado incidentalmente que é a Lei Federal nº 9.055/95, que sequer estava sendo questionada, que é inconstitucional.

A Corte nada manifestou acerca dos efeitos da decisão que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei nº 9.055/95, se *erga omnes* e vinculantes. Logo, não havendo expressa manifestação, a princípio os efeitos desta decisão apenas afetariam as partes envolvidas na demanda (*inter partes*).

Ocorre que nas ADIs 3406 e 3470, julgadas em 29.11.2017, que envolviam outras leis estaduais, de idêntico conteúdo da lei paulista que proibia integralmente o uso do amianto, o STF afirmou que, apesar de ter sido a Lei nº 9.055/95 declarada inconstitucional incidentalmente, os efeitos dessa declaração teriam efeitos *erga omnes* e vinculante, independentemente de atuação do Senado no sentido de promover a suspensão da eficácia desta norma.

Para grande parcela da doutrina este julgado representou o marco inicial na jurisprudência do STF da utilização da teoria da abstrativização do controle difuso. Grande entusiasta desta teoria, o Min. Gilmar Mendes ressaltou na oportunidade ter ocorrido uma nova interpretação da norma extraída do art. 52, X, da Carta Magna, no sentido de que, mesmo nos casos em que realizada a análise da constitucionalidade

das normas em controle difuso, a decisão do plenário do STF gera de imediato efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, cabendo ao Senado apenas e tão somente promover a intensificação da publicidade do teor da decisão. Houve o que se denomina de mutação constitucional em relação ao art. 52, X, da CF/88.

Outros doutrinadores entenderam a situação como sendo de adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Com efeito, em detida análise ao julgado é possível verificar que o que fez o STF foi atribuir eficácia vinculante sobre as razões de decidir que fundamentaram a ADIs 3406 e 3470, já que a inconstitucionalidade da Lei nº 9.055/95 se deu de forma incidental, tendo em vista que a norma sequer era objeto das mencionadas ações. “Nesses termos, foi conferido efeito vinculante a uma declaração incidental, que se encontrava na fundamentação do acórdão” (FERNANDES, 2018, p. 1.568).

Como bem observado por ZOUELN (2019), tratando-se de ADIs, em que se discutira a constitucionalidade das leis que proibiram o uso do amianto, o caso é nitidamente de decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o que leva a conclusão de que, na hipótese, respeitado entendimento diverso, não há falar em aplicação da teoria abstrativização do controle difuso, mas sim da teoria da transcendência dos motivos determinantes, que permite que todos os dispositivos reputados inconstitucionais em um processo de controle concentrado sejam atingidos pelo efeito vinculante, mesmo que tal reconhecimento tenha se dado apenas na fundamentação da decisão.

6 CONCLUSÃO

Nota-se que há acesa polêmica acerca da adoção ou não por parte do Supremo Tribunal Federal em relação à teoria da transcendência dos motivos determinantes. Em um primeiro momento, foi possível verificar que a jurisprudência do STF caminhava para a aceitação da teoria, afirmando expressamente em alguns julgados a sua adoção.

Posteriormente, houve uma superação do entendimento, passando o Tribunal a consignar expressamente, em inúmeros julgados, seu rechaço à teoria. Ocorre que, com o entendimento esposado nas ADIs 3406 e 3470, julgadas no ano de 2017, em que pese não ter havido uma manifestação do STF nesse sentido, constatou-se que o Tribunal se valeu da teoria da transcendência dos motivos determinantes ao vincular entendimento constante na parte da fundamentação de acórdão exarado em controle abstrato de constitucionalidade.

Assim, mesmo considerando que na maioria das vezes a Corte Suprema não aderiu à tese da transcendência, fato é que no ano de 2017 houve a adoção da teoria, o que certamente acarretará a retomada da discussão do STF acerca do tema em um futuro próximo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso: 03/02/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3345/DF, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2005, DJe 20/08/2010. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur181020/false>. Acesso: 05/02/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197917/SP, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJe 07/05/2004. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur12989/false>. 07/02/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2986/SE, Relator(a): CELSO DE MELLO, julgado em 12/03/2014, DJe 17/03/2014. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho393478/false>. 12/02/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl10604/DF, Relator(a): AYRES BRITTO, julgado em 08/09/2010, DJe 14/09/2010. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho162187/false>. 15/02/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4.335/AC, Relator(a): GILMAR MENDES, julgado em 20/03/2014, DJe 22/10/2014. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281416/false>. 15/02/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3406/RJ, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2017, DJe 01/02/2018. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho821976/false>. 24/02/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3470 / RJ, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2017, DJe 01/02/2019. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397205/false>. 24/02/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 887. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo887.htm> 24/02/2021

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É proibida, em todo o Brasil, a utilização de qualquer forma de amianto.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/66fae5b05c0f64c4d2bdcdf1ad85f7b2>>. Acesso em: 23/02/2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O STF não admite a teoria da transcendência dos motivos determinantes.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6c468ec5a41d65815de23ec1d08d7951>>. Acesso em: 23/02/2021.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O que é a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes?** 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/206655274/o-que-e-a-teoria-da-transcendencia-dos-motivos-determinantes>. Acesso em: 02/02/2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais.** 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ZOUELN, Luís Henrique Linhares. **Teoria da transcendência dos motivos determinantes vs. Abstrativização do controle difuso.** Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/27/teoria-da-transcendencia-dos-motivos-determinantes-vs-abstrativizacao-controle-difuso/>. Acesso em 07/05/2021.

APÁTRIDAS: UMA REALIDADE BRASILEIRA

STELA LÊDA DE ARAÚJO SOARES:

Bacharelanda em Direito pelo Centro Educacional Luterano de Manaus/ULBRA.

RESUMO: Apátridas são pessoas, que não são cidadãos do país onde vivem, ou de qualquer outro país, por consequência de sua situação elas tem seus direitos negados. Direitos inerentes a toda pessoa humana, como a dignidade. Os apátridas não têm acesso a emprego, habitação, educação e até aos cuidados básicos de saúde, por não conseguirem provar sua origem. Aos olhos os países em que estas pessoas vivem elas não existem, vivem à margem da sociedade. A proposta deste projeto de pesquisa é trazer à tona a questão apátrida, e mostrar que está é uma realidade em que o Brasil está inserido e luta constantemente para dar suporte e levar dignidade a essas pessoas.

Palavra-chave: Apátrida; Direitos Humanos; Direito Internacional

ABSTRACT: Stateless persons are people, who are not citizens of the country where they live, or of any other country, as a result of their situation they are denied their rights. Rights inherent to every human person, such as dignity. Stateless persons do not have access to employment, housing, education or even basic health care, as they are unable to prove their origin. In the eyes of the countries in which these people live, they do not exist, they live on the margins of society. The purpose of this research project is to bring up the stateless issue, and show that it is a reality in which Brazil is inserted and constantly struggles to support and bring dignity to these people.

Keyword: Stateless; Human rights; Dignity of human person

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O CONTEXTO HISTÓRICO DOS APÁTRIDAS; 2.1 As causas da Apatridia; 3. AS LEGISLAÇÕES APÁTRIDAS; 3.1. A Legislação brasileira para os Apátridas; 3.2. Lei 13.445/17, Lei de Migração; 3.3. Limitações da figura apatridia na nova Lei de Migração 4. O RECONHECIMENTO APÁTRIDA PELO ESTADO BRASILEIRO ATRAVÉS DA LEI 13.445/17; 5. CONCLUSÃO. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As duas grandes guerras mudaram totalmente o mapa mundial, países desapareceram e outros surgiram, porém, essas mudanças não foram acompanhadas por todos os cidadãos destes antigos países, que apenas com identificações antigas e sem validade perderam sua nacionalidade. O mesmo ocorreu após a dissolução da União Soviética, países se dividiram e nem todos conseguiram acompanhar essas mudanças e até a atualidade ainda existem pessoas tentando ser reconhecidas como

cidadãos de alguma nação, trazer à tona essa realidade latente, dos excluídos torna-se necessária (MACHADO, 2016)

Países que até os dias atuais ainda estão em guerra, seja por espaço territorial ou religiosa, os civis são os que mais sofrem, já que não conseguem acompanhar as mudanças de legislação de um país em guerra, acabam por viverem a margem.

Estima-se que haja 12 milhões de pessoas na condição de apátridas pelo mundo segundo dados apresentados pelo ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados).

Os apátridas são pessoas que não têm sua nacionalidade reconhecida por nenhuma nação, podendo ocorrer por várias razões, como discriminação contra minorias na legislação nacional, falha em reconhecer todos os residentes do país como cidadãos quando este país se torna independente (secessão de Estados) e conflitos de leis entre países.

A apatridia, às vezes, é considerada um problema abstrato, uma vez em que essas pessoas apátridas permanecem invisíveis e desconhecidas. Sendo incapazes de ir à escola, consultar um médico, conseguir um emprego, abrir uma conta bancária, comprar uma casa ou até se casar. Pessoas apátridas frequentemente vivem em situações precárias à margem da sociedade. Identificá-las é fundamental para adereçar as dificuldades que enfrentam e para permitir que os governos, o ACNUR e outros órgãos governamentais ou não-governamentais possam prevenir e reduzir a situação apatridia.

2. O CONTEXTO HISTÓRICO DOS APÁTRIDAS

Existem dois critérios que dão a uma pessoa a sua nacionalidade: o critério do solo "*jus soli*" ou o critério do sangue "*jus sanguinis*". O *jus sanguinis* considera a filiação o determinante para a nacionalidade e o *jus soli* determina que aquele que nasce em determinado território é um nacional por ali ter nascido. Se, ao nascer, a pessoa não possua nenhum destes dois critérios ela passa a ser considerada apátrida (MACHADO, 2016).

Um problema existente atualmente é a questão da apatridia no âmbito internacional, de acordo com o ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados), órgão responsável por sedimentar à proteção desses indivíduos, existem dois tipos de apatridia: de *jure* e de *facto*. A apatridia *de jure* engloba as pessoas que não possuem nacionalidade de nenhum país, já na apatridia *de facto* o sujeito possui uma nacionalidade, mas, a proteção, os direitos e deveres que deveriam dar proteção

por ser nacional não existem, trazendo uma segregação. Desta forma, apátridas seriam as pessoas consideradas sem pátrias e que não possuem nenhum vínculo jurídico-político com nenhum país.

O tema da apatridia obriga-nos a percorrer caminhos que os horizontes formais do direito, definitivamente, não dão conta. Pois o apátrida nega a ordem supostamente natural da vida humana. Nega, afirmando sua potência de impassibilidade de representação [...] pensar a apatridia demanda reinventar a própria ideia de cidadania (PEREIRA, 2014).

Na tentativa de dar alguma seguridade para os apátridas em 1954 surge a Convenção dos Apátridas. Essa convenção trás os direitos e deveres dos apátridas para evitar qualquer tipo de tratamento diferente do estado em relação a pessoa e os seus nacionais. A convenção ainda traz os direitos e deveres do Estado que venha a abrigar esses apátridas (MACHADO, 2016).

De acordo com Gustavo Pereira em seu livro Direitos Humanos e Hospitalidade, na página 53, "O fenômeno da apatridia geralmente ocorre em virtude da política interna discriminatória de países que retiram a cidadania de determinados seres humanos por critérios discricionários", um bom exemplo foi na Alemanha nazista quando Hitler quis dizimar os judeus e a seu primeiro ato foi então retirar a nacionalidade alemã daquela parcela da população. Além das políticas discriminatórias, um fato que acaba por fazer com que ainda se tenha apátridas no mundo é o desrespeito aos Direitos Humanos por parte de Estados e Órgãos Internacionais que deveriam garantir os direitos e deveres e seguridade dos indivíduos.

Logo no começo dos anos de 1990, grande parte dos apátridas do mundo tinha perdido a nacionalidade devido à secessão de países. Os desmembramentos da dissolução da União Soviética e países extintos como, Iugoslávia e Checoslováquia causaram migrações internas e externas que tornaram centenas de milhares de pessoas apátridas tanto no Leste Europeu quanto na Ásia Central. Vinte anos depois, dezenas de milhares de pessoas na região ainda permanecem apátridas ou em risco de apatridia.

"Se eu tivesse documentos, conseguiria sustentar minha família. Mas agora sou um fardo para eles. Faz 14 anos que não consigo visitá-los", afirma Damir, que emigrou do Tajiquistão para a Ucrânia e perdeu seu passaporte soviético (Unidade de Informação Pública ACNUR, 2011).

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), constata que o problema oscilou ao longo dos anos com melhoras em algumas regiões e novos problemas em outras. O alto número do começo dos anos 1990 foi gradualmente reduzido na medida em que os países da antiga União Soviética concederam cidadania a centenas de milhares de pessoas. Mas aumentou novamente devido a acontecimentos em outras partes do mundo, como mudanças na constituição ou leis de concessão de cidadania colocando todas estas conquistas em risco.

2.1. As causas da Apatridia

A apatridia tem causas diferentes, variando conforme o contexto da região em que o Apátrida se encontra, englobando questões religiosas, territoriais e até mesmo raciais.

A causa mais comum para a apatridia é a secessão de Estados e conflitos políticos internos nos Estados, um caso atual e evidente é a situação de Mianmar, nação do sudeste asiático e antiga Birmânia, está sendo acusado de genocídio de uma minoria muçulmana, os rohingya, seus membros não são oficialmente reconhecidos pelo governo como cidadãos, e há décadas a maioria budista birmanesa é acusada de submetê-los a discriminação e violência. A ONU e os Estados Unidos os consideram uma das minorias mais perseguidas no mundo, milhares de rohingya fogem de Myanmar e Bangladesh todos os anos, na tentativa de chegar à Malásia e à Indonésia, ambas de maioria muçulmana, na busca pelo reconhecimento como nacional de algum país.

Em 2014 a ONU saudou as reformas econômicas no país, mas expressou "séria apreensão" quanto às vicissitudes da comunidade rohingya. A organização exigiu para eles acesso à cidadania, assim como a todos os serviços públicos. No entanto, até agora o governo birmanês tem recusado a cidadania à minoria composta por 1,1 milhão de pessoas, que classifica como imigrantes ilegais da vizinha Bangladesh (Unidade de Informação Pública ACNUR, 2011).

Outro impasse para os apátridas conseguirem o reconhecimento nacional é a legislação complexa dos países, os países têm o direito à soberania, portanto podem determinar quem consideram como cidadãos. As complexas leis internacionais de cidadania podem causar problemas para minorias, em certos países a cidadania é automaticamente perdida após a residência prolongada em outra nação.

O não-registro de crianças ao nascer é um problema grave em muitos países em desenvolvimento, sendo também uma causa para a apatridia, deixar crianças sem ter como provar onde nasceram, quem são seus pais, ou de onde eles eram, ou seja, não ter uma certidão de nascimento pode indicar a falta de cidadania.

Ter números precisos sobre apatridia é bastante difícil, pois poucos países possuem procedimentos para identificar os apátridas," explica Mark Manly, especialista chefe em apatridia do ACNUR. As estimativas da agência são baseadas em censos populacionais, pesquisas e outras fontes (Unidade de Informação Pública ACNUR, 2011).

A discriminação contra a mulher é uma forte causa da apatridia, e apesar de países começaram a mudar suas leis para tratar a questão, ainda a um longo caminho pela igualdade plena. Em pelo menos trinta países do Oriente Médio e da África, apenas homens podem passar sua nacionalidade para seus filhos assim, muitas mulheres que se casam com estrangeiros não podem passar sua nacionalidade para seus filhos.

Os conflitos ético-raciais são outra fonte para tornar uma pessoa apátrida, onde frequentemente falta vontade política para solucionar o problema, um exemplo claro da exclusão ético-racial foi quando em 1980, Saddam Hussein privou os curdos Faili (uma comunidade Shiita), da cidadania iraquiana. Os apátridas podem ser excluídos da cidadania desde o momento da constituição ou da refundação de nações, como os muçulmanos em Mianmar (Rohingya), algumas tribos na Tailândia, os Bidoon nos países do Golfo e vários grupos nômades ao redor do mundo. Com frequência, tais pessoas se tornaram tão marginalizados que mesmo com mudanças de legislação para dar acesso à cidadania eles enfrentam obstáculos e burocracias (Unidade de Informação Pública ACNUR, 2011).

3. AS LEGISLAÇÕES APÁTRIDAS

A primeira legislação sobre o direito à nacionalidade vem da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, estabelecendo em seu artigo 15 que todo ser humano tem direito a uma nacionalidade e que "ninguém pode ser arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade". O instituto da nacionalidade, sendo um Direito inerente a pessoa humana, traz o vínculo que se cria entre o Estado e o indivíduo, assim o direito a nacionalidade, estabelecido geralmente por meio de Constituição, garante que neste vínculo, que o Estado tenha a obrigação de prestar assistência e proteção aos seus súditos, em respeito aos direitos fundamentais.

Outras legislações que podemos destacar a respeito da apatridia são: A Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951, a Convenção de Nova York, concluída em 28 de setembro de 1954, relativa ao Estatuto dos Apátridas, e a Convenção de 30 de agosto de 1961, sobre os Mecanismos de Redução de Apatridia, sendo todas foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

O sistema de proteção internacional do apátrida estabelecido por esse complexo normativo requer uma atuação dos Estados partes para alcançar o objetivo central de garantia de uma vida digna às pessoas que solicitam uma tutela que não conseguem obter no seu Estado de origem. Essa cooperação constitui uma obrigação para o Estado brasileiro, que celebrou todos os tratados acima mencionados. Logo, espera-se do Brasil, o fiel cumprimento dos dispositivos convencionais, no sentido de reconhecer aos solicitantes da condição de apátrida o direito de permanecer em território brasileiro, recebendo um tratamento jurídico não menos favorável do que aquele outorgado a outro estrangeiro ou nacional brasileiro. Considerando que a República Federativa do Brasil conduz suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, de conformidade com o disposto no art. 4º, II, da Constituição, o cerne da questão, aqui, é saber como o direito interno tem se ajustado às prescrições internacionais protetoras dos direitos dos apátridas. Observa-se que as principais leis federais antes da promulgação da nova Lei de Migração eram imprecisas e silentes. Nota-se, assim, que a recentemente revogada Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que instituiu o Estatuto do Estrangeiro, tratava o apátrida como caso excepcional, junto com os refugiados e asilados, a quem se poderia atribuir um “passaporte para estrangeiro”, de acordo com o que dispunha seu artigo 55. Todavia, em nenhum momento se fazia referência à modalidade de atribuição desses passaportes ou ao atendimento das demandas de status de apátrida no território brasileiro. Do mesmo modo, a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que ainda regulamenta os pedidos de concessão da condição de refugiado ante o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), aparece como insatisfatória quanto à resolução dessas questões relativas à apatridia (BICHARA, 2017)

O preâmbulo da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951, reforça os princípios já dispostos na Carta das Nações Unidas e na Declaração

Universal dos Direitos Humanos, perante a preocupação da Organização das Nações Unidas com os refugiados. O texto ainda aborda o direito do asilo que embora necessitasse de respeito, não poderia trazer encargos pesados a algum Estado, e para isso, a cooperação internacional seria extremamente necessária. Desta forma, defende-se o reconhecimento do caráter social e humanitário do problema dos refugiados.

A Convenção de 1954, também conhecida como Convenção de Nova Iorque reconhece a condição jurídica internacional dos apátridas.

O Artigo 1º estabeleceu, um já determinado padrão determinar os apátridas, o termo apátrida pela lei internacional como: toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional. As pessoas que se enquadram nesta definição podem ter acesso a direitos e benefícios contidos na Convenção de 1954. Um ponto de atenção dá-se pelo fato de a referida convenção não abranger os chamados apátridas de facto, para os quais não existe uma definição universalmente aceita no direito internacional. No entanto, apátridas de facto têm direito à proteção conforme os princípios fundamentais do direito internacional e dos direitos humanos.

A Convenção de 1954 continua a ser o principal instrumento internacional que regulamenta a condição de apátridas que não são refugiados, e garante que os mesmos desfrutem de seus direitos humanos sem discriminação. A Convenção garante aos apátridas condição legal reconhecida internacionalmente, e lhes oferece garantia de acesso a documentos de viagem, documentos de identidade e outros documentos fundamentais, além de estabelecer um marco comum de normas mínimas de tratamento à apatridia. A adesão à Convenção de 1954, portanto, permite que os Estados demonstrem seu compromisso com os direitos humanos, proporciona aos indivíduos o acesso à proteção, ao mesmo tempo em que mobiliza o apoio internacional para que os Estados possam proteger adequadamente os apátridas (ACNUR, 2011).

3.1. A Legislação brasileira para os Apátridas

O tratamento comum dos países ao recebem estrangeiros é ditada por interesses políticos e econômicos, afetando assim o estrangeiro em cada época e lugar que esteja, entretanto graças aos esforços internacionais de flexibilização das políticas migratórias, essa discriminação vem cada vez mais sendo mitigada, por leis que facilitam e aparam esses imigrantes.

Em matéria de Direito Internacional o Brasil trata dessa matéria de forma infraconstitucional, regulamentada através de legislação específica, portarias ou até mesmo resoluções normativas emitidas pelo poder executivo.

Copilando de forma integral as diversas normas soltas em vigor no Brasil acerca da legislação migratória, houve a revogação total do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6815/80), sendo substituído pela Lei 13.445/17, chamada Lei de Migração.

Além da Lei de Migração o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais sobre o tema, como: Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile (Decreto 6.975/2009), e a Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses (Decreto 70.391/72).

3.2. Lei 13.445/17, Lei de Migração

A Lei 13.445 chamada de Lei de Migração, aplicada em conjunto com o decreto 9.199/17, foi elaborada como forma de suprir lacunas deixadas pelo revogado Estatuto do Estrangeiro (Lei 6815/80), estabelecendo princípios, conceitos e garantias sobre a entrada, permanência, saída compulsória e cooperação em matéria criminal, a sua aplicação não é taxativa, podendo ser utilizada em conjunto com acordos internacionais para conferir a plena dignidade do estrangeiro que virá solicitar auxílio brasileiro.

3.3. Limitações da figura apátrida na nova Lei de Migração

A Lei de Migração (Lei 13.445/17) consagrou de forma insuficiente o tema apátrida e designou o mesmo conceito existente na Convenção de 1954, definindo o apátrida como:

pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, conforme 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;

Conforme o estabelecido, a nova Lei de migração não se aprofunda no tema apátrida, nem faz distinção entre a apatridia *de jure* ou *de facto*, limitando-se apenas a definição da Convenção de 1954, entretanto, mesmo sem fazer distinção entre as formas de apatridia e estabelecer novo conceito sobre o tema, o Estado brasileiro ao reconhecer a figura do apátrida, admite a sua obrigação de assegurar direitos mínimos

de tais indivíduos. Nesse aspecto, reconhece-se um avanço significativo do direito interno.

A Lei ainda trás a facilidade de conceder a nacionalidade do país de acolhimento em posicionamento cenário internacional de refúgio, segundo o art. 26, § 6º, ao estabelecer que a pessoa solicitante de tal condição será consultada sobre o desejo de adquirira nacionalidade brasileira.

4. O RECONHECIMENTO APÁTRIDA PELO ESTADO BRASILEIRO ATRAVÉS DA LEI 13.445/17

O Brasil reconheceu pela primeira vez em sua história a condição apátrida de duas pessoas vivem no país em 2018, sendo as primeiras apátridas reconhecidas pelo Estado brasileiro a partir da nova Lei de Migração (Lei nº 13.445), que entrou em vigor em 2017.

[...] A medida foi possível porque a nova legislação passou a prever essa designação, que antes não existia no ordenamento jurídico do país (VILELA, 2018).

Após do reconhecimento como apátrida pelo Estado brasileiro, estas pessoas poderão requerer a naturalização simplificada, um procedimento específico para as pessoas sem nacionalidade, em acordo com o disposto no art. 120 e 121 da Lei de Migração.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, considerando o posicionamento das legislações internacionais temos a visão do contexto oculto dos apátridas e das diversas falhas na efetividade de medidas de proteção a essas pessoas na condição apátrida, seja pelas questões éticas, religiosas ou políticas, o âmbito internacional carece de medidas protetivas eficazes para a extinção da condição apatridia.

Destarte a lei de Migração, foi um grande passo no Sistema Legislativo brasileiro, pois trouxe o reconhecimento de que a condição existe no Brasil e desenvolveu meios de facilitar o acesso dessas pessoas a condições dignas de viver e dar a elas o sentimento de pertencimento a uma pátria, dando uma nova margem de proteção aos apátridas, e tornou o cenário democrático do Brasil mais humano e moderno.

Cumpramos ressaltar que Lei de migração brasileira, apesar reconhecer a apatridia, ainda é vaga quanto a está ideia, abordando-a de forma já reconhecida através da convenção de 1954, e os meios de obtenção da cidadania brasileira pelos apátridas não são explicativos, deixando este mérito para outras legislações.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **O Conceito de Pessoa Apátrida segundo o Direito Internacional.** Resumo das Conclusões. Reunião de especialistas organizada pelo escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, Prato, Itália, 27-28 de maio de 2010. Disponível em: <https://www.acnur.org/t3/portugues/a-quem-ajudamos/apatridas>. Acesso em: 15 de março de 2021.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Unidade de Informação Pública: Doze milhões de apátridas vivem em limbo legal. Agência da ONU para refugiados.** Genebra e Brasília, 2011. Disponível em: <https://www.acnur.org/t3/portugues/a-quem-ajudamos/apatridas>.

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.

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.** Publicada no DOU de 21 de agosto de 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm.

BRASIL. **Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997.** Publicada no DOU de 23 de julho de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. **Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm.

BRASIL. **Decreto Nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm.

BRASIL. **Decreto Nº 4.246, de 22 de maio de 2002. Promulga a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm.

BRASIL. **Decreto Nº 8.501, de 18 de agosto de 2015. Promulga a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, firmada em Nova Iorque, em 30 de agosto de 1961.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8501.htm.

BRASIL. **Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017 que regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm.

MACHADO, Taiane. **Extinção da Apatridia: Um Pensamento não mais Utópico.** Jusbrasil, 2016. Disponível em: <https://taianefrancine.jusbrasil.com.br/artigos/401747414/extincao-da-apatridia-um-pensamento-nao-mais-utopico>.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos Humanos e Hospitalidade.** Editora Atlas, 2014, p 53.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos Humanos e Hospitalidade.** Editora Atlas, 2014, p 60-61.

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>.

REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL NOS PROCESSOS DE FALÊNCIA AJUIZADOS POR CREDOR

RONAN SEVERO DE ARAÚJO: Analista Judiciário - Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Graduado em Direito pelo Centro Universitário e Faculdade Projeção. Pós-graduado em Ordem Jurídica e Ministério Público pela FESMPDFT

RESUMO: A utilização da ação de falência como último recurso do credor para receber seu crédito tem se tornado tendência, principalmente diante de uma execução frustrada. No entanto, nessas demandas, há dificuldade de aplicação das regras atinentes à remuneração do administrador judicial. No âmbito jurisprudencial, há consolidação quanto à possibilidade de impor ao autor da demanda que preste caução apta a garantir a remuneração do administrador judicial. Todavia, há divergência em relação à implementação prática dos tetos previstos no artigo 24, §§ 1º e 4º, da Lei nº 11.101/2005. Ao se analisar atentamente os critérios estabelecidos pelas referidas normas, depreende-se que são inaplicáveis nas ações de falência ajuizadas por credor, como regra, por não estarem disponíveis informações acerca dos bens do devedor ou da totalidade das suas dívidas.

Palavras-Chaves: Falência. Administrador Judicial. Remuneração. Responsabilidade. Limites.

ABSTRACT: The use of bankruptcy action as a last resort for the creditor to receive their credit has become a trend, especially in the face of a failed execution. However, in these demands, there is difficulty in applying the rules relating to the remuneration of the trustee. In the field of jurisprudence, there is consolidation as to the possibility of imposing on the plaintiff to provide a guarantee able to guarantee the remuneration of the judicial administrator. However, there is divergence in relation to the practical implementation of the ceilings provided for in article 24, §§ 1 and 4, of Law 11.101/2005. By carefully analyzing the criteria established by the aforementioned standards, it appears that they are inapplicable in bankruptcy actions filed by a creditor, as information about the debtor's assets or all of his debts is not available.

Keywords: Bankruptcy. Trustee. Remuneration. Responsibility. Limits.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo abordar a ação de falência ajuizada por credor que teve frustrada execução de título executivo extrajudicial ou cumprimento de sentença, utilizando este meio como última ferramenta de cobrança, bem como seu desenvolvimento, principalmente no tocante à nomeação do administrador judicial, ao valor limite da sua remuneração e à responsabilidade pelo pagamento.

A tese deverá necessariamente perpassar pela análise do instituto da falência, sua finalidade e a possibilidade de ser requerida diante de uma execução frustrada.

Posteriormente, será necessário realizar uma análise acerca do procedimento da falência e da necessidade de nomeação de um administrador judicial.

Nesse momento, inevitavelmente surgem vários questionamentos: quem é o responsável pelo pagamento da remuneração do administrador judicial? Qual o valor da sua remuneração? Há um limite a essa remuneração? Qual a consequência de aplicar um limite à remuneração do administrador nas hipóteses em que a ação é ajuizada pelo credor?

Responder estes questionamentos é de suma importância, mormente porque vários advogados começaram a vislumbrar a ação de falência como um recurso na cobrança de crédito não pago, ensejando várias demandas judiciais nesse sentido. Trata-se de nova tendência na prática forense e que deve obter resposta do Poder Judiciário, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

2 DA FALÊNCIA

A falência consiste na liquidação forçada do patrimônio do devedor empresário. A falência também pode ser concebida como uma execução coletiva, cuja finalidade é concretizar a igualdade entre esses credores. Ainda é importante mencionar que a falência, enquanto situação jurídica, decorre de decisão judicial, sendo, portanto, indispensável a atuação do Poder Judiciário nessa liquidação forçada.

Cumprido esclarecer que falência não significa necessariamente insolvência econômica, ou seja, é passível de ser decretada ainda que o empresário possua dívidas inferiores ao total do seu patrimônio. O estado falimentar decorre, desse modo, de insolvência jurídica, que significa a presença de uma das hipóteses previstas no artigo

94, da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial). Nesse sentido, é o ensinamento de Tomazette (2017, p. 376):

Além da legitimidade passiva específica, exige-se a insolvência do devedor empresário, isto é, um estado de fato que denote a impossibilidade de cumprimento das obrigações. A insolvência aqui é jurídica, isto é, ela decorre do enquadramento em uma das hipóteses legalmente previstas e não econômica. Para fins de falência não se exige que o patrimônio do devedor seja menor que suas dívidas, mas que ele se enquadre em alguma das hipóteses legais de insolvência jurídica.

A aceção de execução coletiva e universal da falência decorre da sua caracterização como liquidação forçada, cuja finalidade é a satisfação dos créditos dos credores, de forma igualitária. Reforça-se que a igualdade na falência consiste, na verdade, em isonomia, pois se funda na premissa de “tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual”. Diante desse objetivo nobre da falência, surge o princípio da *par conditio creditorum*, explicado por Tomazette (2017, p. 374) nos seguintes termos:

5.1 Igualdade entre os credores

A falência é um processo de execução coletiva contra o devedor empresário e, nessa condição, ela visa ao pagamento de todos os credores e não apenas de alguns. Como raramente haverá recursos suficientes para o pagamento de todos, o processo de falência organiza os credores em classes e efetua o pagamento de acordo com uma ordem de importância. A ideia é dar um tratamento melhor a quem merece mais proteção, evitando uma situação de desigualdade entre os credores.

Quem passa por uma crise econômico-financeira raramente consegue pagar todos os seus credores. Em razão disso, é comum que os empresários em crise optem pelo pagamento de certos credores, deixando outros sem receber. De outro lado, os credores não pagos tendem a tomar as medidas necessárias para a satisfação do seu crédito, mas apenas os mais ágeis tendem a ter sucesso. Em última análise, a tendência normal é que alguns credores recebam e outros fiquem insatisfeitos, sem um critério para saber quais serão pagos ou não.

A falência, ao instituir uma execução coletiva, tenta afastar essa desigualdade, impondo um tratamento igualitário entre os credores. Esse tratamento igualitário não significa que todos os credores terão o mesmo tratamento, mas que os credores em situação igual terão o mesmo tratamento e os credores em situação desigual terão tratamento desigual. Nesse sentido, não pode ocorrer o pagamento de um credor quirografário e não o de outro credor quirografário. De outro lado, é possível ocorrer o pagamento de um crédito trabalhista sem o pagamento de credores quirografários. Em suma, credores da mesma espécie terão o mesmo tratamento e credores de espécies distintas terão tratamento distinto.

Fala-se em aplicação da *par conditio creditorum*, no sentido de que todos os credores terão direitos iguais no processo de falência, ressalvadas as preferências estabelecidas pela legislação. Do mesmo modo, todos os credores suportarão os prejuízos decorrentes da falência do devedor. Não há um nivelamento entre os credores, mas um tratamento adequado às peculiaridades de cada um, buscando alcançar, na medida do possível, o tratamento mais justo dos credores diante da crise.

E, como dito, a falência somente pode ser decretada por decisão judicial, isto porque se trata de medida drástica e que requer o controle pelo Estado.

Os róis de hipóteses de cabimento da ação de falência e de legitimados são bastante amplos, de modo a existir inúmeros motivos que justificam a decretação da falência de um empresário, englobando inclusive a iniciativa por credor que não teve seu crédito adimplido, observados certos requisitos. A propósito, menciona-se o teor dos artigos 94 e 97, *caput* e *incisos*, da Lei nº 11.101/2005:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Art. 97. Podem requerer a falência do devedor:

I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei;

II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante;

III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade;

IV – qualquer credor.

Em atenção à importância da manutenção da atividade empresarial, pode o devedor utilizar-se do denominado depósito elisivo, nas hipóteses em que cabível, de modo a evitar a falência.

Adentrando ao processo de falência, é possível verificar três fases: pré-falimentar, falimentar e pós-falimentar: A primeira inicia-se com o requerimento ou eventual pedido de recuperação judicial e se estende até a sentença que decreta a falência. A segunda consiste na apuração dos ativos e passivos, a realização do ativo e, finalmente, o pagamento dos credores. Ainda nessa fase se inclui prestação de contas e outras medidas complementares. A terceira fase abrange alguns efeitos da falência, como a inabilitação do falido para a atividade empresarial ou a declaração de extinção das obrigações do falido.

Para o correto desenvolvimento da falência, sobretudo na fase mais relevante - falimentar -, é indispensável a participação de outros sujeitos processuais, sendo imperiosa a nomeação do administrador judicial.

3 DO ADMINISTRADOR JUDICIAL E DA SUA REMUNERAÇÃO

O administrador judicial é indispensável para a falência, sem o qual não é alcançada sua finalidade, pois lhe compete, dentre outras atribuições: apurar os ativos e passivos; elaborar a relação de credores; disponibilizar os livros e documentos do falido; relacionar os processos e assumir a representação judicial e extrajudicial, incluídos os processos arbitrais, da massa falida; avaliar os bens arrecadados; praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações; diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação; realizar o ativo, dar continuidade provisória da atividade empresária; e prestar contas.

Assim, é possível dizer que a nomeação do administrador judicial é pressuposto de desenvolvimento do processo de falência, de modo que a não atuação desse sujeito processual enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Acerca da atuação do administrador judicial, urge mencionar os destaques feitos por Fábio Ulhoa (2021, livro eletrônico sem indicação de páginas):

73. Perfil do administrador judicial

O administrador judicial (que pode ser pessoa física ou jurídica) é o agente auxiliar do juiz que, em nome próprio (portanto, com responsabilidade), deve cumprir com as funções cometidas pela

lei. Além de auxiliar do juiz na administração da falência, o administrador judicial é também o representante da comunhão de interesses dos credores (massa falida *subjetiva*), na falência. Exclusivamente para fins penais, o administrador judicial é considerado funcionário público. Para os demais efeitos, no plano dos direitos civil e administrativo, ele é agente externo colaborador da justiça, da pessoal e direta confiança do juiz que o investiu na função.

(...)

74. Competência do administrador judicial na falência

De um modo geral, cabe ao administrador judicial auxiliar o juiz na administração da falência e representar a comunhão dos interesses dos credores. Como auxiliar do juiz, ele deve-se manifestar nos autos sempre que determinado, bem como tomar a iniciativa de propor medidas úteis ao bom andamento do processo falimentar. Como representante legal da comunhão dos interesses dos credores, deve administrar os bens da massa visando obter a otimização dos recursos disponíveis.

Sua missão consiste em procurar maximizar o resultado da realização do ativo. Quanto mais dinheiro ingressar na conta da massa falida em função da cobrança dos devedores e venda dos bens do falido, maiores serão os recursos disponíveis para o pagamento dos credores. Esse objetivo – otimização dos recursos da massa – norteia a atuação do administrador judicial e, portanto, também a avaliação do seu desempenho.

Na administração dos interesses comuns dos credores, o administrador judicial não goza de absoluta autonomia. Além de estar obrigado a prestar contas de todos os seus atos, deve requerer a autorização judicial previamente à adoção de algumas medidas de crucial importância para a falência. A contratação de profissionais e auxiliares, por exemplo, só vincula a massa quando autorizada pelo juiz, que aprova também a remuneração. Se o administrador judicial contratar alguém para o assessorar ou ajudar no desempenho de suas atribuições sem solicitar antes a autorização do juiz, é exclusivamente ele (e nunca a massa falida) o responsável pelo pagamento do profissional ou auxiliar. Outro

exemplo: o administrador judicial não pode transigir sobre créditos e negócios da massa falida nem conceder desconto ou abatimento, ainda que seja o crédito de difícil cobrança, a não ser que esteja previamente autorizado pelo juiz (ouvido o Comitê e o falido).

Além das hipóteses legais que expressamente limitam a autonomia do administrador judicial, porém, tem ele poderes para fazer o que considerar do interesse da comunhão dos credores.

Ao lado das atribuições gerais de auxiliar do juiz e representante legal da massa falida, ao administrador judicial cabe especificamente, entre outros deveres fixados na lei: *a)* avisar, pelo *Diário Oficial*, o lugar e hora em que, diariamente, os credores poderão examinar livros e documentos do falido; *b)* examinar a escrituração da falida, em busca de indícios de irregularidades; *c)* relacionar, nos autos, as ações em curso de interesse da massa, assumindo sua representação processual; *d)* receber e abrir a correspondência endereçada ao falido; *e)* apresentar seu relatório sobre as causas da falência, com indicação das responsabilidades civis e penais que identificar; *f)* arrecadar e avaliar os bens da falida; *g)* arrecadar os livros e documentos da falida; *h)* proceder à realização do ativo e pagamento do passivo, na forma da lei; *i)* elaborar o Plano de Realização de Ativo (PRA); *j)* requerer medidas e diligências necessárias ao cumprimento da legislação falimentar, proteção dos interesses da comunhão dos credores ou eficiência da administração da massa.

(...)

77. Indelegabilidade da função

A função do administrador judicial é indelegável. Isso significa que ele não pode transferir para ninguém, no todo ou em parte, a tarefa que legalmente lhe foi reservada. Mesmo quando ele é pessoa jurídica especializada, o profissional indicado para responder pela função não pode transferir qualquer incumbência a outrem. Não pode fazê-lo ainda que delegue a função para outro profissional vinculado à mesma pessoa jurídica nomeada administradora judicial.

Para a atuação do administrador judicial, é essencial que seja fixado o valor da sua remuneração, cujo encargo compete ao devedor ou à massa falida, consoante estabelece o artigo 25, da Lei nº 11.101/2005, *verbis*: *Caberá ao devedor ou à massa falida arcar com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo.*

O artigo 24, da Lei nº 11.101/05, por sua vez, estabelece os parâmetros para arbitramento do valor da remuneração do administrador judicial, senão vejamos:

Art. 24. O juiz fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes.

§ 1º Em qualquer hipótese, o total pago ao administrador judicial não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência.

§ 2º Será reservado 40% (quarenta por cento) do montante devido ao administrador judicial para pagamento após atendimento do previsto nos arts. 154 e 155 desta Lei.

§ 3º O administrador judicial substituído será remunerado proporcionalmente ao trabalho realizado, salvo se renunciar sem relevante razão ou for destituído de suas funções por desídia, culpa, dolo ou descumprimento das obrigações fixadas nesta Lei, hipóteses em que não terá direito à remuneração.

§ 4º Também não terá direito a remuneração o administrador que tiver suas contas desaprovadas.

§ 5º A remuneração do administrador judicial fica reduzida ao limite de 2% (dois por cento), no caso de microempresas e de empresas de pequeno porte, bem como na hipótese de que trata o art. 70-A desta Lei.

Estas diretrizes são plenamente aplicáveis quando a ação de falência é ajuizada pelo próprio devedor ou decorre da conversão da ação de recuperação

judicial. Todavia, quando a demanda é de iniciativa de algum credor há óbices à aplicação irrestrita desses parâmetros, o que será explorado no tópico a seguir.

4 DA REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL E DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS

4.1 DA INVERSÃO DA RESPONSABILIDADE PELA REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL

Como visto, o pagamento da remuneração do administrador judicial cabe ao devedor ou à massa falida.

Ocorre que se verifica na atualidade da prática forense que diversos credores têm se utilizado da ação de falência como última alternativa ao recebimento do seu crédito. Assim, diante de uma execução frustrada, muitas vezes pelo encerramento irregular da atividade empresarial do devedor, o credor pede a falência do devedor, como forma de alcançar o pagamento do seu crédito.

Esta alternativa é criativa, além de encontrar fundamento no ordenamento jurídico, especificamente no artigo 94, inciso II, da Lei nº 11.101/05: *Será decretada a falência do devedor que executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal.*

Entretanto, há uma dificuldade fática já esperada – o devedor não comparece ao processo de falência, pois, por vezes, encontra-se inativo. Diante desse panorama, o devedor não realiza o pagamento da remuneração devida ao administrador judicial e, naturalmente, a ação de falência fica travada. Na prática, nem se o juiz adotar uma postura mais enérgica, como bloqueio em conta bancária, não será possível localizar numerário para arcar com esta despesa, porquanto o devedor chegou à ruína, não havendo sequer a formalização do encerramento das suas atividades. Destaque-se que medidas constritivas são realizadas à exaustão na ação de execução individual, antes do ajuizamento da ação de falência.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de enfrentar a questão e, adotando uma solução pragmática, determina a inversão, ao menos provisória, da responsabilidade pelo pagamento da remuneração do administrador judicial, imputando ao credor o dever de prestar caução para garantir o pagamento da referida verba honorária. A propósito, são citados julgados ilustrativos dessa solução:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA. REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. CAUÇÃO. DESPESA PROCESSUAL. POSSIBILIDADE DE ATRIBUIR TAL ÔNUS AO REQUERENTE DA FALÊNCIA. 1. Ação ajuizada em 20/7/2016. Recurso especial

interposto em 8/5/2018. Autos conclusos ao Gabinete em 12/12/2018. 2. O propósito recursal é decidir se é possível exigir de credor de sociedade em processo de falência que caucione os honorários do administrador judicial. 3. **Ante a fase inicial de incerteza acerca da suficiência dos bens a serem arrecadados para cobrir as despesas processuais e as demais obrigações da massa falida, aliado ao fato de não ter sido encontrada a empresa devedora, cuja citação ocorreu por edital, constitui medida hígida a exigência de que o credor caucione os honorários do administrador judicial.** Precedente. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (REsp 1784646/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 07/06/2019)

RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR JUDICIAL. CAUÇÃO DA REMUNERAÇÃO. RESPONSABILIDADE. ART. 25 DA LEI nº 11.101/2005. EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Inviável a apreciação do pedido de efeito suspensivo a recurso especial feito nas próprias razões do recurso. Precedentes. 2. O art. 25 da Lei nº 11.101/2005 é expresso ao indicar o devedor ou a massa falida como responsável pelas despesas relativas à remuneração do administrador judicial. 3. **Na hipótese, o ônus de providenciar a caução da remuneração do administrador judicial recaiu sobre o credor, porque a empresa ré não foi encontrada, tendo ocorrido citação por edital, além de não se saber se os bens arrecadados serão suficientes a essa remuneração.** 4. É possível a aplicação do art. 19 do Código de Processo Civil ao caso em apreço, pois deve a parte litigante agir com responsabilidade, arcando com as despesas dos atos necessários, e por ela requeridos, para reaver seu crédito. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1526790/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 28/03/2016) (grifos nossos)

Ademais, a aplicação do artigo 82, § 1º, Código de Processo Civil de 2015, possibilita a resolução da questão. Veja-se:

Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que

realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título.

§ 1º Incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica.

§ 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou. (grifo nosso)

Destaque-se que o Código de Processo Civil, por força do seu artigo 15, constitui norma geral do processo brasileiro, aplicando-se subsidiariamente aos demais processos.

Portanto, é inegável que, diante dos aspectos do caso concreto que ensejem dificuldade em aplicar o artigo 25, da Lei nº 11.101/05, que impõe ao devedor a responsabilidade pelo pagamento da remuneração do administrador judicial, deve haver a inversão, recorrendo-se ao artigo 82, § 1º, Código de Processo Civil de 2015, para atribuir este ônus ao autor, inclusive por configurar pressuposto processual para o desenvolvimento da ação de falência.

É importante ressaltar que a minirreforma falencial e recuperacional promovida pela Lei nº 14.112/2020 não resolveu este impasse, motivo pelo qual se continua a aplicar a solução dada pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.2 DA FLEXIBILIZAÇÃO DO TETO DA REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL

Por outro lado, o artigo 24, §§ 1º e 5º, da Lei nº 11.101/2005, estabelece um teto para a remuneração do administrador de 5% do valor de venda dos bens na falência, cujo percentual é reduzido para 2% no caso de microempresas, de empresas de pequeno porte e de produtor rural. Veja-se:

Art. 24. O juiz fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes.

§ 1º Em qualquer hipótese, o total pago ao administrador judicial não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores

submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência.

(...)

§ 5º A remuneração do administrador judicial fica reduzida ao limite de 2% (dois por cento), no caso de microempresas e de empresas de pequeno porte, bem como na hipótese de que trata o art. 70-A desta Lei.

A norma possui claramente duas finalidades: limitar a remuneração do administrador judicial, de modo a dar maior eficácia ao adimplemento das dívidas; permitir a utilização dos mecanismos da falência e principalmente da recuperação judicial por empresários que naturalmente possuem maiores dificuldades – microempresas, empresas de pequeno porte e produtores rurais.

No entanto, estas finalidades se perdem nas ações de falência ajuizadas por credor. Primeiro porque não é possível verificar, *prima facie*, o valor dos bens do devedor, já que estes foram insistentemente buscados na execução movida anteriormente pelo credor, mas não localizados. Segundo porquanto a única informação costumeiramente apresentada pelo credor é o valor do seu crédito.

Nessas situações, os credores têm requerido que se utilize como base de cálculo do percentual de 2 ou 5% o valor do seu crédito, enquanto os juízes têm optado por fixar a caução da remuneração do administrador em valor que seja suficiente para encontrar alguém que assumo o encargo.

Diante desse dilema, observa-se verdadeira divergência no âmbito dos Tribunais. Utilizando o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, pinçam-se julgados que demonstram o dissenso, sendo os dois primeiros no sentido de ser possível ultrapassar os tetos previstos e os dois últimos adotando entendimento mais literal:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE FALÊNCIA. DETERMINAÇÃO DE EMENDA. DEPÓSITO DA REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. NÃO ATENDIDA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DEVIDA. FIXAÇÃO DA REMUNERAÇÃO. EXCESSO. INOCORRENCIA. 1. Para exercer suas atribuições, ao administrador é devida uma remuneração, nos termos do artigo 24 da Lei nº 11.101/05, que deverá ser custeada pela massa falida, consoante disposto no artigo 25 da supracitada norma legal. 2.

Em situações excepcionais, em que há suspeita de que a massa falida não terá condições sequer de arcar com o valor da remuneração do administrador judicial, exige-se do credor que pleiteie a decretação da quebra que antecipe o valor daquela remuneração, mediante caução a ser prestada nos autos. 2.1. Compulsando os autos, restou verificado que a hipótese dos autos se enquadra na referida exceção, já que, segundo o próprio demandante/apelante na exordial, a expedição da Certidão de Crédito se deu em razão do esgotamento de todos os meios de busca para satisfazer o crédito almejado. 3. Para o arbitramento da remuneração do administrador judicial, devem ser observados a capacidade de pagamento do devedor, grau de complexidade do trabalho, bem como os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes. 4. **Em casos especiais, notadamente quando verificado que o valor cobrado é de pouca monta, a remuneração do administrador judicial pode ser fixada acima dos limites estabelecidos no art. 24, §§ 1º e 5º, da Lei de Falência, 11.101/2005.** 5. Na espécie, **considerando que o valor do crédito buscado na presente demanda remete-se à quantia de R\$ 1.417,33, de fato, a fixação da remuneração do administrador judicial em 2% do valor do débito é irrisória e não atende a complexidade do trabalho desenvolvido.** 6. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão 1331322, 07079873420208070015, Relator: GISELENE PINHEIRO, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 7/4/2021, publicado no DJE: 19/4/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÃO CIVIL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE FALÊNCIA. HONORÁRIOS DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. CAUÇÃO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 1. Nos termos do art. 25 da Lei 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial), "cabará ao devedor ou à massa falida arcar com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo". 2. Em interpretação do art. 25 da Lei 11.101/2005, o Superior Tribunal de Justiça entende ser possível impor ao credor a obrigação de adiantar as despesas relativas à remuneração do administrador judicial (caução), nos casos em que a pessoa jurídica não for encontrada ou quando existirem dúvidas se os bens a serem arrecadados serão suficientes para arcar com a

dívida. 3. **Ausente parâmetro legal ou jurisprudencial quanto ao arbitramento da caução, mostra-se cabível arbitrar o valor de acordo com critérios de razoabilidade e de proporcionalidade.** Precedentes deste Tribunal. 4. Deu-se parcial provimento ao recurso. (Acórdão 1320048, 07213294920198070015, Relator: ARQUIBALDO CARNEIRO PORTELA, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 18/2/2021, publicado no DJE: 17/3/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE FALÊNCIA. REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. ATRIBUIÇÃO DO ÔNUS AO CREDOR. DEPÓSITO CAUÇÃO. VALOR SUPERIOR AO CRÉDITO. TETO. SUBMISSÃO. DEMONSTRATIVO ATUALIZADO DO CRÉDITO. ORDEM DE EMENDA. NÃO CUMPRIMENTO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. 1. Nas ações de falência, na impossibilidade de apuração de bens em nome do devedor, bem como do valor total de venda, cabe ao credor interessado arcar com a remuneração do administrador judicial. Precedentes. 2. Desproporcional a fixação da remuneração do administrador judicial em valor superior ao do crédito, devendo observar o julgador os parâmetros estabelecidos no artigo 24, da Lei nº 11.101/2005. Deste modo, **tratando-se de microempresas e empresas de pequeno porte, a remuneração fica reduzida ao limite de 2% (dois por cento) do valor devido ao credor.** 3. Não cumprida a determinação de emenda para atualizar o valor do crédito, objeto do pedido, cabível o indeferimento da petição inicial. 4. Apelação conhecida e não provida. (Acórdão 1281963, 07100116920198070015, Relator: FÁBIO EDUARDO MARQUES, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 9/9/2020, publicado no DJE: 29/9/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE FALÊNCIA. DETERMINAÇÃO DE EMENDA. DEPÓSITO DA REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. NÃO ATENDIDA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. INDEVIDA. FIXAÇÃO DA REMUNERAÇÃO ESTABELECIDADA PELO ARTIGO 24 DA LEI N. 11.101/2005. EXCESSO VERIFICADO. RECURSO PROVIDO. 1. Para exercer suas atribuições, ao administrador é devida uma remuneração, nos termos do artigo 24 da Lei nº 11.101/05, que deverá ser custeada pela massa falida, consoante disposto no

artigo 25 da supracitada norma legal. 2. Em situações excepcionais, em que há suspeita de que a massa falida não terá condições sequer de arcar com o valor da remuneração do administrador judicial, exige-se do credor que pleiteie a decretação da quebra que antecipe o valor daquela remuneração, mediante caução a ser prestada nos autos. 3. Para o arbitramento da remuneração do administrador judicial, devem ser observados a capacidade de pagamento do devedor, grau de complexidade do trabalho, bem como os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes. Além do mais, **esta fixação é limitada a 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores.** 4. **Restando caracterizado que a remuneração do administrador judicial arbitrada pelo juízo a quo excede o limite determinado no artigo 24 da Lei nº 11.101/05, a cassação da sentença que indeferiu a petição inicial é medida que se impõe, devendo o feito ter regular prosseguimento na origem.** 5. Recurso provido. (Acórdão 1257385, 07312540620188070015, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 17/6/2020, publicado no DJE: 2/7/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (grifos nossos)

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o teto previsto no artigo 24, § 5º, da Lei nº 11.101/2005, mas foi em relação a recuperação judicial, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MICRO EMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. INCIDÊNCIA DO ART. 24, § 5º, DA LEI N. 11.101/2005 INDEPENDENTEMENTE DA OPÇÃO PELA ADOÇÃO DO PLANO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO, PREVISTOS NOS ARTS. 70-72 DA LREF. A PROTEÇÃO NORMATIVA SE DÁ EM RAZÃO DA PESSOA DO DEVEDOR E NÃO DO RITO PROCEDIMENTAL ESCOLHIDO. 1. A remuneração do administrador judicial, valor e forma de pagamento, deverá ser fixada pelo magistrado, tendo-se como norte a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes, "em qualquer hipótese, o total pago ao administrador judicial não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do

valor de venda dos bens na falência" ficando a remuneração "reduzida ao limite de 2% (dois por cento), no caso de microempresas e de empresas de pequeno porte" (LREF, art. 24, §§ 1º e 5º). 2. A regra de limitação remuneratória teve o escopo de proteger eminentemente a pessoa jurídica que se enquadra nos requisitos legais da microempresa e da empresa de pequeno porte, ante o objetivo visado pelo legislador de proporcionar-lhes um tratamento favorecido, conforme comando do texto constitucional. 3. A remuneração do administrador judicial é categoria jurídica específica dotada de conteúdo normativo próprio e, por conseguinte, a eventual escolha do devedor pelo plano especial de recuperação judicial (LFRE, arts. 70-72), não pode ser tida como critério determinante a afastar a limitação de 2% imposta pela lei. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1825555/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 11/06/2021)

E, como dito acima, faz todo o sentido aplicar os limites de remuneração do administrador judicial em sede recuperação judicial, pois, nesta hipótese, há uma postura ativa do devedor. Ademais, exigir um valor elevado poderia inviabilizar o soerguimento de microempresas, de empresas de pequeno porte e de produtores rurais.

Todavia, em se tratando de falência, mormente quando requerida por credor, não há maiores informações sobre bens do devedor, muito menos acerca do total das dívidas que possui. Utilizar como parâmetro uma única dívida (aquela que é apresentada como motivo da decretação da falência) é também, com certeza, desvirtuar o comando da Lei nº 11.101/2005, pois este não é parâmetro indicado pela norma.

Destaque-se que o artigo 24, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, estabelece duas possíveis bases de cálculo para a remuneração do administrador judicial: valor devido aos credores, em relação à recuperação judicial; ou o valor de venda dos bens, na falência.

Ocorre que na falência requerida por credor, este apresenta apenas o valor de uma dívida. Não há informação acerca dos bens do devedor, que somente serão apurados adiante, com a atuação do administrador judicial. Portanto, este critério não é seguro na hipótese em análise.

Poderia se defender que seja utilizado como baliza o valor das dívidas do réu; contudo, também não se sabe qual é este montante, pois é apresentada no processo apenas um único crédito, o do autor. E, ainda que haja litisconsórcio de credores na forma do artigo 94, inciso I e § 1º, da Lei nº 11.101/2005, não será possível saber qual o total das dívidas, o que depende de verificação pelo administrador judicial.

Não obstante, várias dessas ações de falência são ajuizadas com base em dívidas proporcionalmente pequenas, como no supramencionado acórdão nº 1331322, prolatado pelo TJDF, em que a demanda referia-se à quantia de R\$1.417,33, de modo que a fixação da remuneração do administrador judicial em 2% resultaria no valor irrisório de R\$28,35. Ora, evidentemente, esse montante (R\$28,35) torna impossível, na prática, encontrar quem aceite assumir o encargo de administrador judicial, em especial pela complexidade e pela grande responsabilidade desse múnus público.

Além disso, a falência é o juízo universal de execução coletiva, no qual são reunidas todas as dívidas do falido. Utilizando como exemplo o caso analisado no acórdão nº 1331322, a dívida apresentada pelo autor, por certo, não é a única que o devedor possui. A experiência ordinária, em especial da realidade brasileira, denota que uma empresa, quando “quebra”, é porque possui diversas dívidas impagáveis. Dificilmente, uma empresa deixaria de funcionar por possuir uma dívida de apenas R\$1.417,33.

Portanto, a utilização de uma única dívida como parâmetro para fixação da caução que deve ser prestada pelo autor para garantir a remuneração do administrador judicial não encontra respaldo na Lei nº 11.101/2005, muito menos permite que se encontre pessoa capaz de assumir o encargo, diante do valor insignificante arbitrado a título de remuneração.

Defende-se, assim, que se aplique o mesmo raciocínio adotado pelo Superior Tribunal de Justiça nos REsp 1784646/SP e REsp 1526790/SP, no sentido de que, “ante a fase inicial de incerteza acerca da suficiência dos bens a serem arrecadados para cobrir as despesas processuais e as demais obrigações da massa falida (...) constitui medida hígida a exigência de que o credor caucione os honorários do administrador judicial”, para permitir que se arbitre caução da remuneração do administrador judicial em valor adequado, razoável e proporcional, sem se prender aos percentuais de 2 ou 5%, mormente porque não há certeza acerca da base de cálculo a ser adotada.

De outro modo, restaria inviável o processamento da ação de falência, pois a nomeação de administrador judicial é pressuposto processual da demanda. Ademais, a responsabilidade pelo fornecimento de meios que garantam a presença do

administrador, como o pagamento de remuneração justa e adequada, deve ser atribuída ao autor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, inicialmente foi realizada uma análise acerca da falência e da sua finalidade, bem como das fases em que se desenvolve. Demonstrou-se que a presença do administrador judicial é pressuposto processual de desenvolvimento válido e regular da ação de falência, pois será o sujeito processual que dará concretude aos indispensáveis procedimentos atinentes às fases falimentar e pós-falimentar.

Realizou-se também estudo específico acerca das ações de falência ajuizadas por credor, pois nessa situação não há uma postura ativa do devedor; pelo contrário, por vezes, este sequer é localizado, por ter encerrado suas atividades irregularmente.

Após, foi explorado o entendimento jurisprudencial que permite relativizar a regra de que a remuneração do administrador judicial cabe ao devedor; de modo que, em situações nas quais não há certeza da existência de bens passíveis de serem realizados, compete ao autor depositar caução que garanta a atuação do administrador judicial. Defendeu-se, ainda, a aplicação subsidiária do artigo 82, do Código de Processo Civil de 2015.

Adiante, foi apresentada a existência de tetos para a remuneração do administrador judicial, previstos nos §§ 1º e 5º do artigo 24 da Lei 11.101/2005, e também foi contextualizada a dificuldade da sua aplicação nos casos em que a ação de falência é ajuizada por credor, o que tem gerado julgamentos pelos Tribunais em sentidos opostos.

Por último, apresentaram-se argumentos de ordem prática e jurídica para se defender a não aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 5º do artigo 24 da Lei nº 11.101/2005 nas hipóteses em que a ação de falência é iniciada por credor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 14 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1825555/MT**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 11/06/2021

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1784646/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 07/06/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1526790/SP**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 28/03/2016

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 1331322**, 07079873420208070015, Relator: GISLENE PINHEIRO, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 7/4/2021, publicado no DJE: 19/4/2021.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 1320048**, 07213294920198070015, Relator: ARQUIBALDO CARNEIRO PORTELA, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 18/2/2021, publicado no DJE: 17/3/2021.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 1281963**, 07100116920198070015, Relator: FÁBIO EDUARDO MARQUES, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 9/9/2020, publicado no DJE: 29/9/2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 1257385**, 07312540620188070015, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 17/6/2020, publicado no DJE: 2/7/2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas** [livro eletrônico] /. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**, v. 3/ Marlon Tomazette. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017 [livro eletrônico]

O USO DAS MÍDIAS SOCIAIS NA PUBLICIDADE DA ADVOCACIA E A LEGALIDADE ENTRE PADRÕES ÉTICOS

SARAH CRISTINA DA SILVA CEZARIO:
Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário
Una Contagem.

THAYS STTEFÂNIA BARBOSA ZUCCHERATTE¹

(coautora)

RESUMO: O presente artigo tem o intuito de tratar acerca do Marketing Jurídico, discutindo os principais conceitos do Marketing e os impactos que sua ausência e presença tem causado no meio jurídico, principalmente diante do atual cenário que enfrentamos devido à pandemia COVID-19. Em um segundo momento, iremos analisar como se posicionar no mercado do Marketing Digital sem ferir o código de ética, buscando desmistificar a falsa ideia de proibição que muitos advogados e atuantes do meio jurídico desenvolveram ao longo dos anos, analisando também o que se aplica hoje, através do nosso Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), Código de Ética e Disciplina (CED), além do Provimento Nº 94/2000, que discorre acerca da publicidade, propaganda e a informação da advocacia. Para isto, iremos utilizar o método hipotético-dedutivo, através de pesquisas bibliográficas, demonstrar que com responsabilidade é possível aliar esta importante ferramenta digital à ética profissional do advogado.

Palavras-Chave: Marketing jurídico; ética do advogado; flexibilizações

ABSTRACT: This article aims to deal with Legal Marketing, discussing the main concepts of Marketing and the impacts that its absence and presence has caused in the legal environment, especially in light of the current scenario we face due to the COVID-19 pandemic. In a second moment, we will analyze how to position itself in the Digital Marketing market without violating the code of ethics, seeking to demystify the false idea of prohibition that many lawyers and legal practitioners have developed over the years, also analyzing what applies today, through our Law Statute and the Brazilian Bar Association (EOAB), Code of Ethics and Discipline (CED), in addition to Provision No. 94/2000, which discusses publicity, advertising and information about the law firm. For this, we will use the hypothetical-deductive method, through bibliographical

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Cento Universitário UNA Contagem.

research, to demonstrate that with responsibility it is possible to combine this important digital tool with the lawyer's professional ethics.

Keywords: Legal marketing; lawyer ethics; flexibilities

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Marketing e Publicidade - conceituação e diferenças; 3 Marketing Jurídico - histórico e conceituação; 4 A ética na advocacia; 5 Os benefícios e os limites do marketing jurídico; 6 O uso das mídias sociais pelos escritórios de advocacia; 7 Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos em uma era de tamanho avanço tecnológico no mundo, que seria impossível que isso não afetasse o âmbito profissional. Desta forma podemos observar diversas empresas de sucesso que iniciaram do sofá de sua casa, apenas com um smartphone, criatividade e planejamento, pouco capital. O estouro de celebridades que após ter um vídeo qualquer viralizado, e que se depararam com a fama da noite para o dia, é outro ponto forte que podemos perceber constantemente. Por tanto, é notório a força que o mundo digital tem no mundo analógico.

Neste mesmo contexto, é comum encontrarmos pequenos escritórios e até mesmo jovens advogados autônomos com grande ascensão no mercado de trabalho, uma vez que investem em sites, redes sociais, criação de conteúdo para a internet, o que os tornam de fácil visibilidade a potenciais novos clientes, dentre outras diversas chances de sucesso em se mostrar autoridade no meio jurídico.

Podemos perceber então que, aquela dificuldade que era certa de encontrar, caso o advogado iniciasse sua carreira de forma solo, já se tornou menos difícil de ser superada, uma vez que de longe é possível fazer uma equiparação com a discrepância de oportunidades.

O fato é que existe uma grande divisão em relação à licitude de se beneficiar do Marketing Digital especificamente no meio jurídico. Rafael Menegotto, acredita que a defesa ou não da mercantilização da advocacia está diretamente ligada a interesses. "Na realidade, uns sustentam que a vedação à mercantilização vai de encontro aos interesses de grandes bancas de escritórios renomados, que conseguem manter verdadeira dinastia diante da ausência de concorrência." (MENEGOTTO, 2018)

De acordo com toda essa discussão, este artigo está dividido em duas etapas. Na primeira etapa, podemos dizer que trataremos de forma conceitual o que se refere à marketing, publicidade e as diferenças entre si, aprofundando mais especificamente

no ramo do Marketing Jurídico e na ética da advocacia. Já na segunda etapa, será abordado de forma analítica sobre a regulamentação das regras gerais, identificando o uso de mídias como o facebook, blog, Instagram, entre outras, demonstrando a grande relevância destas ferramentas, quando usadas de forma correta.

2. MARKETING E PUBLICIDADE - CONCEITUAÇÃO E DIFERENÇAS

Não é possível datar a origem do Marketing, todavia segundo o site Portal do Marketing em 1940 se iniciou uma discussão voltada para o desenvolvimento de uma teoria mercadológica. Em 1960 o professor Theodore Levitt dá ênfase à importância da satisfação dos clientes, já em 1980 têm-se uma maior atenção voltada ao cliente. Assim, o Marketing começa a se destacar em grandes corporações. Chegando então, ao ano 2000, onde acontece a propagação dos meios de comunicação dando ao consumidor o poder da informação.

Seguindo esta crescente evolução, não é possível conceituar o Marketing de uma só forma, para Honorato "Marketing é uma atividade voltada para conquista e manutenção lucrativas dos clientes por meio dos processos de troca, desde que atendendo as necessidades, os desejos e as expectativas". (2004, p.10).

No mesmo sentido, Kotler vê o Marketing como "o conjunto de atividades humanas que têm por objetivo facilitar e consumir relações de troca". (2000, p.12).

É notável que ambos os autores inicialmente têm como conceito principal de Marketing uma relação de troca, na qual será levada também em consideração a satisfação e necessidade de seus clientes.

Para Dantas "o conceito de Marketing está diretamente relacionado ao princípio maior de satisfazer necessidades, anseios e expectativas das pessoas". (2013, p.21).

Por sua vez, para Las Casas "Marketing é uma função organizacional e um processo para criar, comunicar e entregar valor para os clientes e para administrar relacionamentos". (2012, p.85).

Assim, levando em consideração todos os conceitos já expostos, podemos entender o Marketing como atividade voltada ao crescimento, satisfação, lucro e reconhecimento. Não se confundindo com a publicidade.

A publicidade é um grande meio de comunicação com a massa, pois não é possível fazer anúncio adaptado a cada indivíduo da multidão consumidora. Logo, este anúncio tem de ser ajustado ao tipo médio que constitui o grupo consumidor visado pelo

anunciante. Como tal, a publicidade é um poderoso fator de promoção de vendas e relações públicas, sendo possível ao anunciante e ao industrial estabelecer rápido contato com os consumidores, tornando seus produtos e ofertas conhecidos, assim como adquirir prestígio para sua firma. (SILVA, 1976, p.53)

Malanga define a Publicidade “como a arte de despertar no público o desejo de comprar, levando-o à ação. A Publicidade é um conjunto de técnicas de ação coletivas, utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo clientes.” (MALANGA, 1976, p.10-11)

Destarte, vale dizer que o Marketing por ser mais abrangente pode ser entendido então como a estratégia principal que busca entender e atender as necessidades dos clientes, por outro lado a publicidade está relacionada ao reconhecimento e divulgação dos produtos ou serviços.

3. MARKETING JURÍDICO - HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO

Após a elaboração da Constituição de 1823, José Feliciano Fernandes Pinheiro (Visconde de São Leopoldo) aprovou uma resolução que determinava a necessidade da existência de no mínimo 2 (dois) cursos jurídicos para uma posterior criação de uma Universidade do Brasil.

Através disso, foram criadas em 1827 os primeiros cursos de direito do Brasil com localização em São Paulo e Olinda. Na época tais cursos não eram considerados faculdades, mas Academias de Direito onde estudantes frequentavam as aulas durante 5 (cinco) anos com a finalidade de obter o título de “bacharéis em direito”.

Essas academias foram marcadas pelo tradicionalismo e formalismo e isso permanece até a atualidade. Nesse sentido descreve Antônio Carlos Wolkmer.

O Direito e a formalidade sempre estiveram juntos, a ponto de influenciar outras classes a considerarem que “falar difícil, vestir-se adequadamente, ostentar uma cultura literária e mesmo o conhecimento de textos legais tornou-se prática fora do círculo restrito dos bacharéis” (WOLKMER, 2002, p.370)

Conforme conceitua Kotler (2001, p.36) a origem dos serviços de cunho profissional de maior visibilidade pôde ser notado na idade média, principalmente quando se tratava das profissões ligadas às leis. Sendo relevante destacar que este profissional, possuía uma elevada importância social. Assim, a posição social era empregada como agente intensificador da atividade jurídica.

Segundo Marcelo Martins Borges.

Atualmente, o exercício da advocacia compreende não somente questões jurídicas, mas impõe a obrigação do profissional se estabelecer como uma organização que utiliza inúmeros meios para manter seus clientes satisfeitos com os serviços prestados, além de, gradual e ordenadamente, conquistar mercado, ser conhecido e, obviamente, obter lucro. (BORGES, 2006, p.21)

Neste contexto, foi necessário que os escritórios de advocacia buscassem um diferencial, aprendendo a administrar de forma moderna os recursos do escritório através de um planejamento consciente, visando assim a melhor estratégia para atendimento a clientes usuais e potenciais.

O Estatuto da Advocacia, o Código de Ética e seus Provimentos, que regulamentam o exercício da atividade jurídica, apresentam vários limites na publicidade e propaganda das atividades exercidas. Contudo, existe um amplo rol de atividades que decorrem da ciência que estuda o marketing que pode ser utilizada por escritórios de Advocacia.

Diante disso, vários estudiosos descrevem o Marketing utilizado por Escritórios de Advocacia como Marketing Jurídico, com o objetivo de fidelizar clientela e aumentar os lucros sem infringir a legislação que trata acerca do exercício profissional.

De acordo com Rodrigo Padilha, Marketing jurídico nada mais é do que uma estratégia de posicionamento para os advogados no mercado. É a execução dessa estratégia que vai possibilitar que você mostre ao mundo quais são as suas especialidades e quais problemas você resolve (PADILHA, 2017, p. 1).

Descreve Paola Regina Carloni.

Nos dias atuais através da influência do advento da globalização e com a massificação das mais vastas formas de informações, na atualidade o cenário se fez totalmente propício para o advogado que pretende manter-se como destaque na sua profissão. Vez que, proporciona as ferramentas de planejamento estratégico, de forma a traçar caminhos através da construção de objetivos e metas de melhor aplicação frente ao cenário que esse advogado está inserido. Sendo todo o exposto possível através do marketing jurídico, que busca não somente o êxito dos

resultados, mas também potencialização destes. (CARLONI; OLIVEIRA, 2016, p.135).

Dominguez afirma.

O marketing jurídico traça a ponte entre advogado e mercado, de forma que venha facilitar que esse advogado se torne conhecido, diferenciando se positivamente da concorrência ao fortalecer a sua imagem como profissional e criando a possibilidade de uma relação direta e confiável entre profissional e cliente. (DOMINGUEZ, 2003, p.16).

Aduz também Bertozzi (2014) que o marketing jurídico tem como objeto de estudo o advogado, conjuntamente com toda a rede de pessoas passíveis de usufruir dos seus serviços e através de estratégias, buscam consolidar a marca pessoal deste profissional, de modo que seja possível atrelar a gestão e comunicação, em prol de unir forças, objetivando a reinvenção e condução da advocacia.

Desta forma, o conceito de Marketing jurídico está ligado a satisfação das necessidades, anseios e expectativas das pessoas, o que se observa perfeitamente quanto ao exercício da atividade do advogado, vez que, o profissional do direito é procurado por clientes tendo como objetivo a resolução de conflitos.

4. A ÉTICA NA ADVOCACIA

O exercício da advocacia deve ocorrer de forma responsável, observando padrões morais e regras de conduta e isso deve ser analisado, principalmente, no contexto do marketing digital.

O advogado tem atribuições de grande importância, conforme disposição da Constituição da República Federativa do Brasil. A lei magna prescreve em seu artigo 113 que: "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

Além de uma profissão, a advocacia guarda função social, haja vista que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, na linha da orientação do texto constitucional, traz em seu art. 2º, § 1º que: "No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

Assim, é dever dos advogados atender ao interesse de toda coletividade, mantendo o equilíbrio das relações jurídicas e garantindo o acesso à justiça a toda e qualquer pessoa.

Ademais, o exercício da advocacia não se amolda no conceito de atividade empresarial, descrita no art. 966 do Código Civil, considerando que não está constituído o elemento de empresa, o que configura a prática advocatícia como profissão liberal.

Além disso, de acordo com o art. 5º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil a advocacia é uma área incompatível com a mercantilização.

Sobre o profissional liberal, Paulo Medina.

Ademais, do profissional liberal exigem-se atributos de competência, independência e probidade, que se refletem na conduta profissional e constituem o penhor da confiança que os usuários dos seus serviços – os clientes – nele hão de depositar. A sociedade passa a ter, assim, o direito de exigir que a conduta profissional seja pautada por normas éticas uniformes e que a infração dessas normas determine a responsabilidade do profissional perante o órgão competente para exercer o controle de seus serviços. (MEDINA, 2016, p. 2)

Fernando Antônio Vasconcelos (2003), por sua vez, aduz.

[...] é aquela que se caracteriza pela inexistência, em geral, de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimentos especializados, concernentes a bens fundamentais do homem, como a vida, a saúde, a honra, a liberdade. (VASCONCELOS 2003, p. 17)

Oscar Ivan Prux define profissional liberal como sendo.

[...] uma categoria de pessoas, que no exercício de suas atividades laborais, é perfeitamente diferenciada pelos conhecimentos técnicos reconhecidos em diploma de nível superior, não se confundindo com a figura do autônomo, [...] sempre que atuem de forma independente, no sentido de não serem funcionários de um empregador. (PRUX, 1998, p.107).

Portanto, em se tratando de uma profissão liberal, é notável que a questão ética adquire uma enorme importância no contexto da atividade advocatícia, dotada de status de *múnus público*. Assim, surge a necessidade da elaboração de regras de

comportamento que ultrapassem as fronteiras da moral individual, para se concretizarem na forma de códigos e regulamentos que vão funcionar como elementos norteadores para a disciplina da prática advocatícia.

5. OS BENEFÍCIOS E OS LIMITES DO MARKETING JURÍDICO

Em um mercado jurídico competitivo e com grandes desafios, o advogado precisa, cada vez mais, conhecer e utilizar as estratégias de organização empresarial, não se limitando a técnicas convencionais. O marketing deve ser utilizado, como em qualquer outra empresa de serviços profissionais.

De acordo com o autor Bertozzi, "a finalidade do marketing jurídico é servir de elo conclusivo entre o mercado (demandas jurídicas possíveis) e os advogados, criando e oferecendo serviços de valor definitivamente percebidos pelo cliente" (BERTOZZI, 2006, p.26)

Gonçalves, por sua vez, apresenta as vantagens oferecidas por um bom plano de marketing jurídico.

O marketing bem-feito é o diferencial na atividade do advogado. (...) O marketing vem organizar as atividades de geração de receita e controlar a qualidade dos serviços oferecidos. (...) E como o cliente não cai do céu, o advogado que não for criativo, inventivo, que não souber se relacionar ou vender seus serviços e não for bom tecnicamente não conseguirá sobreviver. A missão do marketing é pegar toda essa mistura (...) e oferecer ao cliente soluções jurídicas completas que satisfaçam suas expectativas e atendam seus desejos e necessidades. (GONÇALVES, 2011, p. 6).

Mesquita aduz.

Nos dias atuais, o marketing empresarial tem passado por muitas transformações. Com as inovações tecnológicas, o mercado consumidor também se transformou, tornando-se agora muito crítico e atento à qualidade de produtos e serviços oferecidos. Neste sentido, o marketing jurídico vem crescendo a cada ano e dando suas contribuições ao setor jurídico, mostrando a realidade do mercado e a necessidade de pessoas que dominem essa ferramenta de comunicação organizacional. A finalidade é desenvolver um relacionamento duradouro com cliente, identificando suas necessidades, e promovendo o escritório a um nível de excelência e indispensável ao cliente. (MESQUITA, 2015).

Neste mesmo sentido, Kotler esclarece que.

O Marketing tem como função identificar necessidades e desejos não satisfeitos, definir e medir sua magnitude, determinar a que mercado-alvo a organização pode atender melhor, lançar produtos, serviços e programas apropriados para atender a esses mercados e pedir às pessoas da empresa que pensem e sirvam o cliente. (KOTLER, 1993, P.21).

Para Bertozzi (2006, p. 19) "O Direito tem suas próprias características, o que significa que iremos praticar um marketing absolutamente ajustado para tal e de acordo com o Código de Ética da OAB".

Assim, para a possibilidade de aplicação do marketing jurídico é indispensável verificar os regulamentos editados pela Ordem dos Advogados do Brasil que prescrevem sobre o tema, quais sejam: o Estatuto da Advocacia e da OAB, Código de Ética e Disciplina da OAB e o Provimento 94/2000.

O Estatuto da Advocacia e da OAB, ao abordar a disciplina da ética, em seu art. 33, parágrafo único, transfere ao Código de Ética a função de regulamentar os deveres de atuação da classe, incluindo a matéria da publicidade.

Em seu art. 5º o Código de Ética da OAB, determina que não há compatibilidade entre a advocacia e a mercantilização, conteúdo complementado pelo art. 39, o qual estabelece como padrões da classe a discricção e sobriedade, reafirmando a impossibilidade da captação ativa de clientela e mercantilização da profissão.

O Provimento n. 94/2000, editado na vigência do Código de Ética e Disciplina de 1995, também tratou acerca da publicidade. Essa resolução serviu de fundamento para desenvolvimento no novo código. O artigo 1º do Provimento dispõe que:

É permitida a publicidade informativa do advogado e da sociedade de advogados, contato que se limite a levar o conhecimento ao público em geral, ou da clientela, em particular, dados objetivos e verdadeiros, a respeito dos serviços de advocacia que se propõe a prestar, observadas as normas do Código de Ética e Disciplina e as deste Provimento.

Com a edição do Código de Ética em 2015, o Provimento n. 94/2000 deve continuar sendo aplicado de forma complementar ao novo regulamento.

Nesse sentido, podemos observar que a orientação é clara e guarda total relação com o que estabelece o novo código. A publicidade é permitida, desde que sejam observados os limites descritos nas legislações citadas.

6. O USO DAS MÍDIAS SOCIAIS PELOS ESCRITÓRIOS DE ADVOVACIA

Possuir uma representação nas redes sociais representa possuir um website propriamente institucional, desta forma não se estará violando nenhuma regra do Código de Ética da OAB nem do Provimento 94/2000. Com as dificuldades atuais geradas pela pandemia da Covid-19, no que concerne ao distanciamento social, houve um crescimento ainda maior dos limites da utilização das mídias sociais pelos advogados.

Pedroso (2018) descreve acerca das mídias sociais:

O advogado de forma alguma conseguirá ser reconhecido se não usar essa ferramenta, a internet tem um poder inimaginável, são vastas as formas que o advogado tem para preencher seu campo de trabalho, expandir sua área de serviço, além do mais fazer seu nome chegar em lugares na qual nem ele mesmo poderá saber (PEDROSO, 2018, p. 22).

O citado autor ainda destaca que.

A força da utilização dessa técnica de marketing dar-se devido ao aumento gigantesco que ocorre todos os dias, com a grade número de novas pessoas (usuários) conectadas na rede, com isso tornando-os cada vez mais dependentes dessa vida digital. (PEDROSO, 2018, p. 21)

Existe a possibilidade de marketing por meio das mídias, desde que o conteúdo transmitido seja meramente informativo. O advogado, portanto, pode investir em estratégias de mídias sociais. Todavia, o conteúdo das postagens deve ser meramente informativo e jamais comercial.

De acordo com Provimento 94/00 da OAB, art. 1º, em concordância com o art. 54, Inciso V, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso de suas atribuições, dispõe que.

Art. 1º. É permitida a publicidade informativa do advogado e da sociedade de advogados, contanto que se limite a levar ao conhecimento do público em geral, ou da clientela, em particular, dados objetivos e verdadeiros a respeito dos serviços de

advocacia que se propõe a prestar, observadas as normas do Código de Ética e Disciplina e as deste Provimento (BRASIL, 2000).

Neste sentido, o Código de Ética e Disciplina em seu Capítulo VIII, art. 39, destaca que: “a publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo e deve primar pela discrição e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão” (BRASIL, 2015).

Entretanto, mesmo obedecendo os limites definidos em lei para uso das mídias, é necessário, ainda, um bom plano sua utilização. É preciso identificar quais redes sociais usar e que tipo de conteúdo produzir. O marketing digital pode ser desenvolvido através de diversas plataformas, como o Facebook, blogs e etc., conforme será visto a seguir:

Instagram: É uma rede social mais interativa, que mostra mais o dia a dia da empresa, os bastidores, através de imagens e vídeos curtos. O Instagram é uma ferramenta que mais aproxima o profissional do seu consumidor de forma mais humana. “Pode ser muito útil para apresentar executivos da empresa participando de eventos, funcionários recebendo premiações, festas e confraternizações da instituição etc.” (CINTRA, 2018, p. 1).

-IGTV: apresenta a possibilidade de gravar vídeos de até 60 minutos, que podem ficar disponíveis para os seguidores. É possível, ainda que o usuário faça vídeos ao vivo, que facilita a comunicação com seus seguidores. Ferramenta que está sendo muito utilizada por cursos preparatórios de OAB por exemplo.

Stories: ferramenta utilizada para fotos e vídeos curtos, que ficam disponibilizado aos seus seguidores por 24h

Facebook: Atualmente é a rede social mais popular no mundo, criado por Mark Zuckerberg. Surgiu na universidade de Harvard pelos estudantes. Inicialmente a ideia do programa era selecionar pessoas sexualmente atrativas para outras, com o nome inicial de Faceamash. Ao decorrer do tempo a ideia foi se aprimorando, a restrição de ser apenas para alunos de Harvard foi derrubada e todos podiam se cadastrar. (TEIXEIRA, 2012, p. 1).

Atualmente o Facebook se tornou uma rede de interatividade social, em que as pessoas podem adicionar seus amigos ou compartilhar aquilo que julgam interessantes com quem quer que seja.

Cintra (2008) prescreve acerca dos conteúdos que mais atraem os consumidores desta rede.

Têm destaque aqueles conteúdos que podem estimular os usuários a compartilharem uns com os outros e mencionarem, quando algo remete a alguém próximo” [...] Fale sobre você, os diferenciais da marca, serviço ou produto, atribua isso às notícias que tenham a ver com o seu ramo (CINTRA, 2018, p. 1).

LinkedIn: É uma ferramenta para o networking, fazendo com que seja estabelecida conexões com quem possui interesses em comum, relacionados à sua área profissional, atuando como um currículo online. O site é muitas vezes utilizado por empresas que buscam sobre seus candidatos, além de anunciar vagas de emprego.

Youtube: é uma plataforma que possibilita ao usuário postar vídeos e conteúdos produzidos por ele mesmo. A ferramenta possibilita ainda, que o canal realize vídeos ao vivo. Além de produzir conteúdo, a ferramenta possibilita que o usuário receba por produzir conteúdo para o site.

Hoje, o YouTube é um dos dez sites mais populares, o maior site de vídeos e o segundo buscador do mundo. Para se ter ideia, são feitas mais buscas dentro do YouTube do que no Yahoo! e no Bing juntos. (REZ, 2012, p. 13)

Blog: “Um blog consiste em uma página online totalmente voltada para o compartilhamento de conteúdo, principalmente em forma de textos, adotando uma linguagem direta e muitas vezes pessoal com o potencial cliente.” (SEBRAE, 2017)

Assim, através das redes sociais é fácil interagir, gerar conteúdo e relacionamentos, aumentando, assim, demandas de clientes e gerando o reconhecimento de sua marca.

7. CONCLUSÃO

O exercício da advocacia na sociedade atual não deve desconsiderar as transformações provocadas pelo desenvolvimento tecnológico, que mudou a forma como os seres humanos se relacionam. Perceber que o direito e a tecnologia devem caminhar juntos é essencial para que se possa cumprir o ideal de justiça.

O cumprimento dos padrões éticos da profissão tem fundamental importância para que se conserve a dignidade da advocacia. Na advocacia, como em qualquer profissão, a ética é fundamental para conduzir o trabalho do profissional.

Apesar do ordenamento jurídico estabelecer várias limitações para a publicidade dos serviços de advocacia, o marketing não se restringe unicamente a propaganda do produto e de sua marca, mas a todas as atividades que levam o advogado a reconhecer as necessidades do cliente e satisfazê-las.

Boas técnicas de marketing são necessárias para que uma empresa tenha aumento de sua lucratividade e não seja facilmente surpreendida pela concorrência. Além disso, a presença nos ambientes jurídicos de meios virtuais, redes sociais, é necessária ao advogado enquanto profissional ativo socialmente. Os frutos percebidos por meio de uma atuação de excelência, que implique na conquista de novos clientes, não devem ser vistos como algo temeroso, desde que respeite os limites éticos prescritos pela OAB. cliente e satisfazê-las.

Portanto, no que diz respeito à publicidade dos serviços de advocacia, os Escritórios brasileiros poderão utilizar todas as técnicas do marketing jurídico, sem ofender as normas já existentes. Ao empregarem os Escritórios de Advocacia, os conceitos de marketing, verifica-se a necessidade de seu cliente, busca-se teses e formas de supri-las. Ao alcançarem a satisfação do cliente, agregam valor ao seu serviço e por consequência a sua marca, desviando a forte concorrência.

Assim, é possível o uso do marketing no âmbito jurídico, de modo a incentivar os Escritórios de Advocacia a aumentarem seu lucro e conquistarem uma nova clientela. Para que os escritórios se amoldem ao mercado atual deverão utilizar o marketing jurídico a seu favor, buscando o desenvolvimento de várias técnicas para o aumento da lucratividade e fidelização de seus clientes, sem infringir o ordenamento jurídico e suas disposições.

REFERÊNCIAS

BERTOZZI, Rodrigo D.; SELEM, S. **A nova reinvenção da advocacia, a bíblia da gestão legal no Brasil**. Ed. Curitiba: Juruá, 2014.

BORGES, Marcelo Martins. **O marketing nos escritórios de advocacia do Brasil**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

BRASIL, Lei nº 8.906, **Estatuto da Advocacia e OAB. 4 de julho de 1994**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm> Acesso em 12 de novembro de 2020.

BRASIL, **Provimento nº94/2000**. 5 de setembro de 2000. Disponível em <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/94-2000> > Acesso em 12 de novembro de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio de 2021.

CARLONI, Paola Regina; OLIVEIRA, Juliana Rocha de. **Marketing Jurídico**: Uma estratégia eficiente para advogados brasileiros. RENEFARA - Revista Eletrônica de Educação da Faculdade Araguaia, Araguaia, v. 10, n. 10, p.135-149, 2016. Disponível em: <<http://www.faculdadearaguaia.edu.br/sipe/index.php/renefara/article/view/442>>. Acesso em: 19 de maio de 2021.

CINTRA, André. Qual tipo de conteúdo devo postar em cada rede social? Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/bis/como-usar-um-blog-para-a-sua-empresa,8d297b008b103410VgnVCM100000b272010aRCRD>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

DANTAS, Edmundo Brandão. **Marketing descomplicado**, Brasília, 2ª Edição, Ed. Senac, 2013.

DOMINGUEZ, Francisc. **O conceito de Marketing jurídico**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VI, n.14, ago 2003. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leituraartigo_id=3976>. Acesso em 19 de maio de 2021.

DOMINGUEZ, Francisc. **O conceito de Marketing jurídico**. 25 de fevereiro de 2004. Disponível em <<http://www.verbojuridico.net/doutrina/outros/mjc01.html> > Acesso em 12 de novembro de 2020.

KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**. 10ª. Ed. São Paulo: Prentice Hall, 2001.

LAS CASAS, Alexandre Luzzi. **Marketing de Serviços**, 6ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2012

Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. **Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Revogada pela Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994)**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, 10 maio, 1963.

Marketing Jurídico. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-111/marketing-juridico/>>. Acesso em 16 de maio de 2021

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Comentários ao Código de Ética e Disciplina da OAB: análise do Código de 2015, pelo relator do anteprojeto e da sistematização final do texto.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MENEGOTTO, Rafael. **A internet e a mercantilização descontrolada da advocacia.** *jus.com.br*, 08 2018. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/68556/a-internet-e-a-mercantilizacao-descontrolada-da-advocacia.>> Acesso em 17 de novembro 2020.

O PORTAL EDUCAÇÃO. A origem do marketing - Portal Educação (portaleducacao.com.br) Disponível em: <http://www.portaldomarketing.com.br/Artigos/Historia_do_marketing.htm> Acesso em 17 de maio de 2020.

PADILHA, Rodrigo. **Marketing jurídico: o que é e como funciona na prática.** 2017. Disponível em: <<https://rodrigopadilha.com.br/advocacia/marketing-juridico#:~:text=Marketing%20jur%C3%ADico%20nada%20mais%20%C3%A9,clientes%2C%20mas%20os%20clientes%20certos.>>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

PEDROSO, Rafael Queiroz de Oliveira. **O aperfeiçoamento da advocacia capacitado pelo empreendedorismo,** 2018. 31 f. ARTIGO (Graduação) – Curso de Direito, Centro Universitário São Lucas, Porto Velho, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2689/Rafael%20Queiroz%20de%20Oliveira%20Pedroso%20%20O%20aperfei%C3%A7oamento%20da%20advocacia%20capacitado%20pelo%20empreendedorismo.pdf?sequence=1.>> Acesso em: 03 de junho de 2021.

Provimento nº94/2000. 5 de setembro de 2000. Disponível em <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/94-2000>> Acesso em 12 de novembro de 2020.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 107.

REZ, Rafael. **Marketing de conteúdo: a moeda do século.** 2. ed. São Paulo: Dvs, 2016. 379 p.13.

SILVA, Z.C.D. **Dicionário de marketing e propaganda.** Rio de Janeiro: Pallas, 1976.

SEBRAE. **Como usar um blog para a sua empresa.** Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/bis/como-usar-um-blog-para-a-sua-empresa,8d297b008b103410VgnVCM100000b272010aRCRD>>. Acesso em: 03 jun de 2021.

TEIXEIRA, Carlos Alberto. **A origem do Facebook: saiba sobre a história da rede social mais popular do mundo que abre capital nesta sexta-feira.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/a-origem-do-facebook-4934191.>> Acesso em: 10 jun. 2021.

TELHADO, Liellen. **O uso do Marketing jurídicos por advogados e o Código de Ética e disciplina da OAB.** Disponível em: <<https://liellentelhado.jusbrasil.com.br/artigos/731473812/uso-do-marketing-juridico-por-advogados-e-o-codigo-de-etica-e-disciplina-da-oab?ref=serp>>. Acesso em 09 de jun de 2021

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Responsabilidade do Profissional Liberal nas Relações de Consumo.** Curitiba: Juruá, 2003. p.17.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

A UTILIZAÇÃO DE PRÁTICAS DE GOVERNANÇA PÚBLICA NO COMBATE AO ASSÉDIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THIAGO FELIPE CUSTÓDIO DE ALCÂNTARA:

Formado em Gestão Pública pela Universidade Estácio de Sá e estudante do 10º do curso de Direito pela Faculdade UNA de Contagem. Atualmente trabalho como Servidor Público Municipal.

NIAG BARBOSA FERREIRA SILVA

(coautor)

RESUMO: A presente pesquisa vislumbra analisar o fenômeno do assédio no âmbito da Administração Pública, bem como debater a utilização de práticas de governança pública no combate ao assédio. Governança Pública é entendida como o conjunto de intervenções de liderança vislumbrando criar estratégias, direcionamento e monitoramento da gestão, tendo em vista a melhor decisão para prestação dos serviços de interesse da coletividade. O assédio é um grave problema relacionado ao convívio social, onde uma das partes ultrapassa os limites de outra, vislumbrando benefícios pessoais mediante práticas que possibilitem o constrangimento causando desconforto, vergonha ou intimidação. A Administração Pública consiste na atividade desenvolvida pelo Estado para atender as necessidades da sociedade, utilizando-se de toda estrutura logística e humana. Portanto, nosso esforço mediante esse estudo será problematizar no contexto atual esse fenômeno, desde seu nascimento até seus principais impactos na esfera do ser humano, administrativo e social.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio moral, assédio sexual, Administração Pública, princípios, Servidor Público, Práticas de Governança pública.

ABSTRACT: This research aims to analyze the phenomenon of harassment within the Public Administration, as well as to debate the use of public governance practices in combating harassment. Public Governance is understood as a set of leadership interventions aimed at creating strategies, directing and monitoring management, in view of the best decision for providing services of the community's interest. Harassment is a serious problem related to social life, where one of the parties crosses the limits of the other, seeing personal benefits through practices that enable embarrassment, causing discomfort, shame or intimidation. Public Administration consists of the activity developed by the State to meet the needs of society, using every logistical and human structure. Therefore, our effort through this study will be to

problematize this phenomenon in the current context, from its birth to its main impacts on the human, administrative and social sphere.

KEYWORDS: Psychological harassment, sexual harassment, Public Administration, principles, government official, Public Governance Practices.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Aspectos gerais da Administração Pública Brasileira; 2.1 Conceito de Administração Pública; 2.2 Os Agentes Públicos; 2.2.1 Agentes Militares 2.2.2 O Empregado Público e seu regime jurídico; 2.2.3 O servidor público estatutário e seu regime jurídico; 2.2.4 Princípios informadores da Administração Pública; 2.2.5 Princípio da Legalidade; 2.2.6 Princípio da impessoalidade; 2.2.7 Princípio da Moralidade; 2.2.8 Princípio da Publicidade; 2.2.9 Princípio da eficiência; 3. A ocorrência do assédio moral e do assédio sexual na Administração Pública; 3.1 Conceito de Assédio Moral e requisitos para sua configuração; 3.1.2 Assédio horizontal e vertical (falar da hierarquia no serviço público; 3.2 Conceito de Assédio sexual; 3.3 A responsabilidade civil pelo assédio na Administração Pública; Análise de casos reais de assédio na Administração Pública; 3.4 Práticas de governança pública e o compliance como forma de ações de prevenção e combate ao assédio no setor público; 4 Conclusão. Referências.

1. Introdução

Governança Pública é entendida como o conjunto de intervenções de liderança vislumbrando criar estratégias, direcionamento e monitoramento da gestão, tendo em vista a melhor decisão para prestação dos serviços de interesse da coletividade.

O assédio é um grave problema relacionado ao convívio social, onde uma das partes ultrapassa os limites de outra, vislumbrando benefícios pessoais mediante praticas que possibilitem o constrangimento causando desconforto, vergonha ou intimidação.

A Administração Pública consiste na atividade desenvolvida pelo Estado para atender as necessidades da sociedade.

Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.

A pratica do assédio no ambiente laboral provoca diversos problemas para o desenvolvimento da produção esperada, dessa forma, no contexto da prestação do

serviço público a dimensão do impacto dessa conduta alcança proporções maiores, pois prejudica o interesse coletivo.

O problema que essa aberração causa é grave, e prejudica não somente a vítima, mas também a sociedade, tendo em vista que e a maior interessada nas ações que o Estado desenvolve, pois um desvio de conduta do agente público, afeta diretamente a sociedade.

O objetivo central dessa pesquisa é analisar de maneira profunda o fenômeno do assédio, como ele surge, suas modalidades, formas de prevenção e combate. Além disso, esse estudo buscará analisar as maiores consequências que podem acarretar doravante essa anomalia.

A metodologia aplicada a essa pesquisa, será realizada através de bibliografia especializada, tendo como base; Legislação, doutrina e julgados que versam sobre o tema em estudo.

2 Aspectos gerais da Administração Pública Brasileira

A Administração Pública Brasileira é fundamentada com o advento da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, foi estabelecido princípios e diretrizes que alicerçam todo o seu funcionamento.

A atividade desenvolvida pela Administração Pública, em sua função administrativa, pode ser Centralizada ou Descentralizada, de forma Concentrada ou Desconcentrada. A Centralização é a técnica de cumprimento de competências administrativas por uma única pessoa jurídica. (MAZZA, 2014).

A administração centralizada é exercida por Órgãos despersonalizados, enquanto que a administração descentralizada é executada por entidades jurídicas dotadas de personalidade própria.

O exercício da função administrativa é executado de forma direta, quando é praticado diretamente pela entidade estatal, ou seja, nessa esfera as prestações de serviços estão ligadas de forma direta ao Estado e aos Órgãos respectivos da União, Estado ou Municípios. Quando a atividade está ligada à administração direta, existe mais autonomia, tendo em vista que todo seu planejamento orçamentário está ligada às esferas às quais fazem parte.

A Administração Descentralizada ocorre quando o Estado transfere a realização de determinadas atividades para outras pessoas jurídicas que possuem sua independência administrativa e financeira. As competências administrativas são

distribuídas a pessoas jurídicas autônomas, criadas pelo Estado para tal finalidade. (MAZZA, 2014)

Segundo Mazza, "a Concentração é a técnica de cumprimento de competências administrativas por meio de órgãos públicos despersonalizados e sem divisões internas. É uma situação rara, tendo em vista que pressupõe nenhuma distribuição de atividade nas repartições públicas internas (MAZZA, 2014, p.157)

A Desconcentração ocorrerá quando as atribuições forem repartidas entre os órgãos públicos pertencentes a uma única pessoa jurídica, nessa técnica, deverá manter o vínculo hierárquico.

2.1 Conceito de Administração Pública

A locução "Administração Pública" pode ser utilizada em sentidos diferentes: sentido subjetivo e objetivo.

Administração Pública em sentido subjetivo ou orgânico é o conjunto de agentes, órgãos e entidades públicas que exercem a função administrativa, entretanto, a Administração Pública em sentido objetivo, material ou funcional, mais adequadamente denominada "Administração Pública" é a atividade estatal consistente em defender concretamente o interesse público.

Administração Pública é o conjunto de procedimentos administrativos e técnicos que visam a manutenção e preservação dos bens, serviços e instalações públicas. Nesse sentido Hely Lopes Meirelles notabiliza que a Administração é, pois, todo aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

Administrar no âmbito público e cuidar dos interesses da coletividade, é gerir segundo os princípios e limites da lei. Administração Pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo preceitos do Direito e da Moral, visando o bem comum. (VIEGAS, 2021)

Moraes (2003, p.310) define Administração Pública sendo "atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado".

Mazza (2014, P.50) Administração Pública é o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa, independentemente do Poder a que pertençam.

Portanto, a Administração Pública e todo aparato técnico, humano ou administrativo que o Estado dispõe para atender as necessidades da sociedade. Dessa forma, todo esforço desempenhado deverá visar o bem comum.

2.2 Os Agentes Públicos

O Nome “agente público” é a designação mais genérica possível para fazer referencia a todas as pessoas que se relacionam profissionalmente com o Estado. Doravante a esse conceito, pressupõe-se que agente público é todo individuo que em dado momento, representa a Administração Pública, mediante atividade laboral, em busca do bem estar coletivo. (MAZZA, 2014, P.525)

O agente público é toda pessoa que estabelece um vínculo trabalhista com o Estado, vislumbrando a realização de serviços de atendimento de interesse coletivo, mesmo que em caráter temporário.

Dentro do gênero de agente público, existe também os agentes políticos, que exercem uma função pública de alta direção do Estado. (MAZZA, 2014)). Geralmente, esses agentes ingressam na vida pública através dos pleitos eleitorais que ocorrem no âmbito Federal, Estadual, Municipal e Distrital.

Agentes ocupantes de cargo em comissão ou comissionados, são aqueles que exercem as atividades que popularmente são conhecidos como “Cargos de confiança”. Esses cargos possuem atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, da CF). Para ocupar esses cargos não é necessário a participação e aprovação em concurso público, tendo em vista que são ocupados por indicação política.

O regime jurídico que regulamenta essa função, é parcialmente disciplinado em campo Federal mediante a lei nº 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público).

Os agentes que possuem contrato temporário, geralmente possuem a função de cumprir e sanar determinada necessidade excepcional, além disso devem atender o interesse público, em detrimento do interesse político. O artigo 37, inciso IX da Constituição Federal dispõe que “ a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público ”.

Com o advento desse dispositivo, foi promulgada a lei nº 8.745/93 que trata de disciplinar as contratações que ocorrem de forma temporária no âmbito da Administração Pública Federal direta, além de suas Autarquias e Fundações. A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece as duas principais formas de

contratação para o serviço público o estatutário ou de cargo público, e o celetista, ou de emprego público. (MAZZA, 2014)

Carvalho Filho, José dos Santos (2020, P.1099) Os Servidores públicos estatutários são aqueles cuja relação jurídica de trabalho é disciplinada por diplomas legais específicos, denominados de estatutos. Portanto, o servidor público estatutário e aquele agente público que possui uma legislação que regulamenta todos os critérios e atributos de seu vínculo trabalhista com o Estado, bem como, os direitos e deveres a ele inerentes.

Os servidores públicos celetistas ou de emprego público são classificados dessa forma, porque a norma que estabelece seu vínculo trabalhista está disposto na consolidação das leis do trabalho, ou seja, seu regime básico e o mesmo que se aplica no âmbito da iniciativa privada, respeitando as exceções especiais pertinentes a posição do poder público.

2.2.1 Agentes Militares

Aos Servidores Militares pertencem à uma categoria especial de agentes públicos, tendo em vista que sua carreira é baseada em princípios de hierarquia e disciplina que mantêm o equilíbrio harmônico entre a atividade desempenhada e a organização institucional. Os militares possuem sua legislação própria que estabelecem todo seu padrão de comportamento, desde o nível administrativo até em âmbito criminal.

O Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80) dispõe sobre as Forças Armadas do Brasil, que é composta por Exército, Aeronáutica e Marinha. Esse estatuto regula toda particularidade de sua atividade. Os Combatentes que ingressam nos quadros permanentes das Forças Armadas possuem vinculação estatutária.

A Força Militar Estadual é composta pelos servidores da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar em grande parte dos estados da federação, dessa forma, cada Estado, possui seu próprio Código de Ética e Disciplina, conforme sua particularidade, vislumbrando regulamentar a carreira do servidor.

Em Minas Gerais a legislação que trata a carreira dos Militares estaduais é a Lei nº 14.310/2002 (Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais), da mesma forma, no Ceará possui a Lei nº 13.729/2006 (Estatuto dos Militares Estaduais do Ceará).

Os Militares possuem muitas restrições no que se compara aos trabalhadores do âmbito privado, ou aos servidores públicos civis, dentre elas, estão: a proibição de sindicalização, a greve, a acumulação de cargos, e a filiação partidária. (MAZZA, 2014)

2.2.2 O Empregado Público e seu regime jurídico

Mazza, Alexandre (2014, P.531) Os Empregados Públicos ingressam por meio de concurso público para ocupar empregos públicos, tendo uma vinculação contratual com o Estado regida pela Consolidação das Leis do Trabalho- CLT. Por isso, são conhecidos como “celetistas”. Esse regime de emprego público, possui como ponto importante de se notar, a falta de período probatório, porém se sujeitam aos preceitos estabelecidos no artigo 455, paragrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe sobre o período de experiência de noventa dias. Dessa forma, essa modalidade é considerada mais vulnerável que o regime estatutário, tendo em vista que não possui estabilidade. No entanto, conforme posicionamento majoritário da doutrina, para que se possa demitir um empregado público, é necessário passar por um processo administrativo, que se respeite as garantias do contraditório e ampla defesa.

Carvalho Filho, José dos Santos (2020, P.934) Apesar de inaplicável o regime da estabilidade funcional, tem sido assegurado aos empregados concursados dessas entidades o direito de exigir motivação em eventuais atos de demissão, requisito não exigido nas rescisões contratuais em geral. Mesmo sem a estabilidade inerente ao regime estatutário, existe uma necessidade de justificar o ato de demitir um empregado público.

2.2.3 O servidor público estatutário e seu regime jurídico

O Servidor Público estatutário é aquele que ingressa nas fileiras do serviço público mediante concurso público para exercer atividade remunerada de interesse coletivo. A natureza de seu vínculo é estatutário, a estabilidade é adquirida doravante o lapso do período probatório do trabalhador.

Meirelles, Hely Lopes (2015, P.518) Os servidores públicos em sentido estrito ou estatutários são os titulares de cargo público efetivo e em comissão, com regime jurídico estatutário geral ou peculiar e integrantes da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas com personalidade de Direito Público.

Mazza, Alexandre (2014, P.529) O regime estatutário e regime comum de contratação de agentes públicos pela Administração Direta, isto é, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como pelas pessoas jurídicas de direito público da Administração Indireta, como Autarquias, Fundações Públicas de Associações Públicas.

O artigo 39 da Constituição Federal, em sua redação primitiva dispõe que as pessoas federativas são obrigadas a instituir nos limites de sua organização, regime

jurídico único para os servidores da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas.

O servidor que se enquadra nesse perfil de regime jurídico pode sofrer alterações ao seu regime, porém essas alterações não podem ser prejudiciais aos seus interesses, bem como, deve respeitar os direitos adquiridos.

O regime estatutário tem como uma das principais características, a estabilidade, esse atributo tem como escopo garantir uma segurança funcional para que o trabalhador não sofra impactos em sua função diante das influências políticas partidárias. Dessa forma respeita-se sobretudo, um dos princípios mais modernos do direito administrativo, sendo ele a eficiência, tendo em vista que o servidor não somente produzirá, mas irá produzir com qualidade, pois a tendência de sofrer influência exógena será menor.

2.2.4 Princípios informadores da Administração Pública

A Administração Pública possui como base um conjunto de princípios que fundamentam e conduzem todas as ações que devem ser tomadas por seus agentes. Esses princípios tem como escopo garantir a prevalência do interesse coletivo sobre o privado em todas as tomadas de ações.

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra em seu artigo 37 os princípios básicos da Administração Pública, dentre eles consta a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, e a eficiência. Os princípios são os alicerces que sustentam toda estrutura jurídica que legitimam os atos da Administração Pública.

2.2.5 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é um dos mais importantes no âmbito da estrutura da Administração Pública, pois representa a natureza do Estado democrático de direito. Dessa forma, diferente do particular que pode fazer tudo que a lei não proíbe, o agente público, diante da vinculação do princípio da legalidade a sua função, está limitado a cumprir somente aquilo que a lei determina que pode fazer.

Carvalho Filho, José dos Santos (2020, P.95) O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada em lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.

De acordo com Hely Lopes Meirelles "*As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por*

acordo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes- deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos".

A importância do princípio da legalidade é fundamental no contexto da Gestão moderna de Administração Pública, tendo em vista que ao longo da história da sociedade brasileira, ocorreram diversas afrontas ao Estado democrático de direito, justamente pela fragilidade da legalidade na estrutura administrativa do Estado.

Meirelles, Hely Lopes (2015, P.94) Cumprir simplesmente a lei na fria de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais. Portanto, o princípio da legalidade deve estar em estreita ligação com todos os outros princípios norteadores da Administração Pública, pois sem sua presença, o ato será ilegal.

2.2.6 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade dispõe que a Administração Pública deverá ser imparcial em todas suas ações, dessa forma, quando algum agente público atua, quem esta agindo é o Estado. Vislumbrando que o ente público não é detentor de sentimentos ou vontades próprias, esse princípio surge como mediante a necessidade de promover e cumprir o que for melhor para a coletividade, em detrimento do particular. Esse princípio é uma espécie de mecanismo de proteção coletiva contra ações que podem prejudicar ou beneficiar alguém, por mero capricho ou vaidade do gestor.

Mazza, Alexandre (2014, P.98) O princípio da impessoalidade estabelece um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações (perseguições) e privilégios (favoritismo) indevidamente dispensados a particulares no exercício da função administrativa.

Esse princípio veda que o agente público faça sua promoção pessoal doravante ações que exerce representando o Estado. Para Hely Lopes Meirelles, o princípio da impessoalidade " nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe que ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal ".

A sociedade carece de atenção e cuidados em todos os aspectos, e a Administração Pública é responsável por manter o equilíbrio de condições para todos na medida de suas desigualdades, diante disso, para José dos Santos Carvalho Filho " o princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar

aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia".

A legislação atual tem uma preocupação grande com o princípio da impessoalidade, bem como, para com um de seus principais desdobramentos, que é a vedação da promoção pessoal, que é encarada por alguns doutrinadores como um subprincípio da impessoalidade. Dessa forma, o artigo 37 da Constituição Federal em seu paragrafo primeiro dispõe "A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos".

2.2.7 Princípio da Moralidade

A moralidade esta ligada a preceitos subjetivos que podem variar de uma cultura para outro, nem sempre o que é moral e legal, e as vezes pode ocorrer o inverso. Entretanto, no âmbito da Administração Pública, o princípio da moralidade esta atrelado a atributos éticos. Honestidade e lealdade são adjetivos que sempre se vinculam a esse princípio.

Carvalho Filho, José dos Santos (2020, P.97) O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Dessa forma, moralidade exige do agente público que ele seja uma pessoa proba, honesta e leal.

Mazza, Alexandre (2014, P.103) E importante ressaltar que, quando a Constituição de 1988 definiu a moralidade como padrão de comportamento a ser observado pelos agentes públicos, não houve juridicização de todas as regras morais vigentes na sociedade na sociedade. Fosse assim, bastaria a legalidade. Cumprindo a lei automaticamente, a moralidade seria atendida.

O princípio da moralidade e um atributo que institui aos agentes públicas a característica da boa fé em suas ações, diante disso pressupõe- se confiabilidade em seus atos. Para José dos Santos Carvalho Filho " a moralidade administrativa deve guiar toda a conduta dos administradores. A estes incube agir com lealdade e boa- fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia".

A legislação brasileira possui diversos instrumentos de proteção a moralidade, dentre eles, merecem destaque: Ação Popular, Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, Controle Externo exercido pelos Tribunais de Contas e Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Portanto, tendo em vista a necessidade e

importância de proteção a moralidade no âmbito da Administração Pública, criam-se esses mecanismos para coibir desvio de conduta dos agentes públicos.

2.2.8 Princípio da Publicidade

Meirelles, Hely Lopes (2015, P.100) Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos.

Princípio da Publicidade é compreendido como o pressuposto jurídico que obriga a Administração Pública em divulgar de forma oficial todos os seus atos administrativos. Dessa forma, toda sociedade ficará informada das ações de seus governantes e administradores. Esse princípio tem íntima ligação com o conceito de liberdade de informação. Para Hely Lopes Meirelles, publicidade não é elemento formativo do ato, mas sim requisito de eficácia e moralidade.

A publicidade é um elemento do estado democrático de direito, onde todos os administrados têm livre acesso aos atos e informações estatais. Doravante a isso, para José dos Santos Carvalho Filho "publicidade é um princípio republicano e remonta à res publica, indicativa da coisa pública, coisa de todos".

O Estado, diante da sua complexa atividade de interesse coletivo, dispõe da necessidade de sigilo em alguns atos, principalmente no que tange a segurança nacional. Dessa forma, o princípio da publicidade possui três exceções, sendo elas: a segurança do Estado, a segurança da sociedade e a proteção da intimidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu artigo 5º *incisos X e XXXIII as possibilidades em que a publicidade poderá deixar de ocorrer, visando a proteção dos direitos previstos nesses dispositivos.*

Meirelles, Hely Lopes (2015, P.101) A publicidade, como princípio de administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.

Portanto, o princípio da publicidade é mais uma ferramenta jurídica de proteção e manutenção dos direitos dos administrados, e visa estabelecer acesso a informações sobre atos da Administração Pública.

2.2.9 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência é o mais moderno dentre os que são expressos na Constituição Federal, ele foi incluído perante a emenda n.º 19 /98 *sendo considerado um dos principais pilares da reforma administrativa, ao qual vislumbrou-se adotar um modelo de administração pública gerencial, com viés em produção e resultados na prestação do serviço estatal.* (MAZZA, 2014)

Meirelles, Hely Lopes(2015, P.105) O Princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Diante dessa afirmativa, verifica-se que a avaliação de desempenho dos servidores públicos diante do seu período probatório é uma importante ferramenta para mapear e traçar o perfil dos agentes públicos, vislumbrando sua produtividade e eficiência. Atendendo de fato o conceito previsto no princípio da eficiência.

Em um modelo de administração moderno, não basta somente fornecer o serviço público, mas sim o oferecer com qualidade, além disso, deve-se vislumbrar uma atuação com alto nível de excelência e menor gasto financeiro possível. Para José dos Santos Carvalho Filho "fator importante para a Administração reside na necessidade de, periodicamente, ser feita avaliação sobre o proveito do serviço prestado".

A eficiência esta intimamente ligada a uma produtividade elevada, com um índice baixo de custos, dessa forma, decorre a imensa necessidade dos gestores se adequarem as transformações sociais para que a Administração Pública se amolde aos padrões de sua comunidade. José dos Santos Carvalho Filho nos ensina que "se inexistente adequação, não há eficiência".

3. A Ocorrência do assédio moral e do assédio sexual na Administração Pública

O fenômeno do assédio moral pode ser conceituado como "toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que passam a trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo o seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho". (HIRIGOYEN, 2011,p.65).

O assédio moral possui sua caracterização através da humilhação contumaz, exposição a situações vexatórias e constrangedoras. Dessa forma, no âmbito da Administração Pública fica muito evidente essa exposição através da interferência política nas atividades de gestão.

A interferência da atividade política na atividade de gestão é um grande propulsor da prática do assédio moral, porque causa uma feroz disputa pela posse dos

cargos de gratificação e comissionados. Diante disso, o agente público que ocupa esses cargos de confiança, geralmente são atores de grande relevância desse estudo, tendo em vista que constantemente aparecem como agente passivo ou ativo da prática do assédio moral em função da relevância da função que ocupam. Geralmente a vítima passa por um processo de desconstrução de sua alegação inicial, encontrando uma demasiada dificuldade se provar a realidade e gravidade das circunstâncias a que se encontra, tendo em vista que há o costume desqualificar a acusação da vítima, sob alegação de ser um mero conflito interpessoal. Diante disso, existe algumas características que podem diferenciar o assédio moral de um conflito, inclusive Hirigoyen(2005) estabelece uma diferença entre o assédio e o conflito normal. Ela considera que o conflito, mesmo que em clima de hostilidade, cria uma relação de comunicação simétrica em que existe comunicação ativa das partes envolvidas. Enquanto no assédio moral, o que ocorre e a apresentação de uma relação assimétrica onde o assediado não tem voz ativa.

O assédio sexual no âmbito da Administração Pública e o ato de constranger servidores públicos através da sedução, galanteios, e insinuações constantes vislumbrando-se a obtenção de vantagens ou favorecimento sexual. Nessa linha, Mauricio Drapeau conceitua o assédio sexual como “toda conduta de natureza sexual não solicitada, que tem um efeito desfavorável no ambiente de trabalho ou consequências prejudiciais no plano do emprego para as vítimas”.

A prática do assédio sexual pode ocorrer através de escritos, gestos, ou até mesmo mediante coação, doravante a multiplicidade de forma que esse fenômeno pode acontecer, fica evidente a dificuldade que é em combatê-la. Segundo a professora Adriana Calvo da PUC/SP o assédio sexual pode ocorrer de duas maneiras, sendo através da intimidação, onde por meio do assédio sexual ambiental, que consiste no meio do qual o assediador busca criar condições de trabalho inaceitáveis, num processo intimidatório de hostilização. Além disso, busca-se restringir, sem motivo, a atuação de alguém ou criar uma circunstância ofensiva ou abusiva no trabalho.

Outra forma de ocorrer o assédio sexual segundo a professora Adriana Calvo é mediante a chantagem, onde o assediador promove oferta de vantagens no ambiente de trabalho por atitudes de cunho sexual, além disso pode ocorrer também insistência e importunação da vítima para fins sexuais.

Nessa ordem de ideia explanada pela ilustre professora Adriana Calvo, e possível trazer essa realidade para o cenário da Administração Pública, e dessa forma, vislumbra-se que nessa área os casos costumam ser muito graves, principalmente no âmbito da segurança pública, onde os profissionais são pressionados o todo momento.

Portanto, o assédio sexual na Administração Pública é um grave problema que permeia o cenário laboral dos servidores, onde geralmente o indivíduo com mais influência administrativa e política subjuga o outro vislumbrando satisfazer sua lascívia.

3.1. Conceito de Assédio Moral e requisitos para sua configuração

O assédio moral é uma aberração comportamental no relacionamento laboral, no qual o autor busca subjugar a vítima através de práticas humilhantes, vexatórias e constrangedoras, com a finalidade de reduzir a sua capacidade diante de sua auto existência.

Nesse sentido, pode se entender que o assédio moral pode ser conceituado como “toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que passam a trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo o seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho”. (HIRIGOYEN, 2011, p.65).

Em mesma direção Martins (2012) define o assédio moral como “uma conduta ilícita, de forma repetitiva, de natureza psicológica, causando ofensa à dignidade, à personalidade e à integridade do trabalhador. Causa humilhação e constrangimento ao trabalhador. Implica guerra de nervos contra o trabalhador, que é perseguido por alguém.” Portanto, o assédio moral consiste em toda conduta que provoque uma alteração negativa na integridade emocional ou física da vítima, oriunda do seu ambiente de trabalho, no qual o autor busque prejudicar o agente passivo da relação em seu âmbito natural de serviço, bem como seu pleno exercício de função.

O assédio moral pode ocorrer de várias formas, doravante a multiplicidade de circunstâncias de sua incidência, e necessário que se tenha plena ciência dos requisitos de sua caracterização.

Nessa ordem de ideia, é possível afirmar que “Há quatro elementos a ser considerados conforme dispõe posicionamento dos Tribunais: A natureza psicológica, o caráter reiterado e prolongado da conduta ofensiva ou humilhante, a finalidade de exclusão e a presença de grave dano psíquico- emocional, que compromete a higidez mental da pessoa, sendo passível de constatação pericial”. (TRT 3ª R.; RO 2155-70.2011.5.03.0134; Rel. Juiz Conv. Ricardo Marcelo Silva; DJEMG 20/02/2013; Pág. 175). Portanto, para a caracterização do assédio moral na sua modalidade mais gravosa exige a incidência desses quatro requisitos apontados.

3.1.2 Assédio horizontal e vertical

Existe um grande tabu social no qual se atribui a prática do assédio somente ao superior hierárquico em desfavor do subordinado, porém no estudo moderno sobre

esse tema, e possível constatar que a incidência do assédio pode ocorrer também do subordinado contra seu superior hierárquico, bem como para agentes de mesmo nível hierárquico. E diante dessa rara situação, na qual o subordinado atua como agente ativo do fenômeno do assédio, nasce a necessidade de aprofundar o esforço científico perante as variações da incidência do assédio.

O assédio horizontal ocorre quando a importunação surge dos agentes de mesmo nível hierárquico em relação ao agente passivo, e pode ocorrer através de gestos, palavras ou escritos. Marcia Kazenoh Bruginski afirma que o fenômeno pode, inclusive, decorrer de ato patronal, consistente no estímulo à rivalidade entre seus empregados

Outra forma de assédio é o vertical, que pode ocorrer de forma descendente ou ascendente. Diante disso, percebe-se que o assédio ascendente se manifesta de uma rara situação na qual o subordinado se coloca no polo ativo da agressão em face do seu superior hierárquico, ou seja, ocorre de baixo pra cima em relação de parâmetro hierárquico, dessa forma, o agente ativo vislumbra a remoção do agente passivo de suas funções laborais, nessa ordem de ideias “o assédio ascendente, praticado pelos subordinados contra o chefe, que, assim como nas demais modalidades, pretende tornar insuportável o ambiente de trabalho, obrigando o superior hierárquico a tomar a iniciativa, por qualquer meio, de deixar o cargo ocupado ou, até mesmo, da dissolução do contrato de trabalho” (Bruginski,2013, p.32).

A modalidade de assédio mais comum de se verificar nos âmbitos das relações trabalhistas são aquelas denominadas de assédio vertical descendente, que consiste na situação em que o empregador ou superior hierárquico se utiliza da sua posição para constranger o empregado a executar atividades alheias as funções típicas da sua função natural, ou inclusive vislumbrando tornar o ambiente insuportável para o empregado com o ímpeto de lhe afastar ou remove-lo de seu cargo.

Nesse contexto, no âmbito da Administração Pública, o superior hierárquico se utiliza dos poderes da administração para subjugar o subordinado, vislumbrando o seu afastamento da função ou reduzir a concorrência em uma eventual promoção.

Dessa forma, “o que se verifica no assédio vertical é a utilização do poder de chefia para fins de verdadeiro abuso de direito do poder diretivo e disciplinar, bem como, para esquivar-se das consequências trabalhistas”. (NASCIMENTO,2009, p.143)

3.2 Conceito de Assédio sexual

Mauricio Drapeau conceitua o assédio sexual como “toda conduta de natureza sexual não solicitada, que tem um efeito desfavorável no ambiente de trabalho ou consequências prejudiciais no plano do emprego para as vítimas”.

Nessa linha, percebe-se que o assédio sexual pode ser conceituado como toda conduta que viole a natureza de intimidade da vítima em seu ambiente de trabalho com o fito de satisfazer a lascívia do agente ativo. O assédio sexual é notado através do constrangimento causado ao assediado, mediante gestos, escritos ou palavras que denotam o teor libidinoso. Nesse contexto, em um ambiente de trabalho, essa conduta abusiva pode surgir de qualquer agente atuante, independente do nível hierárquico, pois não é algo inerente ao poder funcional “o assédio sexual é o comportamento indesejado que pode ser ou não cometidas por superiores hierárquicos, podendo ocorrer também pelo mesmo nível hierárquico” (SOUZA E PEDROSA, 2019, p.6)

O assédio sexual é considerado uma conduta criminosa pela legislação brasileira, dessa forma, o Código Penal versa sobre o tema perante o ter do texto do artigo 216-A que dispõe o seguinte:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

A Legislação brasileira vislumbra coibir e prevenir a prática do assédio sexual com o advento desse tipo penal, porém nota-se uma grande lacuna entre a resposta estatal adequada doravante a resolução desse fenômeno negativo de conduta social.

A prática mais moderna do assédio é aquela oriunda dos meios virtuais de comunicação, via telefone, computador ou outros meios eletrônicos de informação. Essa conduta é conhecida também pelo termo cyberbullying que consiste na conduta em que o agressor produz conteúdo agressivo em desfavor da vítima, vislumbrando ofender, importunar ou intimidar o agente passivo de maneira sistemática pelos meios eletrônicos.

Essa conduta ganha um campo fértil de estudo quando atinge o âmbito da intimidade sexual da vítima.

O assédio sexual virtual pode ser definido como toda conduta na qual o agente ativo subjuga sua vítima através de proposta imoral, intimidações ou chantagens

vislumbrando obter vantagem que satisfaça sua libido. Nesse contexto, o agressor procura se utilizar de mecanismos que impossibilitem a vítima a negar suas investidas.

3.3A responsabilidade civil pelo assédio na Administração Pública; Análise de casos reais de assédio na Administração Pública;

A responsabilidade da Administração Pública será objetiva nos casos em que seus agentes provocarem danos a terceiros, nesse contexto, não vai se analisar a conduta do agente ativo, ou seja, dolo ou culpa, mas sim o dano causado e nexos causal. “Essa forma de responsabilidade dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso. Por isso, ela incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano”. (CARVALHO FILHO, 2020, p.1029)

A responsabilização objetiva do Estado nos casos de assédio é fundamental para a configuração da equidade entre os envolvidos no procedimento de apuração dos fatos, tendo em vista que na maior parte dos casos o agente agressor exerce papel hierárquico superior em relação ao agente passivo.

Essa forma de responsabilidade dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso. Por isso, ela incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano. (CARVALHO FILHO, 2020, p.1029)

Não há possibilidade de excluir a intervenção da Administração na solução da lide nos casos em que seus agentes estejam envolvidos, pois o ente público, seja ele da administração direta ou indireta, tem o dever objetivo de solucionar essas situações perante o Procedimento disciplinar administrativo.

A Constituição da República do Brasil dispõe sobre essa necessidade do Estado responder de maneira objetiva pelos danos que seus agentes causarem à terceiros, seja danos materiais, morais ou a imagem, conforme se verifica no artigo 5º, inciso X e artigo 37, parágrafo 6º conforme se verifica;

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;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O fenômeno do assédio ataca principalmente os direitos fundamentais da pessoa humana, dessa forma, se torna imperiosa a responsabilização objetiva do Estado quando envolver agentes da Administração, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil garante essa proteção.

O parâmetro de análise de casos reais envolvendo assédio na Administração Pública é muito complexo, porque em muitos casos a vítima deixa de denunciar o agressor por medo de represália em função da posição social, administrativa ou política do agressor. Nesse contexto, é possível analisar um caso que gerou muita repercussão envolvendo militares da Polícia.

O caso ocorreu na Polícia Militar do Estado de São Paulo, e se tornou público, vindo a ganhar grande proporção, onde uma Soldado feminina faz graves denúncias de assédio em desfavor de um tenente coronel. Em reportagem veiculada pelo portal da internet G1, pertencente ao grupo globo, a Soldado Jéssica Paulo do Nascimento disse "Em um momento em que a gente ficou um pouco sozinho, ele assim veio em uma total liberdade, uma intimidade. Mas a gente nunca tinha se visto, né? E me chamou para sair na cara dura" lembrou a Soldado vítima de assédio sexual. A soldado relatou que o oficial da Polícia Militar começou a enviar várias mensagens via aplicativo vislumbrando um encontro íntimo com ela, e mesmo ela informando que era casada as mensagens continuaram.

Segundo consta na reportagem, a Policial Militar Feminina chegou a se mudar de Batalhão, e trocar de número de telefone para se afastar das investidas que seu agressor lhe fazia, mas foram inúteis, pois o suposto agressor conseguiu todas suas informações e voltou a procura- lá, mas dessa vez fazendo ameaças de morte e de

violação sexual. Após tanta repercussão, e à pressão que estava sofrendo dentro da corporação resolveu deixar o cargo.

O caso em tela verifica-se uma espécie de protecionismo institucional, que ocorre na grande parte das instituições públicas, na qual desencadeia uma série de fatores negativos ao agente passivo, gerando o que o estudo da vitimologia define como vitimização secundária, que consiste na burocratização estatal na fase de inquérito ou processo. Assim, o Estado que deveria zelar pelo acolhimento e proteção da vítima falha, e a torna vítima novamente, ou conforme define Antônio Beristain, a vitimização secundária “emana das respostas formais e informais que recebe a vítima”.

3.4 Práticas de governança pública e o compliance como forma de ações de prevenção e combate ao assédio no setor público;

A Administração Pública deve vislumbrar um equilíbrio de ações para garantir a promoção do interesse público, nessa ordem de ideias, entra as práticas de governança pública, que deve ser encarada como um conjunto de boas práticas que a Administração e seus agentes devem adotar para alcançar seus objetivos, alinhando sempre o custo e benefício para a prestação do melhor qualidade em seus serviços.

Para Bogoni. (2010), a aplicação das boas práticas de governança corporativa na gestão pública pode ser vista pela ótica de agregação do valor à sociedade, diante das necessidades do cidadão, considerando os recursos que estão disponíveis.

O Ente público deve garantir boas condições para que seus agentes desenvolvam suas atividades com excelência, dessa forma, o ambiente de trabalho agradável e fundamental nessa missão, além disso, a ética, respeito e empatia devem ser valores inerentes ao indivíduo que seu mister e o interesse público.

Nesse contexto, existe algumas leis que procuram estabelecer parâmetros de comportamento dos servidores no âmbito interno e externo da Administração, diante disso a lei 8112/90 dispõe em seu artigo 116 sobre os deveres dos Servidores Públicos Federais;

Art. 116. São deveres do servidor:

- I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
- II - ser leal às instituições a que servir;
- III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

V - atender com presteza:

a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;

b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;

c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Destarte verificam-se nessa lei, que os servidores possuem normas que determinam certo padrão de comportamento. Porém, a Administração Pública falha ao exercer políticas de prevenção ao vício comportamental, ou até mesmo na fiscalização das condutas, o que ocasiona a possibilidade de o assediador exercer sua conduta abominável.

A Administração deve promover praticas de governança pública que não exponha os seus servidores vitimas de assédio. O papel do Estado e garantir o bem estar do interesse coletivo, e essa missão passa por realização de auditorias do mecanismo interno.

De acordo com Marques (2007) uma boa governança requer uma clara identificação e articulação das definições de responsabilidade, uma compreensão real das relações existentes entre as partes interessadas da organização para controlar seus recursos e dividir resultados.

A prevenção contra o assédio passa por uma necessidade de conscientização moral, na qual a Administração Pública deve promover campanhas, treinamentos e palestras que demonstrem efetivamente os riscos e consequências que podem acarretar essa conduta, buscando sanar o problema na sua raiz. Além do mecanismo de combate preventivo, é necessário que se crie leis que contemplem penas mais duras, para que a repressão a essa conduta cause impacto desestimulante em outros possíveis agressores.

4 Conclusão

Conforme análise feita pelo objeto de estudo desta pesquisa, foi possível constatar que o fenômeno do assédio é muito mais complexo e abominável do que se imaginava diante de um olhar externo do problema.

O assédio moral e sexual viola os bens jurídicos protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, e essas violações afetam principalmente direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança, dignidade da pessoa humana e também aos valores sociais do trabalho.

Essa pesquisa concluiu que o assédio, seja ele moral ou sexual e de extrema dificuldade de identifica-lo e conectar sua incidência e materialidade a conduta do agressor e uma missão árdua. Afeta não somente a esfera profissional do indivíduo, mas também causa impacto profundo na vida privada da vítima, acarretando um efeito cascata, influenciando também na família desse agente passivo da agressão.

Desta forma, o Estado como ente soberano, deve intervir na raiz do problema, vislumbrando minimizar sua incidência. Pensar em erradicar o assédio seria utopia, porém diante da complexidade do problema, o presente estudo entende ser palpável a possibilidade de minimizar a incidência do assédio e suas consequências.

Portanto, a Administração Pública deve combater esse fenômeno de relação interpessoal com seriedade e comprometimento, pois causaria uma série de benefícios para a coletividade como um todo, desde o melhor serviço prestado para a comunidade, até o impacto positivo na esfera da intimidade da vida daquele servidor.

Referências Bibliográficas

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Decreto- Lei nº2.848, de 7 de Dezembro de 1940.(Código Penal)

Lei nº 14.310/2002(**Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais**)

Lei nº 13.729/2006(**Estatuto dos Militares Estaduais do Ceará**)

BRUGINSKI ,Marcia Kazenoh Bruginski – **Assédio Moral no Trabalho- Conceito, Espécies, e Requisitos Caracterizadores**. Revista Eletronica: 2013

BOGONI, Nadia Mar et al. Proposta de um modelo de relatório de administração para o setor público baseado no Parecer de Orientação no 15/87 da Comissão de Valores Mobiliários: um instrumento de governança corporativa para a administração pública. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 44, n. 1, p.119-142, fev.2010. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n1/v44n1a06.pdf>>. Acesso em: 10/06/2021 .<https://doi.org/10.1590/S0034-76122010000100006>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34 ed. São Paulo: Atlas,2020.

MARQUES, M. da C. C. Aplicação dos princípios da governança corporativa aplicada ao setor público. Revista de Administração Contemporânea, v. 11, n. 2, p. 11-26, abr./jun. 2007.

<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2021/04/27/soldado-da-pm-denuncia-tenente-coronel-por-assedio-sexual-e-ameaca-de-morte-e-estupro-apos-recusa-ouca.ghtml>: Acesso 10/06/2021

MARTINS, Sérgio Pinto. Assédio moral no emprego. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 4 ed, São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros: 2015

MORAES, Alexandre de -**Direito constitucional** - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003

NASCIMENTO, Sônia Mascaró. Assédio moral no direito comparado, Revista O Trabalho, n. 143, p. 4809-4821, jan. 2009.

Conselho Nacional do Ministério Público, **Assédio moral e Sexual- previna-se**, 2016

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Tradução de Maria Helena Kühner. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011

BERISTAIN, Antonio (Tradução de Cândido Furtado Maia Neto). **Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

<https://jovempan.com.br/noticias/brasil/justica-militar-e-dura-e-nao-acobertara-as-denuncias-de-assedio-do-tenente-contr-a-pm-diz-ouvidor-da-policia.html>: Acesso 10/06/2021

<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/04/4921378-tenente-e-afastado-apos-denuncia-de-ameaca-de-morte-e-estupro-a-pm-em-sp.html>: Acesso 10/06/2021

<https://www.metropoles.com/brasil/pm-pede-demissao-apos-ser-assediada-por-tenente-coronel-em-sao-paulo>

<https://canaldedenuncias.blog.br/assedio-virtual-no-trabalho/>

SOUZA, Stella Reis Oliveira de, e Pedrosa, Jussara Melo - Assédio Sexual no Ambiente de Trabalho, Universidade de Uberaba:2019

AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E AS INOVAÇÕES DA LEI 13.984/20 NO COMBATE À REINCIDÊNCIA DO AGRESSOR EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

LUCAS DOS SANTOS FERREIRA:
Bacharelado em Direito na Universidade
Católica do Tocantins

IGOR DE ANDRADE BARBOSA²
(orientador)

Resumo: Neste ano de 2021, a Lei Maria da Penha completará seus 15 anos de existência desde a sua promulgação, muito embora seja uma legislação relativamente nova, é considerada como um grande avanço no enfrentamento à violência doméstica contra mulheres no Brasil, além disso, ao longo dos anos a mesma tem passado por inovações significativas, especialmente nas formas de proteção a mulher, por meio das medidas protetivas de urgência, e no combate a reincidência de casos através de acompanhamento psicológico dos agressores. A importância das referidas implantações foi verificada no presente artigo, na qual tem como principal objetivo versar sobre os avanços obtidos no sentido especificado através da publicação de novas leis, em especial a Lei 13.984/20, que realizou melhorias visando combater a reincidência de casos através da mudança no fator psicológico do agente. Para alcançar os objetivos estabelecidos, o presente artigo foi desenvolvido através da revisão literária específica, artigos voltados para a temática, doutrinas, jurisprudências, e análise da legislação contemporânea.

Palavras-Chave: Direito Penal. Lei Maria da Penha. Violência Doméstica. Medidas Protetivas e Inovações Legislativas.

Abstract: In this year of 2021, the Maria da Penha Law will complete its 15 years of existence since its promulgation, although it is a relatively new legislation, it is considered as a great advance in the fight against domestic violence against women in Brazil, moreover, throughout over the years it has undergone significant innovations, especially in the ways of protecting women, through urgent protective measures, and in combating the recurrence of cases through psychological monitoring of aggressors. The importance of these implementations was verified in the present article, in which the main objective is to deal with the advances obtained in the sense specified through the publication of new laws, in particular Law 13.984 / 20, which made improvements aiming to combat the recurrence of cases through of the

² Professor de Direito na Universidade Católica do Tocantins e Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Candido Mendes

change in the agent's psychological factor. In order to achieve the objectives established, this article was developed through specific literary review, articles focused on the theme, doctrines, jurisprudence, and analysis of contemporary legislation.

Keywords: Criminal Law. Maria da Penha Law. Protective Measures. Domestic Violence and Legislative Innovations.

Sumário: 1. Introdução. 2. As Formas de Violência Doméstica Contra a Mulher. 3. As Medidas Unificadas de Prevenção à Violência Doméstica Contra a Mulher no Brasil. 4. As Medidas Protetivas de Urgência Como Meios de Garantia a Efetividade da Lei Maria da Penha. 5. A Lei 13.984/20 e a Importância do Método Educacional no Combate à Reincidência do Agressor. Conclusão. Referências Bibliográficas

1. Introdução

É cediço que, desde os primórdios da sociedade brasileira, com a formação do modelo patriarcal durante a colonização portuguesa no século XVI, o homem é visto como a base e o ser predominante dentro do âmbito familiar, as mulheres, por sua vez, vieram ao longo dos anos exercendo papel subserviente aos seus maridos, tendo inclusive seus direitos fundamentais violados, como, por exemplo: o direito ao voto, ao trabalho, ao divórcio, e até mesmo a sua própria intimidade.

Nessa perspectiva, é importante destacar que após séculos de lutas por igualdade dentro dos movimentos feministas brasileiros, somente na data de 07 de agosto do ano de 2006 com o surgimento da Lei 11.340/06 é que ocorre o marco histórico dentro do nosso ordenamento jurídico no combate a violência de gênero, a Lei leva o nome da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes que, por muitos anos viveu dentro de um relacionamento conjugal movido a agressões e humilhações, tendo seu ápice em 1983 em uma dupla tentativa de assassinato por parte do seu ex-marido, que inclusive a deixou paraplégica.

A trajetória da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes foi extremamente importante na busca de justiça por todas as mulheres vítimas de violência doméstica familiar no Brasil, mesmo diante da impunibilidade do seu ex-companheiro, que conseguiu passar 15 anos em liberdade após sentenciado em 1991 e 1996, a cearense não mediu esforços em recorrer à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ao Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e ao Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

Assim, a incansável luta por justiça de Maria da Penha foi fundamental na criação de uma lei brasileira cujo objetivo fosse combater de forma punitiva o agressor e, em simultâneo, prevenir cabalmente à violência doméstica contra mulheres trazendo consigo o desafio de desfigurar as heranças patriarcais construídas ao longo dos séculos dentro da nossa sociedade.

Diante disto, ainda atualmente observa-se em nosso país um elevado índice de violência doméstica e familiar contra mulheres, mostrando que tão somente a punição dos agressores não tem se mostrado totalmente eficaz para garantir a diminuição desse tipo de crime.

Nesse diapasão, o foco do presente artigo recai em analisar a importância das medidas protetivas de urgência criadas dentro da Lei Maria da Penha bem como suas recentes alterações legislativas, em especial o surgimento da Lei 13.984 de 03 de Abril de 2020 que altera o dispositivo legal obrigando a participação do agressor em programas de reeducação, grupos de apoio e acompanhamento psicológico, podendo inclusive serem aplicadas de imediato pelo juiz como medidas de proteção a mulher visando coibir a violência doméstica e a reincidência de casos.

2. As formas de violência doméstica contra a mulher

Os tipos de violência doméstica contra a mulher se manifestam de várias formas possíveis, e geralmente se produzem de maneira sequencial e cumulativamente. Sendo assim, o artigo 7º da Lei Maria da Penha estabelece alguns critérios para classificar esses tipos de violência, que assim dispõe:

Art. 7º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

2.1 Física

A violência física é aquela na qual se atenta contra a saúde corporal da mulher mediante atos violentos como, por exemplo, tapas, empurrões, socos, chutes, podendo inclusive deixar marcas no corpo da vítima, são as denominadas *vis corporalis*. (SANCHES, 2012)

2.2 Psicológica

A violência psicológica trata-se de qualquer conduta que cause algum tipo de dano emocional ou diminuição da autoestima da mulher, nessa categoria de violência é muito comum a mulher ser proibida de trabalhar, estudar, sair de casa, ou viajar, falar com amigos ou parentes. (TJSE, 2021)

Nesse sentido, é o entendimento da douta Maria Berenice Dias:

A violência psicológica encontra forte alicerce nas relações desiguais de poder entre os sexos. É a mais frequente e talvez seja a menos denunciada. A vítima muitas vezes nem se dá conta que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos, são violência e devem ser denunciadas. (2007, p. 48)

2.3 Sexual

Conforme dispõe o Código Penal "a violência sexual pode ser caracterizada de forma física, psicológica ou com ameaça, compreendendo o estupro, a tentativa de estupro, a sedução, o atentado violento ao pudor e o ato obsceno." (BRASIL, 2009)

Ou seja, a violência sexual concerne na obrigação seja ela física ou verbal de manter contato sexual sem o devido consentimento, podendo ser inclusive através do uso de coação, ameaça, chantagem ou qualquer meio que impossibilite a livre manifestação da vítima.

A violência sexual é cometida na maioria das vezes por autores conhecidos das mulheres envolvendo o vínculo conjugal (esposo e companheiro) no espaço doméstico, o que contribui para sua invisibilidade. Esse tipo de violência acontece nas várias classes sociais e nas diferentes culturas. Diversos atos sexualmente violentos podem ocorrer em diferentes circunstâncias e cenários (OMS, 2002).

2.4 Patrimonial

A violência patrimonial consiste no dano ou destruição por parte do agressor de bens, ou valores de propriedade da vítima, que tem quase sempre relação com outros tipos de violência conforme é destacado por Rogério Sanches:

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. Esta forma de violência raramente se apresenta separada das demais, servindo, quase sempre, como meio para agredir, física ou psicologicamente, a vítima. (2012, p. 64/65)

2.5 Moral

A violência tanto moral como psicológica estão intrinsecamente conexas, uma vez que na grande maioria das vezes uma é consequência da outra, conforme bem esclarece Virgínia Feix:

A violência moral está fortemente associada à violência psicológica, tendo, porém, efeitos mais amplos, uma vez que sua configuração impõe, pelo menos nos casos de calúnia e difamação, ofensas à imagem e reputação da mulher em seu meio social. Apresentada na forma de desqualificação, inferiorização ou ridicularização, a violência moral contra a

mulher no âmbito das relações de gênero sempre é uma afronta à autoestima e ao reconhecimento social. (2014, p.210)

Do exposto, a violência do tipo moral aplica-se também quando cometido através dos meios de tecnologia da informação, como, por exemplo redes sociais e outras mídias eletrônicas, nesse mesmo contexto, Feix destaca que:

Diante das novas tecnologias de informação e redes na internet, a violência moral contra a mulher tem tomado novas dimensões, sendo necessário que o Direito e seus operadores atentem para novos padrões de violação dos direitos de personalidade em geral e das mulheres. (2014, p.210)

Assim, essa categoria de violência está ligeiramente conectada a inferiorização e desqualificação da vítima, reforçando ainda mais o sistema social de subordinação do sexo feminino, deste modo, visando combater e prevenir todo e qualquer tipo de violência doméstica contra a mulher, surgiram medidas unificadas através da união, estados, municípios e demais órgãos públicos.

3. As medidas unificadas de prevenção à violência doméstica contra a mulher no Brasil

Visando efetivar os compromissos assumidos pelo Brasil na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), surge através da Lei Maria da Penha a cooperação de forma integrada entre a união, estados, municípios, e ações não-governamentais, além dos órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público, e Defensorias Públicas Estaduais, conforme dispõe em seu artigo 8º:

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência 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;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal ;

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Sendo assim, à violência doméstica contra a mulher passa a ser um problema social tratado pelo estado, onde a vítima passa a ser também a sociedade e não somente a pessoa que sofreu a violência propriamente dita, pois se trata de uma reprodução passada de geração em geração. (LIMA, 2013, p. 62)

Com base nisso, é de extrema importância a desmistificação de que a violência doméstica contra mulheres trata-se apenas de questões de gênero, mas sim de padrões socioculturais herdados do modelo patriarcal na qual vivenciamos durante séculos até os dias atuais.

Nesse sentido, Dias nos elucida que “durante boa parte da história, o patriarcado foi incontestavelmente aceito por ambos os sexos. Os papéis diferenciados de gênero eram legitimados nos valores associados à separação entre esferas pública e privada.” (2019, p. 20)

Deste modo, é essencial a criação de mecanismos através da integração entre a união, estados, municípios, e demais órgãos públicos e privados, que visem a desconstrução estrutural do modelo patriarcal através da educação dos mais novos e reeducação dos mais velhos de forma a conscientizar a igualdade de gênero e acabar de vez com a violência doméstica e familiar contra mulheres.

4. As medidas protetivas de urgência como meios de garantia a efetividade da Lei Maria da Penha

Visando deter o agressor bem como garantir de forma efetiva a segurança física, psicológica e patrimonial da mulher vítima de violência doméstica assim como de sua prole, a Lei Maria da Penha elenca nos seus artigos 22 ao 24 um rol exemplificativo de medidas protetivas de urgência a serem aplicadas de plano pelo juiz de forma isolada ou cumulativamente sem ser necessária uma sentença final, ou requerimento do Ministério Público, podendo também serem substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia.

Antes de tudo, para podermos avaliar a eficácia de tais medidas protetivas de urgência elencadas na Lei Maria da Penha, é preciso conhecê-las e como de fato funcionam, portanto, em sede de proteção a integridade física da mulher, sendo constatada a prática delituosa à autoridade competente poderá suspender à posse

ou restringir o porte de arma do agressor conforme previsão legal do artigo 22, inciso I da Lei Maria da Penha:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

À vista disso, em razão do número elevado de feminicídios cometidos por uso de arma de fogo, o referido dispositivo legal se mostra inteiramente preocupado não somente com a integridade física da mulher, mas também para com sua vida, nesta lógica, Maria Berenice Dias nos destaca que tal medida:

Trata-se de medida que se mostra francamente preocupada com a incolumidade física da mulher. E com razão. Os dados estatísticos referentes à prática de crimes contra a mulher, com a utilização de arma de fogo, são assustadores. Apenas para dar alguns números, interessante o teor de moção formulada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em 16 de setembro de 2005, à época em que se discutia o referendo que iria decidir, no dia 23 de outubro seguinte, sobre o desarmamento da população. Consta do documento que “nas capitais brasileiras, 44,4% das mulheres vítimas de homicídios em 2002 foram mortas com armas de fogo (ISER, 2005: com dados do Datasus, 2002). (2019, p.168)

É importante observar que o referido dispositivo legal trata-se de casos em que o agressor possui armas devidamente registradas, quando se tratar de casos de porte ilegal, será considerada agravante e incidirá nos crimes previstos nos artigos 12, 14, 16 da Lei 10.826/2003.

Ainda no mesmo sentido, em observância a garantia da segurança e integridade física da mulher que sofreu violência doméstica, também poderão ser aplicadas outras medidas previstas no artigo 22, incisos II, III, alíneas a, b, c, inciso IV bem como também no artigo 23, incisos II e III, de forma a impedir a aproximação do agressor da vítima, vejamos:

Art. 22. [...]

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

[...]

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

A Lei 11.340/06 - Lei Maria da Penha prevê ainda em suas medidas protetivas de urgência meios de proteção patrimoniais e financeiras para a mulher vítima de violência doméstica, incluindo, por exemplo, a fixação de alimentos provisórios em seu favor e dentre outras medidas elencadas no artigo 22, inciso V e artigo 24, incisos I, II, III, IV, como podemos observar:

Art. 22. [...]

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o

juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

É importante salientar a importância de compreender e tratar o que verdadeiramente deu causa ao fato, como, por exemplo, o contexto das agressões, o histórico familiar e o meio social em que essa família vive.

Portanto, as medidas de proteção impostas pela Lei Maria da Penha também visam a segurança psicológica da mulher, como, por exemplo, o encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programas de proteção ou atendimento psicológico conforme previsão do artigo 23, inciso I:

Art. 23. [...]

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

Nesse mesmo diapasão, destaca-se também que a recente Lei 13.984/2020 acrescentou as medidas protetivas de urgência que obrigam a participação do agressor em programas de recuperação, reeducação e acompanhamento psicossocial (Art. 22, VI, VII, LMP), pois "a violência contra a mulher transcende a questão de diferença de gêneros, podendo localizar-se em fatores muito distintos, inclusive psicossomáticos". (GUIMARÃES; MOREIRA, 2017, p. 97)

Por fim, para garantir a efetividade dessas medidas foi acrescentado o artigo 24-A que "restou reconhecido como delito penal o descumprimento da decisão judicial que defere as medidas protetivas de urgência, ao qual é cominada a pena de três meses a dois anos". (DIAS, 2019, p. 181)

5. A Lei 13.984/20 e a importância do método educacional no combate a reincidência do agressor

Segundo Medrado e Lyra (2003, p. 22) para ser inicialmente compreendida a problemática da violência de gênero de homens contra mulheres no ambiente familiar doméstico é preciso que primeiramente, seja analisado os processos de socialização e sociabilidade masculina, onde na qual o homem desde pequeno, seja dentro do ambiente familiar, na escola e até mesmo nas brincadeiras infantis, são educados de modo a atender as expectativas sociais que a agressividade e o comportamento destrutivo não são algo a serem evitados. Essas manifestações aceitas e muitas vezes estimuladas pela sociedade, apesar de parecerem insignificantes, podem representar portas abertas para atos violentos graves que atentam inclusive contra a vida de muitas mulheres.

Enquadrando-se a isso, soma-se o fato de que muitos homens crescem observando atos de violência realizados por outros homens, inclusive seus próprios pais, desta forma, tais situações podem caracterizar como uma norma a ser seguida. (BÜCHELE; LIMA; CLIMACO, 2008, p. 76)

Dados alarmantes divulgados pelo Sinan em conjunto com o Ministério da Saúde mostram que somente no ano de 2019 o Brasil registrou cerca de 1 caso de violência doméstica contra mulheres a cada 4 minutos, onde a taxa de reincidência gira em torno dos 20%, o que é de fato preocupante.

Nota-se que a ideologia punitivista que vem sendo adotada pela Lei Maria da Penha não é totalmente eficaz, dado que os números por si só já demonstram os altos índices de violência doméstica contra mulheres que ainda acometem nosso país, e que mesmo após punidos, muitos desses homens ainda voltam a cometer esse tipo de crime contra sua companheira.

Em sentido contrário aos dados divulgados de forma inédita pelo Ministério da Saúde no ano de 2019, percebe-se atualmente que muitos estados já adotaram as práticas impostas pela nova Lei, inclusive com a criação de centros de reabilitação, grupos de apoio e acompanhamento psicológico para esses agressores, esses grupos inclusive já demonstram uma queda significativa na taxa de reincidência, como, por exemplo, o projeto “Tempo de Despertar”, localizado no município de São Paulo, onde a taxa de reincidência dos casos de violência doméstica entre os participantes caiu de 65% para somente 2%.

Outro exemplo claro é o caso do Grupo de Orientação e Sensibilização aos Autores da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, localizado na cidade de

Cianorte, estado do Paraná, onde 598 homens foram atendidos em um período de 3 anos, e somente 4 casos de reincidência entre os participantes do projeto foram registrados.

Para o Promotor de Justiça do Estado do Paraná Thimotie Heemann um dos pioneiros do projeto “o homem autor de violência doméstica não é o criminoso típico, filiado a uma organização criminosa, com extensa ficha criminal. Em geral, é pagador de impostos, não destoa dos membros da sua comunidade e não mostra violência na vida cotidiana, apenas em casa, contra a mulher”. (MPPR, 2020)

Com base no exposto, é notório e evidente que fatores psicológicos bem como sociais são pressupostos relevantes e incentivadores na prática da violência doméstica contra a mulher, tendo em vista que o ambiente familiar, social e cultural em que esse agressor cresceu exercem grande influência em seu desenvolvimento, consequentemente influenciando também seu comportamento atual e futuro. (AZEVEDO, 2001)

Diante da situação fática vivenciada é que de forma louvável a promulgação da Lei 13.984/20 acrescentou os incisos VI e VII ao artigo 22 da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha, onde passa a ser aplicada como medida protetiva de urgência a obrigatoriedade da participação de homens que cometeram violência doméstica contra mulheres em programas de reeducação, grupos de apoio e acompanhamento psicossocial, podendo ser inclusive aplicadas de imediato pelo juiz deixando de ser somente proposta na fase de execução de pena, conforme previa o artigo 152 da Lei 7.210/84 - Lei de Execução Penal.

Assim, a Lei 13.984/20 tem como principal objetivo acarretar mudanças sociais significativas na vida desses homens, desconstruindo de forma educacional todas as práticas estereotipadas que de certa forma legitimam toda e qualquer forma de violência contra a mulher, e consequentemente reduzindo os altos índices de reincidência que ainda assombram nosso país.

Conclusão

Ao analisarmos a violência doméstica contra mulheres no Brasil, é possível observar fatores intrínsecos diretamente ligados ao psicológico e ao meio social em que esse indivíduo agressor cresceu e que na grande maioria das vezes influencia de forma clara e direta como esse homem busca ser o detentor do poder das relações íntimas no âmbito familiar com relação a sua companheira.

Com base nisso, através das reformas legislativas, a Lei Maria da Penha tem se aperfeiçoado cada vez mais no sentido de dar maior proteção e segurança física, psíquica e patrimonial a mulher vítima desse tipo de violência.

Sob essa perspectiva, conclui-se que os avanços trazidos à Lei Maria da Penha por meio da promulgação da Lei 13.984/20 que obriga a participação dos agressores em programas de reeducação, acompanhamento psicológico, grupos de apoio e entre outros, não tem como objetivo banalizar a violência doméstica contra a mulher, mas sim promover uma real mudança baseada em valores sociais e éticos, bem como garantir princípios constitucionais relacionados a dignidade da pessoa humana e a diversidade, mostrando-se necessária a desconstrução desse modelo patriarcal machista na qual vivemos não somente através da reeducação dos agressores, mas também através de políticas públicas que incentivem a igualdade de gênero dentro das escolas do país.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Maria Amélia; GERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Mania de bater: a punição corporal doméstica de crianças e adolescentes no Brasil**. São Paulo: Editora iglu, 2001.

CATRACA LIVRE. **Lei Determina Reabilitação a Homem Denunciado por Violência Doméstica**. Disponível em: < <https://catracalivre.com.br/cidadania/lei-determina-reabilitacao-a-homem-denunciado-por-violencia-domestica/>> Acesso em: 04 Mai. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica –Lei Maria da Penha: comentado artigo por artigo**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS. Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: A Efetividade da Lei 11.340/2006 de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FEIX, Virgínia. **Das formas de Violência Contra a Mulher – Artigo 7º**. 2014. Disponível em: <<https://themis.org.br/wp-content/uploads/2015/04/LMP-comentada-perspectiva-juridico-feminista.pdf>>. Acesso em: 28 Abr. 2021.

FOLHA DE S.PAULO. **Brasil Registra 1 Caso de Agressão a Mulher a Cada 4 Minutos, Mostra Levantamento.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/brasil-registra-1-caso-de-agressao-a-mulher-a-cada-4-minutos-mostra-levantamento.shtml>> Acesso em: 04 Jan. 2021.

GUIMARAES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Lei Maria da Pena: Aspectos Criminológicos de Política Criminal e do Procedimento Penal.** 4. ed. rev. atual. e aum. Brasília: Jaruá, 2017.

LIMA, D. C.; BÜCHELE, F.; CLÍMACO, D. A. **Homens, gênero e violência contra as mulheres.** Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 76, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v17n2/08.pdf>>. Acesso em: 02 Mai. 2021.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Violência Contra a Mulher.** 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

MEDRADO, Benedito; LYRA, Jorge. **Nos homens, a violência de gênero.** In. BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Programa de prevenção, assistência e combate à violência contra a mulher Plano Nacional. Brasília, DF, 2003.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Grupo de Recuperação de Homens Agressores Reduz Violência Doméstica.** Disponível em: <<http://mppr.mp.br/2020/01/22233,10/Grupo-de-recuperacao-de-homens-agressores-reduz-violencia-domestica.html>> Acesso em: 28 Abr. 2021.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito processual Penal.** 11ª Ed. Bahia: Jus Podivm, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. **Definição de Violência Contra a Mulher.** Disponível em: < <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/definicao-de-violencia-contra-a-mulher>> Acesso em: 05 Mai. 2021.

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 11.340/2006 A HOMENS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

EDCARLOS DE LIMA PAIVA:

Bacharelado em Direito pelo Ulbra Manaus (Centro Universitário Luterano de Manaus)

IGOR DIETER PIETZSCH

RESUMO: O tema em debate, "*A Possibilidade de aplicação analógica da lei 11.340/2006 a homens vítimas de violência doméstica e familiar*", não busca trazer uma visão machista ou até mesmo preconceituosa em relação aos direitos das mulheres, como foi assim interpretado por alguns dos entrevistados, mas visa conscientizar as pessoas de uma forma geral, que precisamos combater a violência, e sabemos que violência não está ligada somente ao sexo feminino, mas ultrapassa essa linha biológica. O tema em comento ganhou ainda mais força quando durante as pesquisas documentais, (Boletins de Ocorrências), e estatísticas coletadas em algumas delegacias de polícia da cidade de Manaus, tendo como principal o 6º DIP (Departamento Integrado de Polícia), localizada na Zona Norte da cidade, foi possível perceber o grande número de casos de violências, envolvendo casais, (heterossexuais e homossexuais). Foi então que não restaram dúvidas, que precisamos combater *A VIOLÊNCIA*, pois a mesma não tem um sexo definido, tendo como vítima qualquer ser humano, e é isso que o trabalho aborda "*a preservação da dignidade da pessoa humana*", constituída de direitos constitucionais e legais, os quais devem ser respeitados e preservados frente uma sociedade que se "*diz democrática*".

Palavras-Chaves: Dignidade; violência; direitos.

ABSTRACT: The topic under discussion, "THE POSSIBILITY OF ANALOGICAL APPLICATION OF LAW 11.340/2006 TO MEN VICTIMS OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE", does not seek to bring a sexist or even prejudiced view of women's rights, as interpreted by some of the interviewed, but aims to make people aware in general, that we need to combat violence, and we know that violence is not only linked to women, but goes beyond this biological line. The topic under discussion gained even more strength when during documentary research, (Occurrence Bulletins), and statistics collected in some police stations in the city of Manaus, with the 6th DIP (Integrated Police Department) as the main one, located in the North Zone from the city, it was possible to perceive the great number of cases of violence, involving couples, (heterosexual and homosexual). It was then that there were no doubts, that we need to fight VIOLENCE, as it does not have a defined sex, having as victim any

human being, and this is what the work addresses “the preservation of the dignity of the human person”, constituted by constitutional rights and legal, which must be respected and preserved in the face of a society that “claims to be democratic”.

Key words: Dignity; violence; rights.

1. INTRODUÇÃO

Falar sobre direitos entre homens e mulheres é sempre um assunto que divide espectadores, entre machismo, feminismo, e ainda femismo, muito mais acirrada fica a discussão quando o assunto é: “A possibilidade de aplicação analógica da lei 11.340/2006 a homens vítimas de violência doméstica e familiar”. O qual busca Reconhecer a importância da aplicação da referida lei a cônjuges vítimas de violência doméstica e familiar, com o intuito de reduzir o número de casos em relação ao art. 129 do Código Penal (lesão corporal) e art. 121 do mesmo diploma legal (homicídio), não se prendendo a sexo ou outro fator condicionante que não seja a condição humana. Ressaltando o valor da vida humana independente do sexo ou orientação sexual; e ainda demonstrando que não existe diferença entre a vida de uma mulher e de um homem em nenhum ramo social e legal, exceto no Direito Penal.

O Artigo Científico em comento levanta o debate por meio de entendimentos doutrinário e jurisprudencial, sobre “**a possibilidade**” de aplicação da Lei nº 11.340/2006 aos homens vítimas de violência doméstica e familiar, por analogia in bonam *partem*, visto que hoje é perceptível em nosso meio que a violência doméstica e familiar, não está relacionada ao sexo feminino, e que através das pesquisas realizadas, foi possível verificar um número crescente de homens vítimas desse tipo de violência, e teríamos um número bem mais elevado, se não vivêssemos num país machista onde o homem sente-se envergonhado, e passa a ser objeto de chacota ao relatar que foi vítima de violência, e mais ainda, que o agressor foi sua própria esposa, (Cifra Negra).

A Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006 surgiu em face dos altos índices de violência doméstica e familiar contra a mulher, frente à necessidade de atuação do Estado na criação de políticas públicas na busca de uma maior proteção às vítimas, com o intuito de coibir os agressores e numa perspectiva bastante positiva, acabar com tal grau de violência.

Diante do contexto, a referida Lei tem por objetivo criar mecanismos para coibir e prevenir a prática de violência contra mulheres no âmbito doméstico e familiar, estabelecer medidas de assistência e proteção as que estiverem em situação de vulnerabilidade; bem como dispor sobre a criação de delegacias Especializadas e atendimentos especiais.

Por conta desse âmbito de abrangência da referida lei, foi cogitado a ideia da mesma, ampliar seu círculo de proteção, passando a proteger não mais somente a mulher vítimas de tais violências, mas os cônjuges entre si independentes do sexo, ou do tipo de casais, e foi pensando nessa linha de proteção que a pesquisa científica se pautou em analisar os casos de violência domésticas e familiares contra homens na cidade de Manaus-Am, coletando tais informações nas 30 (trintas) delegacias existentes na cidade, onde tivemos a honra de entrevistar a Capitã Clessia Franciane de Oliveira, Comandante da Companhia Ronda Maria da Penha localizada na Zona Norte de Manaus. (27ª CICOM), onde lhe foi feita a seguinte pergunta. "**VOCÊ É A FAVOR OU CONTRA A LEI MARIA DA PENHA SER APLICADA A HOMENS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**"? E POR QUÊ?

A mesma se posicionou respondendo: - *"Entendo que, ao propor a aplicação da lei 11.340/2006 por analogia aos casos de violência doméstica contra homens, a intenção seja promover um tratamento isonômico entre ambos os sexos, primando pelo respeito independente do sexo ou da opção sexual. Contudo, seria leviano lançarmos mão dos mecanismos de defesa trazidos pela legislação especial, para proteger alguém que por uma simples questão biológica é colocado em condições de superioridade. Não quero aqui negar a ocorrência de episódios envolvendo mulheres agressoras e homens vítimas, mas analisada a proporção dos acontecimentos é inegável a vulnerabilidade vivida pelas mulheres. Os mecanismos de defesa trazidos pela lei Maria da Penha, costumam chama-los de medidas afirmativas, uma vez que buscam proteger as mulheres reduzindo as diferenças de tratamento entre homens e mulheres perpetuados durante gerações em uma sociedade machista/patriarcal onde a autodeterminação da mulher não é reconhecida. Não podemos ser imprudentes ou simplistas em acreditar que teremos uma sociedade mais respeitosa, com cidadãos mais recíprocos apenas por estendermos os benefícios da lei 11.340/2006 a todos os cidadãos. Esta lei ainda é extremamente necessária e justa numa sociedade onde os garotos são incentivados a relativizar o NÃO de uma menina. O debate é muito oportuno, mas exige uma abordagem mais profunda, e investimentos pesados em educação, porque este sim é o único caminho capaz de reduzir as diferenças de gênero e aumentar o tão almejado respeito mútuo".*

Após os relatos da Capitã de Polícia acima citada, a qual mencionou algo bastante salutar, A EDUCAÇÃO ouviu-se também em momento diverso, a Policial militar Cabo Marizelha Silva Costa, lotada no CPM I. A qual lhe foi perguntada: "**VOCÊ É A FAVOR OU CONTRA A LEI MARIA DA PENHA SER APLICADA A HOMENS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**"? E POR QUÊ?

Em resposta a policial se manifestou: -“Sou contra, primeiro que por uma questão história, a mulher vem galgando aos poucos a igualdade em diversos setores de trabalho. Mas mesmo assim continuam enfrentando preconceitos, para mim a Lei Maria da Penha tem a função de proteger as mulheres no âmbito familiar onde elas são subjugadas enquanto que para os homens, não se aplica, pois há leis que os favorecem e o tratamento é muito diferente”.

Menciono ainda os relatos da senhorita Agatha Sabino da Silva, o que lhe foi perguntada: **“VOCÊ É A FAVOR OU CONTRA A LEI MARIA DA PENHA SER APLICADA A HOMENS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR”? E POR QUÊ?**

Em seguida a mesma se expressa da seguinte forma: - “Sou contra, porque os homens sempre estiveram em posição privilegiada na sociedade, e a lei deveria ser mais bem aplicada em questão das mulheres”.

Com base nos relatos acima citados, e propositalmente, fiz questão de trazer pensamentos somente de mulheres, percebemos que nosso País ainda é repleto de machismos e femismo, e enquanto não superarmos essa dicotomia em achar que os direitos se dividem em homens e mulheres, jamais se alcançará a tão sonhada igualdade.

Embora ainda não exista uma consolidação doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro a respeito da possibilidade de aplicação por analogia *in bonam* da Lei nº 11.340/2006 em favor de homens vítimas de violência Doméstica e Familiar, é nítido que esse tema vem ganhando espaço frente ao crescente número de vítimas do sexo masculino, o qual se passou analisar aspectos referentes à atuação estatal quando deparado com essas vítimas. Ainda referente a esse tipo de violência, elas vêm sendo tratadas pelo Direito Penal e **PRINCIPALMENTE POR ESSE RAMO DO DIREITO** de forma diferenciada, sendo medido o valor da vida dos cônjuges unicamente por um critério biológico, (o sexo da).

Daí surge o seguinte questionamento, “*a lei 11.340/2006 deve proteger dessas agressões e mortes somente as mulheres, ou os cônjuges em geral, independentes do sexo, cor, raça, gênero, etc*”? Diante do questionamento fundamentaremos o tema em debate priorizando A VIDA, o maior bem existente ao ser humano, não nos prendendo a qualquer particularidade ou conceito biológico, ideológico, filosófico, jurídico, ou religioso.

2. ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA

Violência Doméstica

A violência doméstica é aquela praticada dentro de casa, usualmente entre parentes, principalmente entre marido e mulher, embora possa ocorrer contra criança (filhos) ou idosos da família.

Violência Física

A violência física é aquela que faz uso da força, mediante socos, tapas, pontapés, empurrões, arremessos de objetos, queimaduras, visando o agressor, desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes.

Violência Psicológica

A violência psicológica é a agressão emocional percebida por comportamento típico de ameaça, rejeição ou discriminação da vítima.

Violência Sexual

A violência sexual é caracterizada pela conduta violenta que obriga a prática ou a participação ativa em relação sexual não desejada, além daquelas que provocam o constrangimento à vítima em presenciar, contra seu desejo, relação sexual entre terceiros.

Violência Patrimonial

A violência patrimonial consiste na apropriação dos proventos que a mulher obtém com seu trabalho ou controle abusivo de destinação de suas rendas.

Violência Moral

A violência moral refere-se à desmoralização da mulher vítima, imputando a ela conduta que configura calúnia, difamação ou injúria.

Violência Social

A violência social ocorre devido à utilização da força de um grupo social sobre outro. Discriminação, preconceito, desrespeito às diferenças, intolerância ou submissão de um grupo é entendido como violência social.

3. METODOLOGIA

A metodologia utilizada baseou-se na análise documental, constante nos Boletins de Ocorrência, e estatísticas coletadas em algumas delegacias de polícia da cidade de Manaus, tendo como principal o 6º DIP, localizada na Zona Norte da cidade. Complementando essa análise documental e registros policiais de homens vítimas de violência doméstica e familiar, se verificou ainda vários casos de violência doméstica e familiar não registrado (cifra negra).

Como método de pesquisa, utilizamos o Indutivo, onde partimos de casos específicos para só após podemos chegar à conclusão, que hoje realmente enfrentamos uma crescente no número de homens vítimas de violência doméstica e familiar, as quais os fatores podem ser vários, inclusive a proteção diferenciada entre cônjuges. Usou-se ainda o método dialético, pois foi de fundamental importância ouvir as histórias e os medos que muitos enfrentam ao cogitar a ideia de se defender quando vítimas de agressões por parte de suas companheiras e por conta disso serem confundidos como agressores, e dessa forma não terem a proteção do artigo 25 do Código Penal, quando vítimas do artigo 129 do mesmo diploma legal.

Artigo 25 do Código Penal Brasileiro:

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Artigo 129 do Código Penal Brasileiro:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

3.1. GRÁFICOS

4. DESENVOLVIMENTO

O Artigo em comento é um assunto bastante polêmico, porém seu estudo se faz necessário, pois não buscamos com o este trabalho uma disputa de opiniões, e sim uma possível solução para o crescente número de vítimas de violência doméstica e

familiar na constância ou não da relação conjugal, mas em decorrência dela, sem adentrar no mérito do sexo ou qualquer outra qualidade que não seja a condição humana.

Frente a tal realidade levantou-se o questionamento sobre: A possibilidade de aplicação analógica da lei 11.340/2006 a homens vítimas de violência doméstica e familiar, no intuito de coibir a violência de forma ampla entre cônjuges, sendo que até o momento a lei em apresso menciona somente mulheres, como se buscasse diferenciar entre a vida de um homem, e de uma mulher ou qualquer outra denominação que possamos ter, ao se tratar do ser humano.

Para Nucci¹⁸, a violência doméstica e familiar é a ação ou omissão baseada no gênero que cause à mulher a morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

O autor traz um posicionamento fazendo uma separação entre homem e mulher, baseado unicamente no sexo, dessa forma, respeitadamente discordamos do mesmo, pois a violência doméstica não se restringe somente a mulher, não causa morte baseada no sexo, e sim na pessoa propriamente dito, embora a Lei 11.340/2006 ainda seja usada unicamente para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, devemos pensar de uma forma mais ampla, A VIDA.

Antes de qualquer formulação de conceitos, devemos nos pautar ao conceito de violência, e verificar se tal conceito se posiciona unicamente a um sexo ou orientação sexual.

De acordo com a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Conflito de Jurisdição: CJ 0168702-76.2017.8.13.0000 MG EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - LEI MARIA DA PENHA- VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – SUJEITO PASSIVO - HOMEM - APLICABILIDADE DA LEI - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM OU DA VARA ESPECIALIZADA. “Para a configuração da violência doméstica, não importa do gênero do agressor ou do agredido, basta à existência de relação familiar ou de afetividade entre as pessoas envolvidas. Procedência do conflito”.

Como podemos observar os tribunais já estão tendo certa tendência em preservar a vida em suas decisões e não mais, atribuir a essa vida um valor isolado (sexo), e são por conta de decisões como essa, que não resta dúvida que tal trabalho está no caminho certo, *na erradicação da violência*, e em especial, a doméstica e familiar.

Segundo Dias¹⁷, o conceito de violência doméstica deve ser entendido como a conjugação dos artigos 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Ao analisarmos o texto acima não se percebe nenhuma superioridade em relação à vida de um homem ou de uma mulher, mas que todos são iguais, e é frente esse conceito amplo de igualdade, que buscamos a tal sonhada erradicação da violência familiar em especial.

Em contraposição aos argumentos da Constituição Federal trazemos o pensamento do autor Cunha e Pinto, o qual conceitua violência sexual, frente ao previsto no inciso III do art. 7º da Lei 11.340/2006, o qual deve ser entendido nos seguintes termos:

Entende por violência sexual qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, coação, ameaça ou uso da força, que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar de qualquer método contraceptivo ou que a force o matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Em respeito ao autor, trazemos seu posicionamento não para criarmos um debate sem nexo, e ao final não saber o propósito do mesmo, mas sim, para mostrar que vários autores renomados quando trazem o conceito de violência doméstica e familiar, atribui no polo passivo somente a mulher, como se o homem jamais pudesse ser vítima do mesmo crime, e sabe-se que tais conceitos, em grande parte, é um conceito arraigado em nossas mentes, frutos de nossos ancestrais, os quais tinham uma denominação machista de homem, onde esse SER jamais poderia ser abalado por qualquer motivo.

Hoje em pleno século XXI, vivemos em uma sociedade democrática de direitos, a qual se perde rapidamente, e retornamos a era de nossos ancestrais, quando

levantamos temas que confrontem direitos entre homens e mulheres, pois embora as mulheres lutem por direitos iguais, e isso é algo louvável e devemos ter em nossa sociedade essa igualdade, as mesmas esquecem o conceito de igualdade quando o assunto é igualar os homens aos direitos até então atribuído somente a elas, e é aí que regressamos a anos de vitórias, onde os direitos eram atribuídos a títulos e não as pessoas.

Segundo o entendimento de Valter Foletto Santin:

Como se vê, a pretexto de proteger a mulher, numa pseudopostura “politicamente correta”, a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento de homem e mulher, ao prever sanções a uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana, a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, a proteger especialmente a mulher, numa aparente formação da casta feminina.

O autor acima citado menciona a problemática em fazermos tal distinção entre os seres humanos, em especial a homens e mulheres, pois cada vez que partirmos da premissa que um ser é superior a outro, ou que um deve ter mais direitos que outros, caminhamos para antes de nossa Constituição Federal de 1988, “Constituição Cidadão”, a qual veio pautada em um princípio amplo “DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA”, e que quando duelamos para saber quem tem mais direitos, se homens ou mulheres, de certa forma, assumimos nossa posição contrária a essa igualdade e respeito.

Ainda seguindo o pensamento do autor acima citado, encontraremos adeptos de ambos aos lados desse debate, e alguns mencionarão a igualdade material, e dirão que as mulheres devem receber tratamento diferenciado em relação à violência doméstica e familiar, pois biologicamente a mulher é mais fraca. Confesso que concordo, com o termo biológico, e que se esse fosse o único argumento dessa proteção diferenciada, jamais levantaríamos tal questionamento, mas, e quando a vítima for uma MULHER TRANS? Quando buscamos resposta a esse questionamento, por parte dos defensores da linha biológica, pairamos em um silêncio, os quais na grande maioria das vezes atribuem essa celeuma aos Tribunais Superiores.

Ainda em relação a dualidades de ideias em relação à aplicação analógica da lei 11.340/2006 a homens vítimas de violência doméstica e familiar, surge atrelado ao debate, a constitucionalidade ou não da lei em comento.

Antecipadamente não encontro amparo legal para afirmar que a lei em comento seja inconstitucional, mas que seu campo de proteção poderia ser ampliado e amparar a relação familiar, e não somente uma parte dela, e mais uma vez, encontramos posicionamentos doutrinários diversos sobre o tema.

Segundo Cunha, temos duas posições doutrinárias:

A minoritária, a qual entende pela inconstitucionalidade da Lei em face do entendimento de que a exclusão do homem do âmbito de sua proteção importa em ofensa a direito fundamental, com negação, desse modo, da isonomia entre os sexos e, conseqüentemente, da isonomia processual;

A majoritária, que afirma a constitucionalidade da Lei em análise justamente para pôr em prática o princípio da isonomia, pois os direitos e garantias previstos na Constituição Federal não são absolutos, podendo, portanto, o texto legal proteger o direito "das minorias".

Como visto o assunto causa polêmica, e cabe a nós juristas, defender o posicionamento de sempre priorizar a vida, pois embora não exista direito absoluto, a vida é um direito supremo, pois sem ela, não poderemos exercer ou usufruir dos demais direitos.

Entre os que defendem a corrente minoritária citamos João Paulo de Aguiar Sampaio Souza e Tiago Abud da Fonseca, os quais mencionam que a referida lei, ao trazer tratamento diferenciado a homens e mulheres, o que não ocorre em nossa Constituição Federal de 1988, cria uma desigualdade na entidade familiar.

Em defesa da corrente majoritária, destacamos o autor Almeida Júnior, o qual menciona que a igualdade absoluta contraria a natureza das coisas e do ser humano, gerando desigualdade, e por conta disso, deve ser aplicada a igualdade relativa, na qual são observadas as diferenças humanas, do ponto de vista biológico, social, cultural, político e econômico. Legitimando as medidas previstas na Lei 11.340.2006, as quais dão tratamento diferenciado a homens e mulheres.

Seguindo a mesma linha doutrinária, Moraes, descreve sobre o princípio da igualdade:

A constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege é certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.

Fábio de Oliveira posiciona-se relatando que “a realização da isonomia pressupõe a discriminação, uma vez que o tratamento igual a todos indistintamente afronta à igualdade, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções”.

Como já mencionado, o tema em análise é um divisor de águas, diverge opiniões e debates acirrados no ordenamento jurídico, e isso é percebido frente a vários posicionamentos contrários uns dos outros durante toda a explanação do artigo científico.

5. CONCLUSÃO

Em análise a tudo que foi debatido durante todo o trabalho, ficou notório que devemos preservar a vida independente do sexo do portador, e que os direitos devem ser respeitados indistintamente, pois só assim caminharemos para um futuro tão desejado por todos, mas perseguido apenas por alguns, *IGUALDADE*. Quando partimos para o debate jurídico sente-se a dificuldade de entender qual igualdade devemos perseguir, pois as divergências de opiniões em relação a direitos são formadas por um conceito meramente biológico, e isso nos levará a regressos imensuráveis, sempre dividindo a sociedade.

Por conta dessa divergência é que buscamos a aplicação da lei 11.340/2006 criada para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, pois percebe uma

insegurança doutrinária nos conceitos sobre violência doméstica e familiar, o que nos leva a uma insegurança jurídica quando homens forem vítimas de tais crimes, e é pautado nessa insegurança que insistimos na aplicação da referida lei, no âmbito familiar e não somente a mulher vítima.

É notório e louvável que a referida lei tem uma importância imensurável na erradicação da violência doméstica e familiar, mas que com o passar dos tempos percebemos que muitas mulheres aproveitando-se da lei criada a seu favor para preveni-la de possíveis agressões oriundas principalmente dos cônjuges, vem escondendo-se nas sombras do campo protetor da mencionada norma, para cercearem de má fé o direito de ir e vim de seus companheiros utilizando-se das medidas protetivas, usando ainda, os rigores da lei para agredirem seus companheiros e em alguns casos até mesmo matá-los.

Por conta desses argumentos, é que defendemos a corrente minoritária, pois se percebe que a referida lei, embora tenha sido promissora em momentos passados, hoje, acaba sendo usada como mecanismo de vingança pessoal, e sabemos que o ordenamento jurídico não admite tal prática.

Então não restam dúvidas, que a melhor saída frente a tudo que foi dito, é “aplicação analógica da Lei 11.340/2006 aos homens vítimas de violência doméstica e familiar”. Criando a certeza de punição ao agressor de acordo com o princípio da proporcionalidade, independente do sexo do polo ativo ou passivo, caso contrário estaremos diante do direito penal do autor, onde o ser é julgado pelo que ele é e não pelo que praticou.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Penal. **Conflito de Jurisdição nº CJ 016872-76.2017.8.13.0000 MG.** Disponível em <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943089511/conflito-de-jurisdicao-cj-10000170168702000-mg>, Acesso em 25 de maio 2021.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Violência Doméstica e o Direito.** Consulex: Revista Jurídica, v. 11, n. 244, p. 56-59, 2007.

BRASIL. **Código Penal brasileiro.** Vade Mecum. 8ª ed. atual e ampl. São Paulo: Rideel, 2020.

BRASIL.. Lei 11.340 de sete de agosto de 2006: In: ANGHER, A. J. (org.) Vade Mecum Acadêmico de Direito. São Paulo, SP: Editora Saraiva 30ª ed., 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGHER, Anne Joyce (org.) Vade Mecum Acadêmico de Direito. São Paulo. SP: Editora Saraiva 30^a ed., 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, M. B. A Lei Maria da Penha na Justiça: **a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19^a ed., atual. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 3^a ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade.** 2^a ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2007.

O USO INDEVIDO DE IMAGEM NO INSTAGRAM E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS

RONALDO MUNIZ BORGES:

Graduando do Curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus.

INGO DIETER PIETZSCH

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como intuito de fazer uma análise sobre o uso indevido das imagens nas redes sociais e quais são suas repercussões jurídicas. Tendo como metodologia o levantamento bibliográfico por meio da investigação da literatura já existente sobre o tema. Atualmente, o aprimoramento contínuo dos métodos de comunicação e com o aumento compartilhamento nas redes sociais de imagem de pessoas para fins publicitários são os motivos da proliferação do uso das imagens por algumas delas e de muitos processos judiciais pelo uso ilegal. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 está trouxe uma grande novidade para os direitos básicos dos cidadãos, o chamado princípio da personalidade, emergiu com a única tarefa de proteger o direito a imagem do cidadão brasileiro, ocorre que com a chegada da rede social o uso indevido da imagem se tornou mais frequente, fazendo com que o judiciário tenha que resolver tais litígios. Do ponto de vista do crime virtual, o dano moral à imagem é o dano que afeta o sujeito como sujeito, e o dano depende principalmente dos direitos da personalidade, como honra, dignidade, intimidade, imagem e reputação.

Palavras-chaves: Uso indevido da Imagem; Direito de Personalidade; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This article aims to analyze the misuse of images on social networks and what are their legal repercussions. Having as methodology the bibliographic survey through the investigation of the already existing literature on the theme. Currently, the continuous improvement of communication methods and the increased sharing of people's image on social media for advertising purposes are the reasons for the proliferation of the use of images by some of them and of many legal processes for illegal use. With the promulgation of the Federal Constitution of 1988, a great novelty

³Professor e orientador do Curso de Direito na Universidade Luterano de Manaus (ULBRA)– Advogado.

for the basic rights of citizens was brought, the so-called personality principle, emerged with the only task of protecting the right to the image of the Brazilian citizen, it happens that with the arrival of the social network the misuse of the image has become more frequent, causing the judiciary. From the point of view of virtual crime, moral damage to the image is the damage that affects the subject as a subject, and the damage depends mainly on the rights of the personality, such as honor, dignity, intimacy, image and reputation.

Keywords: Misuse of the Image; Personality Right; Civil responsibility.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, de cunho quantitativo, visa apontar dentre tantas outras questões jurídicas, a responsabilidade civil de caráter indenizatória moral, visto a criação e divulgação de imagem não autorizada do indivíduo nas redes sociais – Instagram. É perceptível que o direito visa regular as relações da sociedade, assim este deve adequar-se as mudanças comportamentais dos seres humanos, levando-se em consideração a linguagem, cultura e tecnologia. Este último ponto tem sido um marco global em diversas áreas, pois com o advento da internet a comunicação tomou outras proporções, principalmente com o surgimento das redes sociais, que hoje desafia o campo do direito, ou seja, regular essa realidade virtual. Porém independente das circunstâncias cabe também ao Estado assegurar a integridade moral do povo, bem como preconiza a Lei Magna brasileira. Deste modo, as leis infraconstitucionais de forma gradual estão implementando-se neste contexto. Porquanto, a metodologia baseia-se na coleta de dados quantitativa, e enquete na rede social sobre pontos pertinentes a existência e aplicação da lei no ambiente em questão.

Todos os dias, a Internet se torna uma realidade. Portanto, devido à grande quantidade de tecnologia, a possibilidade de crime é alta. Nesse caso, devido à importância do respeito à honra e à imagem estipulado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, o objetivo desta pesquisa é estudar os direitos da imagem na perspectiva das mídias virtuais. Proteja os cidadãos do abuso da mídia, forneça o direito de resposta, proteja a privacidade, a honra e a imagem das pessoas e estipule o direito de indenizar por danos materiais ou espirituais causados por sua violação (BRASIL, 2011).

Com o intuito de demonstrar que o Estado se preocupa com a integridade do povo, em especial a moral no campo virtual. Resta elucidar se o cidadão sabe que ele

é amparado juridicamente a respeito de lesões morais desta natureza? E como deve proceder ao se deparar em situações em comento? O que denigre sabe das consequências jurídicas de seu feito? Logo o presente trabalho visa apontar que a leis estão adequando-se a nova realidade da sociedade, e este busca alertar a importância da disseminação desta informação, a fim de coibir e solucionar problemas oriundos do uso indevido da imagem de pessoas no Instagram.

O presente está dividido em 3 (três) tópicos. O primeiro tópico tem como papel abordar o direito de personalidade, trazendo seu conceito e fundamento jurídico, como também demonstrar que tal direito anda lado a lado com a dignidade da pessoa humana, trazendo as características da personalidade e natureza jurídica.

Já no segundo tópico trataremos sobre o direito de imagem, o direito de imagem está diretamente ligado a um direito Constitucional, visto que trata-se de um direito de honra, onde jamais pode ser violado.

Por fim, o último tópico alude sobre o uso indevido de imagem no Instagram e a responsabilidade civil, ou seja, com o aumento constante no compartilhamento de imagem nas redes sociais, tem sido comum alguns crimes nesse meio, sendo ele o uso indevido, portanto, faz-se necessário trazer o tema e conhecer quais são as responsabilidades jurídicas em tais delitos.

2. DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Antes de adentrarmos ao mérito, precisamos mencionar um princípio que é muito importante para a garantia dos direitos constitucionais. Nas últimas décadas, o direito sempre se orientou para o pleno uso dos valores humanos. Em outras palavras, os direitos relacionados à proteção da personalidade são vitais para sua dignidade. Portanto, a dignidade humana é intangível. É responsabilidade de todas as instituições públicas respeitá-la e protegê-la.

2.1. Da dignidade da pessoa humana

O caminho inicial para conhecer os direitos da personalidade é o direito público. No entanto, com o desenvolvimento do capitalismo industrial e com o desenvolvimento da tecnologia, as visões também mudaram. Os direitos da personalidade passam a fazer parte da esfera privada, protegendo os indivíduos e sua dignidade da ganância e do poder dos mais fortes. No entanto, no que diz respeito aos domínios público e privado, o direito da personalidade pertence tanto à

propriedade privada como à propriedade pública (FIÚZA, 2016 apud Coelho, 2018, p. 12).

Na esfera privada, fale sobre os direitos da personalidade. No domínio público, em termos de direitos humanos ou direitos fundamentais. De acordo com Silva (2011, p. 69), esses direitos têm como objetivo:

As características físicas e morais do ser humano e os prestígios sociais, incluindo valores inatos como vida, integridade física e mental, liberdade e honra, são protegidos pela Constituição Federal em seu art. 5º, e ampliada a lista desses direitos no parágrafo 2º deste artigo.

Isso significa que o conceito de dignidade humana possui um conjunto de valores, que não se limita à defesa dos direitos humanos individuais, mas abrange também uma série de direitos, liberdades e garantias em sua essência. Os interesses envolvem os direitos da vida humana, sejam estes direitos pessoais, sociais ou políticos. Cultura ou direitos econômicos.

2.2. Caracterização dos direitos da personalidade

Segundo Amarante (2015) acredita que todos os direitos que visam a satisfação da personalidade podem ser chamados de direitos da personalidade. No entanto, na linguagem jurídica atual, o nome está reservado aos direitos subjetivos, que têm uma função especial na personalidade e constituem o conteúdo mínimo e indispensável para o seu conteúdo.

No que tange à fundamentação dos direitos da personalidade, é importante destacar que a forma como o conceito de direitos da personalidade surgiu permite muitas diferenças conceituais. É importante notar também que o "Código Civil" não conceitua direitos de personalidade, mas apenas concebe direitos de personalidade.

Segundo Bittar (2016, p.1) determina no que tange aos direitos da personalidade como sendo:

Os direitos humanos que estão previstos no ordenamento jurídico e reconhecidos por ele e suas predições na sociedade são justamente para defender os valores inerentes à

humanidade, como a vida, a saúde física, a intimidade, a honra, o conhecimento, etc.

Segundo Amaral (2016), "o direito da personalidade é um direito subjetivo, em termos de corpo, moralidade e inteligência, tem como objetos qualidades e valores humanos básicos". É a capacidade de uma pessoa de exercer direitos e obrigações contratuais reconhecidas por ordem legal. Portanto, é objeto de tutela jurídica principal e argumente que a inviolabilidade do ser humano em todos os seus atributos.

Desta forma, os direitos da personalidade são aqueles que tentam defender o valor intrínseco das pessoas, e são reconhecidos pelas pessoas em sua natureza intrínseca e em suas previsões da sociedade. Este é um campo muito amplo, envolvendo direitos físicos relacionados à integridade da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade, o direito ao corpo, à imagem e à voz; os direitos morais relacionados aos componentes internos e adequados de a personalidade, como o direito à liberdade, direito à intimidade, integridade moral e sigilo; além dos direitos morais, também se refere aos atributos de valor das pessoas na sociedade, como o direito à identidade, o direito à honra, o direito a ser respeitado, e o direito de criar conhecimento (D' AZEVEDO, 2016).

Em outras palavras, os direitos da personalidade são direitos universais, uma vez que são simples permissões concedidas a todos por leis e regulamentos, e podem proteger as mercadorias usufruídas pela natureza de forma primitiva e direta, ou seja, o direito à moralidade e à integridade pessoal, psicológica e da inteligência.

Segundo a autora Diniz (2019), os direitos da personalidade são intrínsecos, visto que comparados aos direitos de imagem, ninguém pode se recusar a imprimir suas fotos em documentos de identificação. Depois de pagar a remuneração acordada, as celebridades podem jogar sua imagem em produtos promocionais. Não há nada que impeça alguém de fornecer órgãos ou tecidos gratuitamente em relação à participação do corpo na terapia altruísta e na fisioterapia. Desta forma, os direitos de personalidade podem ser objeto de um contrato, como uma franquia ou licença para usar imagens ou marcas (se for uma pessoa jurídica); edição para promover a obra ao público; comercialização para inserir a criação de conhecimento em produtos e comercializar eles.

É importante lembrar que os direitos da personalidade até agora contidos são os indivíduos, que se materializam no campo da autonomia pessoal da liberdade e nos fundamentos do poder estatal, sendo necessários para evitar ao máximo as

interferências na vida social. Juntamente com os direitos políticos, esses direitos individuais são chamados de direitos básicos da primeira geração na doutrina.

Desta forma, os direitos da personalidade de acordo com a Constituição Federal estão diretamente ligados à defesa da pessoa humana, examinados essenciais à sua dignidade e integridade, descritos no art. 1º, III, da CF.

2.3. Da natureza jurídica dos direitos de personalidade

Examinou-se que essa doutrina tem várias contribuições para os direitos da personalidade e, em elevada medida, é segura ao dar maior relevância para esses direitos para garantir os valores básicos dos indivíduos. No que diz respeito à natureza jurídica dos direitos da personalidade, e mesmo direitos gerais da personalidade, consideramo-los como direitos congênitos, que existem em ordem e até mesmo inerentes à psique humana.

De acordo Godoy (2017), “a natureza jurídica dos direitos da personalidade é subjetiva, pois os direitos da personalidade são pessoais, intransferíveis, indisponíveis e nasceram com pessoas sem avaliação financeira, por isso são eliminados”.

Segundo Amarante (2015), são inúmeros as visões de doutrinadores sobre a natureza jurídica e o objeto dos direitos de caráter. Para o autor, o modernismo é baseado em conceitos múltiplos, e seus objetos são as previsões financeiras e morais das pessoas, que constituem os chamados concretos direitos próprios.

Portanto, o objeto do direito da personalidade é o interesse jurídico da própria personalidade, a unidade, dinâmica e evolução das mercadorias e valores básicos do corpo humano, moralidade e inteligência e, fundamentalmente falando, é a proteção da dignidade da pessoa exercício do direito à personalidade: é o resultado de uma maior proteção do direito à vida. Por conseguinte, são indispensáveis para a saúde e o pleno desenvolvimento das virtudes psicológicas da decoração das pessoas (JABUR, 2020).

Em concordância com Bittar (2016) alude que os direitos da personalidade têm características apropriadas e podem proteger efetivamente os seres humanos porque tem a mais alta propriedade humana como objeto. Já o Código Civil em seu art. 11 determina que: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade

são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002).

Contudo, os direitos da personalidade mostram, como também as descritas no Código Civil, outras características. Segundo Fiúza por suas características, os direitos da personalidade são:

- a) Os genéricos concedidos a todos.
- b) Os ativos extrapatrimoniais não têm natureza de sucessão econômica.
- c) Absolutos, porque toda a comunidade precisa deles (respeito).
- d) Intransferível ou indisponível porque não pode ser transferido para terceiros. No entanto, alguns direitos podem ser obtidos por meio de contrato de concessão, licença ou doação, como direitos autorais, direitos de imagem, corpo, órgão e outros direitos.
- e) Imprescritíveis, pois não há limite de tempo. Proteja seu comportamento do limite de tempo.
- f) Intransferível, porque embora retenha muitos benefícios de personalidade mesmo após a morte, não os transferiu por meios genéticos.
- g) Necessário, porque todos devem aprovar a lei para detê-los à força.
- h) É essencial porque são inerentes ao ser humano.
- i) Excelência, porque prevalece sobre todos os outros direitos subjetivos (FIÚZA, 2016, p. 136-137),

Portanto, é compreensível que os direitos da personalidade tenham características especiais, pois esses direitos se destinam a proteger efetivamente todos os atributos humanos, além de proteger e garantir a dignidade humana como valor básico.

3. DIREITO CONSTITUCIONAL DE IMAGEM

Preliminarmente, para o trabalho atual, é muito importante entender o conceito de imagem por trás dos direitos de imagem. Segundo Walter Moraes (2016), “toda expressão formal e sensível da personalidade é uma imagem da lei. Portanto, o conceito de imagem não se limita à performance visual humana (...)”.

Portanto, ao conceituar imagens, devemos não apenas considerar os aspectos físicos das manifestações externas das pessoas, mas também devemos considerar algumas das doutrinas, reputação e expressões únicas. De acordo com esse entendimento, a teoria distingue dois conceitos de imagem: o retrato da imagem e os atributos da imagem humana.

No entanto, as imagens também podem ser caracterizadas como a forma como as pessoas percebem os indivíduos. Em muitos casos, um indivíduo se apresenta às pessoas de uma certa maneira e passa a ser reconhecido pelas pessoas dessa forma, por exemplo, a forma como se engaja na vida profissional, seja ele organizado ou desorganizado, seja extrovertido, etc. . Nessas circunstâncias, as pessoas se deparam com atributos de imagem, pois está relacionada à forma como as pessoas veem essa pessoa e de que prestígio ela desfruta na sociedade.

Com a implantação da CF/1988, a proteção da imagem alcançou grande evolução. A preocupação em proteger a imagem de forma expressa e efetiva, diferenciando a imagem da intimidade, honra e vida privada. Sendo assim, o direito à imagem está previsto expressamente em três dispositivos constitucionais. Os incisos V, X. XXVIII, "a", do artigo 5º, transcritos 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:
(...) 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 à indenização.

(...)

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 2011).

Veja-se a grande relevância conferida à imagem pela Carta Magna de 1988. Outro dispositivo da Constituição é o artigo 1º, III, concordado com o § 2º do art. 5º, tem protegido o direito à imagem, brasileiros e estrangeiros, residentes ou não no Brasil.

A natureza jurídica dos direitos de imagem sempre foi objeto de intenso debate. Por um lado, a maioria dos extremistas nega a existência de direitos sobre a própria imagem. Outros defenderam a existência de direitos relacionados aos direitos de imagem, mas esse direito está relacionado a outros direitos. Em seguida, consolidou o

posicionamento teórico de que o direito à imagem é na verdade um direito autônomo da personalidade, assim como o direito à vida, à intimidade e à privacidade (FERREIRA, 2018, p. 461).

No que tange a opinião de Silva (2017, p. 209) determina que a “inviolabilidade da imagem como sendo a tutela do aspecto físico”. O direito à própria imagem é um direito humano básico, que possui certas características. No âmbito dos direitos da personalidade, devido ao extraordinário progresso da comunicação e à importância das imagens no contexto da publicidade, os direitos da imagem já ocupam um lugar relevante.

Em concordando com Stoco (2017, p. 839) argumenta que a “imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana; é a emanção da própria pessoa; é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam”.

Segundo Diniz (2015), o direito de usufruir da imagem é não ver seu retrato em público ou comercializado sem seu consentimento, e não mudar seu caráter de caráter ou conhecimento, prejudicando assim sua reputação. Declara Bittar (2016), os direitos de imagem têm todas as características comuns aos direitos de personalidade. Porém, em comparação com outros aspectos, em termos de usabilidade, devido à dedicação em usar retratos na publicidade, é de grande relevância em termos de usabilidade.

O direito de imagem consiste no "link que combina a expressão externa da pessoa como um todo e partes incompletas (como olhos, rosto, pernas, boca, etc.); este é o direito de afetar a forma corporal da pessoa" (AMARANTE, 2015, p. 82).

A conclusão é que direitos de imagem têm dois significados para o direito. Imagem de retrato (dando a uma pessoa física o direito exclusivo de autorizar e negar a captura, reprodução e publicação da forma e expressão sensível de seu personagem), o retrato inclui todas as formas e expressões sensíveis do caráter humano, incluindo som, partes do corpo (como desde que suficiente Identificar identidade pessoal), gestos, expressão dinâmica de personalidade e DNA; atributos de imagem (proteger as pessoas de erros, erros e informações incompletas que irão alterar e distorcer personalidades socialmente nutridas), confirmando assim que as pessoas estão em sociedade que são características positivas ou negativas que são efetivamente cultivadas.

3.1. Tutela jurídica do direito à imagem

A proteção jurídica das imagens é fundamental, porque pode proteger as pessoas e, pelo valor económico que representa, pode proteger a sua personalidade e componentes importantes de cada património. Portanto, pode-se dizer que “direitos de imagem são, na verdade, a proteção legal concedida a alguém por meio de fotos, desenhos ou desenhos”. (RSTON, 2016, p. 93). Em outras palavras, qualquer representação que permita aos indivíduos lembrar claramente suas imagens constituintes é protegida por lei.

Na legislação brasileira (CF/1988), a autonomia total dos direitos de imagem foi consagrada como bem necessário e objeto autônomo de proteção legal. Ou seja, os legisladores originais perceberam a importância dos direitos de imagem e lhes deram proteção jurídica, independentemente de violarem outro direito de personalidade. Sendo assim, o direito à imagem, sob a perspectiva ou forma de direito autoral, é protegido no referido inciso XXVIII, “a”, do mesmo art. 5º da Carta Magna, desde que ligada a imagem à criação intelectual de obra fotográfica, cinematográfica, publicitária, etc.

Portanto, no que diz respeito à proteção dos direitos de imagem, constatamos que os legisladores constitucionais estipularam claramente os meios adequados para defendê-los. Deve-se destacar também que, dada a importância dos direitos da personalidade e do status privilegiado desde a “Lei Principal”, este conceito evoluiu para o fato de seus crimes constituírem um elemento característico de dano patrimonial mental e hereditário que deve ser indenizado com idade. Iniciação de responsabilidade civil e criminal; liminar; habeas corpus; habeas corpus, etc.

No Brasil, diante da redefinição do conceito de respeito à dignidade humana, foi possível estabelecer o dogma do direito da personalidade nas últimas duas décadas do século XX. As “Leis Principais” de 1988, especialmente nas artes. O primeiro e o terceiro do diploma.

Portanto, no art. No art. 5º, inciso X da Constituição, estabelece-se um meio de assegurar a sua proteção, a saber, o direito de resposta, na proporção do recurso e do direito à indenização por danos materiais, morais ou de imagem. Ainda relacionado a essa proteção, o princípio da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da reputação e da imagem das pessoas garante o direito à indenização por danos materiais ou morais causados por violações de direitos humanos.

Na proteção dos direitos do retrato, atenção especial deve ser dada ao direito do retrato dessa pessoa, ou seja, o Código Civil Brasileiro. 20. O uso fornecido, o uso de imagens, texto, etc., deve ser proibido, exceto em circunstâncias legais. Também fornece compensação adequada com base no tipo e gravidade da violação. O parágrafo único do regulamento estipula que o direito à proteção da imagem da vítima pode ser transferido aos ancestrais, descendentes e cônjuges.

Atenção deve ser dada a essa proteção do direito de imagem e estendê-la ao direito autoral, como se depreende da leitura dos artigos 29, VIII, a e b, 46, VI, e 68 a 76 da Lei nº 9.610/98. Os tribunais raramente exigem a resolução de conflitos entre princípios constitucionais, incluindo o direito de saber e o direito à imagem. Na verdade, é uma ação comum contra o dano moral causado por notícias insultuosas, ofensivas ou difamatórias e o dano à empresa jornalística (imprensa, oral ou televisiva). No caso dessas empresas, invocam sistematicamente a liberdade de informação dos meios de comunicação, direito garantido pelo art. 5º, art. IX, e pelo art. 220, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Além disso, eles insistem que nenhuma lei pode impor censura ou barreiras à informação gratuita de notícias.

A Constituição garante igualmente os direitos de imagem, outros direitos muito pessoais, direitos relativos à liberdade de informação e direitos de livre expressão das atividades intelectuais. Nesse ponto, deve-se destacar que a jurisprudência tenta se posicionar como a necessidade de analisar o direito de saber e a proteção do direito à imagem, sendo impossível analisar os dispositivos constitucionais da Constituição. O posicionamento do nosso tribunal é o de buscar coordenar os conflitos entre princípios constitucionais, pois um princípio limita o outro, e nenhum deles é absoluto.

Se o direito de personalidade for violado, como o uso indevido da foto da vítima, ainda sangrando e em caso de acidente de carro, a indenização por perdas e danos pode ser exigida sem afetar outras sanções previstas em norma conforme art. 12 do Código Civil/2002.

Desta forma, a vítima não precisa esperar até que ocorra o dano para agir judicialmente e buscar a reparação, pois tal dano pode ser realizado antecipadamente, e ele demonstrou seu direito à indenização por danos ao juiz. Está prestes a acontecer, então não pode ser feito com cautela.

Com a era da tecnologia muitas mídias sociais surgiram para facilitar a troca de informações entre pessoas, as mídias sociais serviram tão somente para conectar pessoas de todo o mundo, mas também trazendo muito benefícios, contudo, apesar

dessas facilidades, os malefícios das mídias sociais são exorbitantes, visto que a exposição exagerada das pessoas acaba para abrir margem para certos crimes virtuais, com isso houve a necessidade do Estado em garantir proteção as pessoas do mundo virtual.

4. O USO INDEVIDO DE IMAGEM NO INSTAGRAM E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de entendermos o propósito deste trabalho, precisamos entender o que é a mídia social. Mídia é um termo derivado do latim "mídia", que significa "meio". As pessoas devem considerar que o termo mídia está sempre associado aos meios de comunicação de massa (entretenimento, publicidade, propaganda, televisão, rádio, internet, jornais, etc.). Além da televisão, do rádio, da Internet etc., a mídia também existe em "corredores de bate-papo, cartas manuscritas, mídia impressa e até mesmo em ambientes escolares usando anexos como quadros-negros". De acordo com Apostólico (2016, p. 45/46).

A mídia ou os meios de comunicação de massa tiveram um impacto enorme e óbvio na distribuição e transmissão de informações, imagens, vídeos, etc., o que é de grande importância na sociedade atual. A situação e os danos causados pela mídia nunca foram discutidos dessa forma. Como vimos o termo "mídia", abrange várias formas de comunicação, entre as quais os métodos mais tradicionais incluem a imprensa (jornais, portais, revistas, periódicos, etc.), publicidade, publicidade, rádio, televisão, teatros e cinemas. Na Internet, destacam-se os chamados meios eletrônicos de comunicação social, que também apresentam diversas formas de apresentação ou diferentes tipos de informação.

Segundo White (2012, p. 55), são sete as principais espécies de mídia social, a saber: a) Conexões Sociais – mídias que visam ao vínculo com o mundo, seja mantendo relações ou criando novas relações, entre pessoas. Podemos citar o Facebook, Twitter, MySpace.

Agrega-se que com o desenvolvimento da tecnologia e da criatividade no campo da tecnologia da informação, novos métodos de comunicação eletrônica surgem a cada dia e se integram ao cotidiano das pessoas que utilizam as mídias sociais eletrônicas.

4.1. Limites do direito à imagem

As imagens divulgadas na mídia virtual são mostradas por apenas alguns segundos, o que é muito diferente do que acontece na captura da cena e sua publicação na mídia impressa. Na era da tecnologia, a abordagem jurídica de matérias que envolvem a Internet e o ciberespaço tornou-se um desafio, pois os avanços tecnológicos levaram à flexibilidade e variabilidade de alguns conceitos jurídicos (como liberdade, espaço territorial, tempo, etc.) que se precipitaram até aqui. Os direitos de imagem são adequados para esta situação porque levanta uma situação controversa a respeito da influência da Internet sobre os direitos e as relações sociais jurídicas em um ambiente sem supervisão estatal.

É preciso ressaltar que as imagens devem estar sempre vinculadas às notícias, e a mídia não pode utilizá-las para fins de fofoca, pois o vínculo entre a notícia e a publicação de imagens é muito estreito, por isso será punido por publicação indevida.

Nesse caso, em relação às pessoas comuns, outra restrição aos direitos de imagem é aquela que captura e divulga suas imagens em locais públicos sem consentimento prévio. Se a pessoa retratada não for o foco da notícia ou do retrato, e a imagem for inserida apenas de forma auxiliar, a imagem não será danificada, também deve ser estabelecida uma conexão entre a imagem e a notícia.

De facto, os direitos de imagem ficam efetivamente restringidos em duas situações, nomeadamente: a) quando necessário para a administração judicial, ou b) quando necessário para manter a justiça. Ordem pública. Em ambos os casos, desde que o dono da imagem seja divulgado, o dono da imagem não será prejudicado pelos seus direitos, pelo que não tem direito a qualquer indenização pelo título. Nos dois casos anteriores, para a manutenção da ordem judicial e pública, o direito à imagem é restringido, devendo a aplicação dos interesses pessoais ceder à "regra principal" do interesse geral e do interesse coletivo.

O uso ilegal e não autorizado de imagens de outras pessoas é limitado a alguns casos, limitado às suas necessidades e interrompido imediatamente após o término dos motivos para permitir o uso de tais imagens. "Em suma, descomprimir imagens tem um duplo efeito: por um lado, libera a imagem para o público; por outro, quando a restrição deixa de intervir, restaura o dono da imagem ou o controle do dono da imagem. Herdeiro " (DUVAL, 2016, p. 146).

4.2. Determinação penal de delitos virtuais relacionados a imagem

De acordo com o Código Penal, introduziu os seguintes arts. 154-A e 154-B. no Art. 154:

A estabelecendo que, invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Assim sendo a pena é detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa (BRASIL, 1940).

Quem produzir, fornecer, distribuir, vender ou difundir equipamentos ou programas de computador estará sujeito a multas consideráveis para permitir a execução dos atos previstos nas referidas leis. Se a invasão causar prejuízos econômicos, a pena aumenta de um sexto para um terço. Se a invasão resultar na obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações confidenciais conforme definidas pela lei, ou controle remoto não autorizado do dispositivo invasor, será punível com 6 (seis) meses a 2 (dois meses e prisão e multa (se o comportamento não constituir crime mais grave).

Vale mencionar que a Lei 12737/2012 que aborda acerca da tipificação penal de delitos virtuais, alterando assim o Código Penal quanto a matéria. Preleciona no artigo 154 A, do Código Penal, alterado pela mencionada Lei, estabelece a previsão de pena de três meses a um ano, e multa nos casos de invasão de dispositivo informático (incluindo tablets, notebooks, entre outros) alheio, conectado ou não à Internet, mediante a violação indevida de mecanismo de segurança com o objetivo de obter, alterar, ou inviabilizar dados ou informações sem autorização expressa do titular do dispositivo tecnológico (OLIVEIRA, 2021).

De acordo com a Lei nº 12.737/2012, embora ajustadas de acordo com os procedimentos do Juizado Especial Cível, as penas para os crimes constantes de seus artigos são bastante leves, por isso é importante considerar que, se somarmos os tipos de crimes contra equipamentos de informática, será inútil. A polícia não está preparada para investigar e instruir adequadamente a investigação de tais crimes (VIANA, 2013).

Portanto, a Lei nº 12.735 de 30 de novembro de 2012 dispõe que o órgão de polícia judiciária organizará departamentos e equipes especializadas no combate aos

crimes em redes de computadores, equipamentos de comunicação ou sistemas de informática, de acordo com o disposto na regulamentação. A Lei nº 12737/2012 não resolve definitivamente o problema do crime digital, mas tem dado importante contribuição para a regulamentação e punição dos crimes de uso indevido de imagens e indenização pelos danos causados.

4.3. Reparação civil pelo uso indevido da imagem no âmbito virtual

Neste tópico iremos tratar a caracterização do dano para a responsabilização civil no âmbito do direito à imagem, surge a obrigação de indenizar.

Com a expansão da Internet móvel e dos aplicativos que enviam texto e imagens pelo celular, o desafio de proteger as pessoas na Internet tornou-se maior, principalmente considerando a complexidade das imagens que cercam o ciberespaço. A característica do ciberespaço é o conceito emergente de pós-modernidade, que se propõe a partir da perspectiva do impacto das novas tecnologias e redes na sociedade (LÉVY, 2007).

Direcionado ao uso indevido de imagem elenca-se também práticas de intimidação e de agressão a terceiros na internet, como o cyberbullying e a chamada pornografia de vingança. Sob esse conceito, enfrentando atualmente a situação de expansão da "World Wide Web" pela Internet, os responsáveis pela aplicação da lei devem estar atentos ao desenvolvimento da tecnologia para evitar tomar decisões totalmente irracionais, como "determinar o bloqueio de todos à Internet". Para proteger a imagem do indivíduo " (TARTUCE, 2017, p. 54).

De acordo com a reparação por danos morais por uso indevido da imagem, a Súmula 403 do STJ, alude que "independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais". Sendo assim:

"[...] o direito à publicidade tem um duplo conteúdo: a moralidade, como direito da personalidade, e o sistema hereditário, porque parte do princípio de que é ilegal uma pessoa circular às custas dos outros. Não há como negar a indenização ao autor, pois no caso de usufruir do direito de imagem, a obrigação de indenização se dá pelo abuso desse direito, não havendo necessidade de se considerar a evidência de parcialidade (TEIXEIRA, 2011, p. 05)..

Desta forma, o dano é o uso indevido de imagens com fins lucrativos, portanto, não há necessidade de investigar as consequências do uso de imagens, independentemente de ser ofensivo ou não. Para Bittar (2015) destacou que “a responsabilidade civil pela indenização se baseia em um ato de dano, o que significa uma violação da obrigação de conduta, o que leva à responsabilidade como indenização pelo crime cometido”.

Portanto, quando o ato viola a obrigação legal, implicará inevitavelmente em dano aos direitos de outrem, resultando em responsabilidade civil por dano mental. Quando qualquer uma dessas mercadorias ideais for alcançada, a caracterização de dano mental puro ocorrerá, e quando a perda material, dano misto ocorrerá.

Nesse sentido, cabe aqui elencar o seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. UTILIZAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE IMAGEM (FOTOGRAFIA) EM REDE SOCIAL COM O INTUITO DE PROPAGANDA COMERCIAL. DANOS MORAIS E MATERIAIS: OCORRÊNCIA NA ESPÉCIE. - A imagem da pessoa constitui direito personalíssimo, e a sua veiculação, como regra, depende da autorização do titular. Inteligência do art. 5º, incs. V e X da CF; art. 20 do CCB e Súmula 403 do STJ. Uso indevido de imagem da parte autora com fins comerciais. Danos moral e material ocorrentes na espécie - Caso em que a ré se valeu de fotografias da autora para divulgar, na Internet, via rede social (Instagram), produtos que comercializava.- O fato de a autora veicular as suas fotografias em modo público e com a ?marcação? da hashtag de roupas que comercializava não autorizava à ré de se valer das mesmas imagens sem prévia autorização.- Circunstância específica de a demandante se tratar de manequim/modelo com registro profissional - A indenização pelo dano moral não deve ser em valor ínfimo, nem tão elevado que torne desinteressante a própria inexistência da ofensa. Não ocorrência de situação vexatória. O ajuizamento de várias demandas contra partes distintas, mas com base na mesma situação de fato, determina moderação no arbitramento do montante compensatório, evitando-se o ganho injustificado. Valor fixado na sentença, R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Danos materiais estabelecidos com base em Tabela de Cachês para profissionais da área de manequins e modelos atuantes no Estado do RS, local da residência e da sede

da autora e da ré, respectivamente. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RENDIMENTOS INCOMPATÍVEIS COM O BENEFÍCIO.- A presunção da declaração de pobreza é relativa, cedendo à verificação de possibilidade de a parte arcar com os custos do processo sem prejuízo do próprio sustento - Caso em que a referência socioeconômica da autora, desde as suas condições pessoais e atividades profissionais, indica situação incompatível com a alegada hipossuficiência econômica. Benefício revogado. DERAM PROVIMENTO EM PARTE A AMBAS AS APELAÇÕES. UNÂNIME.

(TJ-RS - AC: 70082859612 RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 05/03/2020, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: 16/09/2020)

Na apelação citada foi determinada a indenização a título de dano material, que entende que a divulgação de imagem com fins econômicos, sem autorização do interessado acarretou dano moral. A indenização por danos morais assume grande relevância, pois os direitos da personalidade formam toda a base dos danos morais, sendo fixado de acordo com o cachê da cidade onde ocorreu o fato.

Na 125ª edição da "Tese" mencionou a responsabilidade civil por danos morais. O Supremo Tribunal Federal entende que o método das duas etapas deve ser considerado na determinação do valor da indenização a ser utilizado como indenização por danos mentais, método que combina os critérios de avaliação da situação do caso e os interesses jurídicos do dano, minimizando a arbitrariedade final. O juiz considerou que o pedido baseado apenas em normas subjetivas não inclui os danos finais (STJ, 2019).

Portanto, a violação do direito da personalidade que cause danos a uma pessoa fará com que o agente incorra em responsabilidade civil extracontratual pelo ato ilícito. O direito subjetivo ao direito à indenização é explicado de acordo com as disposições constitucionais, pois a responsabilidade pela violação do direito à personalidade não se limita à esfera civil. (GONÇALVES, 2017).

Para Gonçalves (2017), pode-se dizer que além da vítima, quando a vítima sofre um ônus, ela também pode exigir indenização por danos, inclusive seus herdeiros, cônjuges ou companheiros, e familiares a ela ligados. Se não for a assunção de responsabilidade independente presumida culpada ou inocência, então prova emocionalmente a ele sua causalidade, dano e culpa.

No mundo virtual, a legalidade do uso de imagens de outras pessoas não se limita ao simples consentimento ou autorização. O direito moderno considera-o uma espécie de gentileza, tendo em vista a necessidade de uma disciplina detalhada sobre os direitos e obrigações das partes contratantes, especialmente no mundo da arte, seu método de disposição é considerado um contrato expresso. A imagem é um direito que constitui uma personalidade jurídica, e tem um significado hereditário, principalmente com o desenvolvimento da Internet, este é um fenômeno global, como:

[...] no mundo de fato, atos ilícitos que infringem o campo da imagem podem causar danos materiais reconhecidos a todas as evidências, bem como danos mentais, pois a simples exposição pública podem causar danos à alma (a personificação causa dor), desde 1988. Desde a Carta, em nosso ordenamento jurídico, o sofrimento tornou-se, sem dúvida, um direito subjetivo protegido por lei (TEIXEIRA, 2011, p. 05).

Sendo a imagem uma expressão formal e sensível da personalidade, ela é objeto de um direito subjetivo privado, uma espécie de direito da personalidade, que dá ao seu titular o direito de falar sobre si mesmo. Vale a pena plagiar a fala do ministro Rui Rosado de Aguiar: "Meu personagem é totalmente meu. Só eu posso usá-lo, aproveitá-lo e possuí-lo, e impedir que alguém o use." (AGUIAR, 2019, p. 13).

No que diz respeito à indenização, às respostas pessoais e sociais aos atos ou omissões, à possibilidade de superação física ou psicológica e a extensão e duração das consequências do crime, se o pedido for procedente, o juiz determinará o pagamento da indenização por cada delito. Ao determinar o valor da indenização, o juiz também levará em consideração as condições sociais, políticas e econômicas das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu o crime ou dano mental, o grau de sofrimento ou humilhação sofrido e o grau de intenção ou intenção. Culpado, a presença de abstinência espontânea, esforços eficazes para minimizar o crime ou danos e perdão tácito ou implícito (FREITAS, 2016).

Objetivando proteger a imagem, a conclusão do sistema jurídico é que o próprio abuso de imagens na Internet cria o direito à indenização por danos mentais. Conforme já explicado no art. CF / 1988, Art. 5º, inciso X, será assegurada a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da personalidade, e o direito à indenização pelos prejuízos materiais ou morais causados pela violação dos direitos humanos.

Na vida de hoje, como as pessoas podem usar amplamente as mídias digitais e as redes sociais, e podem facilmente transferir e copiar fotos, qualquer cidadão pode obter imagens de outras pessoas e usá-las indevidamente. Não que possa ser utilizado porque pode ser encontrado no mundo virtual, ou seja, neste caso, há uma regra geral de que a imagem é inviolável, sem autorização a imagem ela não pode ser copiada, enviada ou e nem salva. Aqueles que dão permissão a este respeito.

Se alguém usar indevidamente a imagem de outra pessoa, arcará com os danos causados pela ordem material ou moral. Não importa se ele sabe que o comportamento é ilegal ou não, porque ninguém pode alegar desconhecimento da lei. Outra situação é copiar imagens de pessoas das redes sociais, fazer montagens nas fotos com o objetivo de causar humilhação e difamação e depois espalhar essas imagens para outras pessoas. Por exemplo, os alunos usam a foto do professor para concluir esta operação e distribuí-la aos colegas. Quem compartilhar, curtir ou mesmo comentar fotos depreciativas é obrigado a indenizar os danos causados por suas ações.

Deve-se enfatizar que se deve ser cauteloso e respeitoso ao usar imagens! Em caso de dúvida, deve pedir permissão por escrito tanto quanto possível, informando o motivo, a finalidade, a forma e o tempo de uso e se você é pago por isso. Se ainda houver dúvidas, o respeito deve prevalecer, para que a imagem seja inviolável e não possa ser usada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, as pessoas descobriram que o direito de personalidade previsto na constituição tem características próprias. É a parte jurídica da própria personalidade e seu propósito fundamental é proteger a dignidade humana.

Portanto, o direito de obter imagens deve ser amplamente protegido, pois a qualquer momento, esse direito é violado principalmente por meios de impressão que expõem indevidamente as imagens das pessoas, causando danos irreparáveis. Portanto, desde que a imagem seja usada indevidamente, o proprietário pode apresentar uma objeção e solicitar reparos. Em caso de dúvida, o juiz deve apoiar o direito de imagem e, no caso do direito de saber, fazer com que o direito de imagem preceda o direito. Ao participar de uma obra coletiva, também é necessário garantir que a imagem do participante ativo seja protegida, não podendo ser incluída uma exceção ao direito da própria imagem. Compreensivelmente, o direito de resposta é uma garantia à lei, ou seja, quando a notícia é ofendida, acusada ou vitimizada nos

meios de comunicação de massa, a lei confere a todos para explicar os fatos na forma de fatos.

Portanto, o direito à imagem significa uma série de consequências na profissão jurídica, pois quando a imagem alheia é utilizada sem o consentimento da pessoa, ou no caso de ultrapassar o âmbito autorizado, há violação do direito à imagem. Imagem certa.

Nesse caso, pode-se concluir que, com base nas questões que nortearam esta pesquisa, o ordenamento jurídico brasileiro oferece meios eficazes para proteger a pessoa de abusos de sua imagem.

Por esse ângulo, a expectativa desta pesquisa é que sirva de base para outras pesquisas mais aprofundadas e leve ao entendimento dos direitos de imagem consagrados no ordenamento jurídico brasileiro para proteger as pessoas de danos. Use indevidamente a própria imagem.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

APOSTÓLICO, Cimara. Telenovela. **O olhar capturado. Construção da Tríade Telespectador, Corpo e Imagem**. São Paulo: PUC, 2016 (Dissertação de Mestrado).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. rev., atual. e ampl. De acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COELHO, Gilmar Gomes. **DIREITO À IMAGEM SOB A ÓTICA DA MÍDIA VIRTUAL**. UNIVERSIDADE VALE DO RIO DOCE, FACULDADE DE DIREITO, CIÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E ECONÔMICAS. CURSO DE DIREITO. Governador Valadares, 2016.

D'AZEVEDO, Regina Ferretto. **Direito à imagem**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2016. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2306>>. Acesso em: 15/05/2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V. 7. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 105 citado por D'AZEVEDO, Regina Ferretto. Direito à imagem. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2016. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2306>>. Acesso em: 17/05/2021.

FIÚZA, César. Direito civil. **Curso completo**. 6. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o Código civil de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2016.

JABUR, Gilberto Haddad. **Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil**. In: DELGADO, Mario; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). Novo código civil: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2020.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem (I)**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. São Paulo. Revista dos Tribunais, RT 433/64. 2016.

RSTON, Sergio Martins. **Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória**. Revista do instituto dos advogados de São Paulo p. 91-105 ano 7. nº 14 jul/dez 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A emenda constitucional do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Andréa Barroso. **Direito à imagem: o delírio da redoma protetora**. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2017.

WHITE, M. What types of social Networks exist? 2012. Love to Know Social Networking. Disponível em: http://socialnetworking.lovetoknow.com/What_Types_of_Social_Networks_Exis. Acesso em: 16/05/2021.

OLIVEIRA, EDILSON SALES DE. **Proteção do direito à imagem na internet**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 maio 2021. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54731/proteo-do-direito-imagem-na-internet>. Acesso em: 21 maio 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DA EFICÁCIA DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA CURA DOS DANOS SOFRIDOS PELAS PARTES

ROBSON RODRIGUES DIAS JUNIOR:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário UMA

DAYANA MACIEL GOMES

(coautora)

RESUMO: A percepção de um indivíduo é subjetiva, baseada na interpretação que ele faz da realidade, não é a realidade em si, por isso é diferente para cada um. Queremos dispor, por meio deste artigo, sobre como a utilização de métodos adequados de solução de um conflito existente entre duas ou mais pessoas pode trazer benefícios além da rapidez e informalidade, pode contribuir para a cura de conflitos internos de cada um, para o perdão e para a saúde psíquica das partes. Não restam dúvidas do quão satisfatório é solucionar um conflito existente, ainda mais quando este é solucionado através de maneira harmoniosa, proporcionando aos conflitantes uma satisfação muito maior do que se fosse solucionado através de uma imposição do poder judiciário.

Palavras-chaves: mediação; justiça restaurativa; constelação sistêmica; cura de danos; percepção; modernização jurídica; métodos adequados; solução efetiva; desenvolvimento judicial;

Abstract: The perception of an individual is subjective, based on his interpretation of reality, it is not reality itself, so it is different for each person. Through this article, we want to show how the use of adequate methods to solve a conflict between two or more people can bring benefits beyond speed and informality; it can contribute to the healing of each one's internal conflicts, to forgiveness, and to the psychological health of the parties. There is no doubt about how satisfactory it is to solve an existing conflict, even more so when it is solved in a harmonious way, giving the conflicting parties much more satisfaction than if it were solved by imposing the judiciary.

Keywords: mediation; restorative justice; systemic constellation; damage healing; insight; legal modernization; appropriate methods; effective solution; judicial development;

Sumário: 1. Introdução – 2. A importância da percepção e personalidade individual: efeitos do dano de um conflito – 3. Eficácia dos métodos adequados para a resolução dos conflitos: a cura dos danos: 3.1 Mediação; 3.2 Justiça restaurativa; 3.3 Constelação Sistêmica – 4. A resolução adequada do conflito: um novo olhar sobre a reparação dos danos causados às partes em contraposição ao modelo tradicional – 5. Conclusão – 6. Referências.

1 - INTRODUÇÃO:

A sociedade brasileira tem em seu seio enraizada a cultura do litígio, o que deve e está sendo combatido através da nova geração de doutrinadores e alunos que vêm se formando cada vez mais abertos à ideia de que métodos adequados de solução de conflito muitas vezes são mais satisfatórios do que decisões proferidas por tribunais. A propagação dessa ideia de forma alguma viola o princípio de inafastabilidade do acesso à justiça, simplesmente busca apresentar novos métodos para que a justiça se torne ainda mais eficaz, proporcionando a possibilidade de uma prestação jurisdicional de qualidade, principalmente se considerarmos que a aplicação dos métodos autocompositivos visa também desafogar a máquina judiciária.

Considerando a percepção subjetiva das pessoas, respeitando a ideia de que vivências e experiências passadas influenciam diretamente em suas atitudes, pode-se notar que durante um processo litigioso, as partes acabam por entrar em conflitos agressivos, que se tornam ainda mais calorosos em decorrência de estarem diante de um juízo, portanto, entram em salas de audiência, na maioria das vezes com a intenção de vencer um debate, como em alguns processos de divórcio, que todos saem abalados, inclusive as crianças envolvidas.

Em busca de solucionar tal negatividade advinda de um procedimento considerado até arcaico, surge os métodos adequados de solução de conflito, afirmando que resolução pode sim ser efetivada de maneira menos danosa para os envolvidos, tanto fisicamente, em decorrência da sua celeridade, quanto psicologicamente, visto que as partes, através do diálogo, encontram uma solução mais justa e efetiva.

Portanto, através do presente artigo, será discorrido detalhadamente sobre eficácia dos métodos adequados de solução de conflitos para cura dos danos sofridos pelas partes, destacando também os benefícios que o sistema judiciário brasileiro, que atualmente encontra-se sobrecarregado, terá com a aplicação dos referidos métodos.

2 - A IMPORTÂNCIA DA PERCEPÇÃO E PERSONALIDADE INDIVIDUAL - EFEITOS DO DANO DE UM CONFLITO:

A percepção pode ser definida como o modo em que o corpo consegue captar informações através dos sentidos, por isso, é baseada na interpretação que as pessoas fazem da realidade e não é a realidade em si, possibilita a interpretação e entendimento humano em relação às situações e ambientes, é subjetiva (BOCK, 1999).

Cada um tem seu processamento individual da informação, uma interpretação, e esta pode ser influenciada por crenças, valores, aprendizado, pela comunidade em que vive ou até pelas expectativas que essa pessoa traz consigo. Pode ser dividida em diferentes tipos, como percepção auditiva e visual, e é estimulada por diferentes formas no dia a dia (BOCK, 1999).

Assim como a percepção, a personalidade também pode ser considerada subjetiva, pois é como os indivíduos diferem em suas percepções e como essas diferenças estão relacionadas com o funcionamento total de cada um, gerando sua essência. Tal personalidade é formada por genética, ambiente e escolhas. Genética, pois interfere diretamente na inteligência e temperamento pessoal; o ambiente em que vive interfere no que é considerado como modelo, como cultura e família; e escolhas pessoais interferem diretamente em processos decisórios para a formação da individualidade.

Por essa razão, é tão importante compreender a relevância da personalidade e percepção subjetiva de cada um no meio jurídico, a forma como pessoas distintas absorvem a mesma situação pode ser completamente diferente, da mesma forma que uma parte pode não compreender a percepção da outra, por isso, a forma como devem ser tratados os conflitos também deve ser diversa, já que o que uma pessoa percebe e como ela percebe, influencia diretamente na existência de um litígio e em como ele vai ser efetivamente resolvido.

Sendo assim, a percepção e a personalidade afetarão diretamente em relações interpessoais, fazendo com que a existência de conflitos em um ambiente social seja praticamente inevitável. Derivado do latim, conforme Dicionário de Latim (2007), a palavra conflito tem significados amargos, como choque, discussão, oposição, desordem, entre outros adjetivos que normalmente são utilizados para referir a situações negativas.

Todavia, devemos considerar que toda decisão de grande importância passa por uma discussão entre os envolvidos, o simples fato de vivermos em um Planeta com atualmente mais de 7 bilhões de pessoas, torna praticamente impossível a tomada de decisão sem uma troca de percepções para conseguir chegar em um ponto comum benéfico a todos.

Insta salientar que não se deve absorver da palavra conflito apenas o lado negativo, deve ser considerado que as discussões derivadas de um conflito, discussões essas que são totalmente indispensáveis em uma sociedade democrática de direito, acarretam na tomada de decisões mais adequadas e assertivas, do que aquelas tomadas por apenas uma pessoa de forma ditatorial.

Portanto, os conflitos existentes na sociedade não devem ser solucionado única e exclusivamente pelo Poder Judiciário, que incontestavelmente tem sua imensurável importância e jamais deve ser dispensado de forma genérica, porém a implementação de métodos que promovam participação das partes, analisando as percepções dos envolvidos, tornaria possível a análise verdadeira de suas pretensões, o que acarretaria em uma solução mais compreensível, individualizada e menos artificial. (SIX, 2001)

3 – EFICÁCIA DOS MÉTODOS ADEQUADOS PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS: A CURA DOS DANOS

Os métodos adequados de resolução de conflitos têm como finalidade alcançar efetivamente a solução para o problema existente entre as partes, sendo que na aplicação desses métodos, o diálogo entre elas é preservado e priorizado, para que dessa forma, quando possível, um acordo seja alcançado, ofertando assim, uma satisfação considerável para os envolvidos.

Esses métodos, de maneira geral, buscam a solução de um conflito através de um consenso estabelecido entre as próprias partes envolvidas, o que torna o objetivo de minimizar os danos causados por um conflito ainda mais evidente, visto que a decisão é lograda através do diálogo, através de aceitação e renúncia de pretensões, para que dessa forma um denominador comum seja alcançado, de acordo com.

Conforme expõe José Renato Nalini (2017) na obra *Justiça Multiportas*:

A vantagem mais significativa dos métodos alternativos é o potencial de efetivamente resolver problemas. A remoção do

ritualismo e do formalismo exagerado, do procedimentalismo estéril, da burocracia ínsita ao sistema judiciário, oferece o ambiente de coloquialismo em que as partes chegam mais facilmente a fazer concessões e a assumir compromissos, mantida a qualidade de relacionamento entre elas.(NALINI, 2017)

Logo, atualmente, existem diversos meios aceitos e utilizados pelo Poder Judiciário brasileiro, sendo que cada um é mais recomendado para uma situação diferente. Adiante pode-se verificar detalhadamente três desses métodos, vejamos:

3.1- MEDIAÇÃO

A mediação é uma espécie de método autocompositivo, no qual as partes, através do diálogo e de forma cooperativa, buscam uma solução mutuamente satisfatória. Principalmente por se tratar de um método mais rápido e informal, as partes se sentem mais à vontade para conversar, expor sentimentos e pontos de vista da situação ocorrida. (VASCONCELOS, 2018)

Em 2015 a audiência de conciliação e mediação passou a ser obrigatoriamente designada pelo juízo em todos os casos em que a petição inicial cumpra os requisitos essenciais, de acordo com o estabelecido no Art.334 do CPC/15, conforme a seguir demonstrado:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Além disso, o Código de Processo Civil, em seu Art. 165, dispõe sobre a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, determinando ainda a forma de atuação dos mediadores, que devem priorizar a comunicação entre as partes:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

De acordo com Carlos Eduardo de Vasconcelos em Manual de Mediação de Conflitos para Advogados (2014, p.39):

mediação é método de solução/ transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo. (DE VASCONCELOS, 2014)

Portanto, no momento da mediação a figura do juiz é deixada de lado, justamente como forma de buscar tranquilizar os envolvidos, por isso é intermediado por um terceiro que não tem interesse na lide e sequer influência na decisão a ser tomada, ou seja, se um denominador comum for encontrado, é justamente reflexo da vontade das partes, sem influência direta, auxiliando os

interessados apenas na compreensão das questões expostas e sentimento do outro, de modo que a comunicação entre os envolvidos seja efetiva.

Assim, a mediação busca oferecer às partes uma forma menos danosa de solução do litígio de acordo com os ensinamentos descritos na memorável obra de Malvina Muszkat, *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*:

A mediação como método pacífico de resolução ou administração de conflitos tem como finalidade oferecer às partes em litígio uma forma não adversária de tratar suas questões que a Justiça comum, pela sua lógica de ganhar ou perder, desestimula, privilegiando a disputa e o antagonismo. Muszkat (2003, p.34)

Insta salientar que de acordo com o art. 3º, § 3º, do Código de Processo Civil, “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Ou seja, a opção da mediação, assim como outros métodos, sempre deve ser apresentados para as partes.

Atualmente a mediação tem uma Lei específica que determina a forma que deve ser utilizada e os princípios que devem ser respeitados, sendo os que seguem:

Lei 13.140/15, Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - imparcialidade do mediador;

II - isonomia entre as partes;

III - oralidade;

IV - informalidade;

V - autonomia da vontade das partes;

VI - busca do consenso;

VII - confidencialidade;

VIII - boa-fé

Sendo assim, nota-se que é justamente a celeridade, o sigilo, a informalidade, a participação de um terceiro mediador imparcial, a autonomia na decisão, a reaproximação das partes e todos os demais princípios que regem esse método que vem fazendo com que ele seja cada vez mais escolhido por quem deseja realmente encontrar a melhor solução, assim como exposto por Cabral (2017):

Na verdade a desjudicialização das controvérsias e a autocomposição pelas partes do processo é uma realidade nos grandes sistemas processuais como forma de resolver os problemas estruturais da justiça, mas, acima de tudo, como meio de se atingir uma satisfação mais plena por partes dos envolvidos nos conflitos, destacando-se, neste último caso, os benefícios da mediação na passividade social, já que esta técnica se aprofunda nas razões emocionais que cercam as relações conflituosas, trazendo mais legitimidade aos ajustes e mais chance de acabar em definitivo com o dilema estabelecido. (CABRAL, 2017)

3.2 – JUSTIÇA RESTAURATIVA

O Brasil faz parte dos países fundadores da Organização das Nações Unidas, que foi criada em 1945, logo após a Segunda Guerra Mundial. Além de buscar a paz e a segurança do mundo, a ONU tem como intuito promover o desenvolvimento social global, fazendo com que o progresso respeite os Direitos Humanos.

Com a intenção de humanizar a justiça, a ONU através das Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12 definiu princípios básicos para a implantação da Justiça Restaurativa nos estados membros, que foi acatada pelo Brasil sendo criada a Resolução 225/16 do Conselho Nacional de Justiça.

Antes de adentrarmos no mérito da Justiça Restaurativa, precisamos compreender o que é Justiça, que é definida pelo dicionário Aurélio da seguinte forma: “Particularidade daquilo que se encontra em correspondência (de acordo) com o que é justo; modo de entender e/ou de julgar aquilo que é correto...”

Ou seja, analisando o significado literal da palavra Justiça, podemos compreender basicamente que se trata de uma forma de compreender uma situação fática e julgar da maneira correta, sem aplicar nenhuma espécie de benefício que não seja justo para determinada situação.

Contudo, por se tratar de uma palavra que envolve relações interpessoais, analisar apenas de maneira literal não é o bastante, já que os seres humanos por si só são seres únicos, que têm ideias distintas, portanto conceitos diferentes do que é ou não é justo.

De maneira filosófica Platão definia Justiça como uma virtude, que seria exercida tanto no interior de cada indivíduo como também pelo Estado, onde de fato ocorre as relações humanas. No interior de cada indivíduo a Justiça estaria relacionada à submissão dos instintos de cada um, e para o Estado estaria relacionada a ordenação desses indivíduos e a forma que cada um se posicionava diante da sociedade, ou seja, o conceito platônico de justiça é basicamente entregar para cada indivíduo que compõe a sociedade aquilo que lhe é de direito. (PLATÃO, 1996.)

Assim, a Justiça Restaurativa surge no cenário contemporâneo da aplicação do Direito no âmbito criminal com o intuito simples de buscar restaurar algo que fora violado, buscando que determinada situação retorne para seu estado anterior, fazendo com que as consequências de tal violação sejam minimizadas o máximo possível, tentando então, alcançar a justiça que realmente restaure as partes, assim como o próprio nome sugere.

Howard Zehr define que a Justiça Restaurativa:

1. Tem foco nos danos e consequentes necessidades (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor).
2. Trata das obrigações resultantes desses danos (obrigações do ofensor mas também da comunidade e da sociedade).
3. Utiliza processos inclusivos e cooperativos.
4. Envolve todos os que têm um interesse na situação (vítimas, ofensores, a comunidade, a sociedade).
5. Busca corrigir os males. (ZEHR, 2008, p. 257)

Assim como as características acima apresentadas, expõe Ilana Martins Luz (2017, p. 602) na obra Justiça Multiportas:

Numa primeira aproximação, a Justiça Restaurativa pode ser explicitada como um novo paradigma de resolução dos conflitos criminais, fundado, em linhas gerais, na inclusão da vítima, do ofensor e, quando apropriado, da comunidade, em um processo de diálogo conciliatório, que busca outra resposta para o crime, distinta da comumente oferecida pelo sistema retributivista. (LUZ, 2017, p. 602)

Portanto, com o objetivo de reparar além do dano material causado, esse método surge com o objetivo de reparar também as relações e a confiança das partes que foram afetadas pelo crime. Em sua aplicação, tanto a vítima quanto o ofensor são encorajados a resolverem o conflito por intermédio do entendimento e da negociação, facilitado por agentes públicos e mediadores que conversam com as partes sem intervenções de Leis facilitando o devido entendimento, assim como disposto no Art. 1º da Resolução 225/16 do CNJ:

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.

Para melhor absorver a essência da Justiça Restaurativa é preciso praticar a redefinição de crime, percebendo não apenas o descumprimento de norma jurídica e sua sanção, mas também o dano às pessoas, algo que afeta diretamente a vítima e a comunidade. Assim como aduziu Sérgio Ramirez, são os três "R":

Responsabilidade, restauração e reintegração (responsabilidade, restauração e reintegração). Responsabilidade do autor, porquanto cada um deve responder pelas condutas que assume livremente; restauração da vítima, que deve ser reparada, e deste modo sair de sua posição de vítima; reintegração do infrator, restabelecendo-se os vínculos com a sociedade que também se prejudicou com o delito.(tradução própria)

Então, a fim de evitar traumas que podem acompanhar autores e vítimas para o resto de suas vidas, a Justiça Restaurativa pode ser extremamente mais eficaz para ambas as partes, principalmente por buscar humanizar uma área tão delicada como o Direito Criminal.

3.3 – CONSTELAÇÃO SISTÊMICA

Sabendo que o Sistema Judiciário brasileiro se encontra cada vez mais sobrecarregado e da eficácia dos métodos adequados, no ano de 2021, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais passou a regulamentar o uso das Constelações Sistêmicas Familiares nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do Estado, com o intuito de nortear a forma de utilização do referido método, bem como envolver a Constelação até na aplicação da Justiça Restaurativa.

A Constelação Sistêmica é uma técnica terapêutica e filosófica desenvolvida pelo alemão Bert Hellinger, depois de ter realizado um trabalho durante 16 anos como membro de uma ordem missionária católica entre os zulus na África do Sul. O método é considerado psicoterapêutico, no qual estuda emoções que acumulamos, de forma consciente ou inconsciente. Segundo Hellinger, esses sentimentos e lembranças interferem diretamente no presente da vida da pessoa, interferência esta que pode ser negativa ou positiva.

A técnica desenvolvida por Bert Helling, permite que sejam analisados acontecimentos, relacionamentos e contextos sociais que determinado indivíduo viveu ou vive, possibilitando dessa forma que suas atitudes sejam analisadas não apenas como simples atitudes, mas sim como consequências de toda sua experiência de vida dentro do sistema em que está inserido.

O método permite que seja identificado o que está por trás de um conflito, permitindo dessa forma que as causas do litígio sejam conscientemente analisadas, o que por consequência, aumenta inúmeras vezes a chance de curar, de fato, o dano causado. (TJMG, 2021)

A utilização da Constelação vem sendo cada vez mais difundida no âmbito judicial, sendo aplicado pela primeira vez no Tribunal de Justiça da Bahia, pelo juiz Sami Storch, criador do termo *Direito Sistêmico*, nome que passou a ser utilizado quando existe a designação da Constelação Sistêmica para auxiliar na resolução necessária. (TJMG, 2021)

No dia 27 de abril de 2021, foi apresentada uma palestra na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF), pela psicóloga, professora e consultora em Constelação Sistêmica, Solange Bertão que explicou sobre a aplicação da Constelação no Sistema Judiciário, vejamos:

Constelação Familiar Sistêmica é uma técnica contemporânea (que acabou de ser reconhecida para utilização na saúde pública pelo Ministério da Saúde) que consiste em identificar, por meio de experiências específicas, a origem de determinados comportamentos ou situações que uma pessoa vive, das quais, por mais que queira, ela não consegue se desvencilhar. Esta técnica busca identificar se esse comportamento ou situação vivida pela pessoa vem de uma herança emocional. Pode ser utilizada na Justiça, como, aliás, já está sendo empregada em alguns Tribunais do País, em diversas áreas, como família, violência doméstica, infância e juventude, e em todos casos cujo conflito envolva, substancialmente, questões familiares, e até mesmo em empresas. (TJMG, 2018)

Durante os estudos do método, o alemão Bert Hellinger, concluiu que inúmeras vezes as experiências vividas nos ciclos sociais da pessoa, principalmente no ambiente familiar, são decisivas para determinar o seu comportamento, ou seja, os resultados que podem ser alcançados e os comportamentos adotados, estão totalmente ligados ao ambiente que se vive e com as pessoas que se convive.

Destarte, a Constelação Sistêmica poderá ser utilizada inclusive durante a aplicação da técnica de mediação, facilitando para o mediador e para as partes na compreensão do verdadeiro problema que ocasionou a situação, esclarecendo a melhor forma de dissolução e mostrando muitas vezes que o problema existente pode ser bem diferente do que se imaginava inicialmente, adequando também a uma nova forma de resolução.

4 - A RESOLUÇÃO ADEQUADA DO CONFLITO: UM NOVO OLHAR SOBRE A REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS ÀS PARTES EM CONTRAPOSIÇÃO AO MODELO TRADICIONAL

A busca pela cura dos danos causados por um conflito representa uma evolução muito importante para aplicação do Direito no mundo, principalmente se considerarmos os métodos adequados como um mecanismo que permite um diálogo efetivo, fazendo com que os litigantes possam buscar o melhor resultado em comum diante de suas diferentes ideias e interesses, deixando de lado a primitiva idéia de que o Poder Judiciário, através da Lei, tem a função apenas de punir e julgar o certo e errado.

A mudança da aplicação do Direito demonstra uma evolução de paradigma que preserva o desenvolvimento social de maneira mais humanizada em todos os aspectos. O mundo se uniu através da Organização das Nações Unidas, para tornar possível os objetivos traçados pela Agenda 2030 (CNJ, 2020), cada país montou seu plano de ação, e no Brasil o desenvolvimento judiciário não ficou de fora.

Atualmente, o Poder Judiciário brasileiro encontra-se tomado de processos ativos que congestionam muito o sistema, o tornando muito lento e pouco eficaz. Com o intuito de solucionar essa falha, surgiu a Meta 9 (CNJ, 2020), que representa o compromisso dos tribunais brasileiros com o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, buscando proporcionar à sociedade um serviço mais célere, com maior eficiência e qualidade.

Com base nas orientações traçadas para cumprimento da Meta 9 (CNJ, 2020), um dos principais objetivos é a “desjudicialização”, que se entende como a ação voltada à resolução de conflitos, promovendo pacificação social apta a cumprir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável estabelecidos pela ONU. “Desjudicializar” significa reverter a judicialização excessiva a partir da prevenção, localizando a origem do problema e encontrando soluções pacíficas por meio de métodos adequados de solução de conflitos, transformando-os em atores do sistema de justiça, sem que cause impacto no acesso à justiça. A palavra “desjudicialização” tem natureza qualitativa e não quantitativa.

Isto posto, o propósito não é necessariamente reduzir a quantidade do acervo de processos em juízo, mediante a sua extinção ou não ajuizamento, mas identificar por meio de base de dados e pesquisa de micro dados a origem do problema e atuar na prevenção da fonte de litígios e resolvê-los por métodos adequados de solução de

conflitos, de forma inovadora, por meio do diálogo e da construção de um novo fluxo de processo, produto ou serviço, com metas e indicadores de resultado ou impacto positivos em relação aos ODS da Agenda 2030. (CNJ, 2020)

Para alcançar esse objetivo, a “desjudicialização” é indispensável, uma vez que a partir do momento que os conflitos passam a ser solucionados de forma extrajudicial, o número de demanda que chega ao judiciário irá diminuindo, facilitando o objetivo de aperfeiçoar a prestação jurisdicional no Brasil, já que vivemos em sociedade e os conflitos nunca vão deixar de existir.

Os tribunais têm o apoio das Comissões de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento e de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030 na elaboração dos Planos de Ação, visto que os objetivos definidos para o Brasil são desafiadores, que serão alcançados apenas com um trabalho Interinstitucional, atuando em todas as etapas de um litígio, ou seja, desde a origem até a solução adequada para a referida situação. (CNJ, 2020)

Os novos métodos apresentam diversas características que o modelo tradicional não consegue sustentar, como a simplicidade, economia, celeridade e eficiência, são inúmeros os benefícios de uma resolução adequada se comparada com o modelo tradicional judiciário, visto que a morosidade da justiça brasileira por si só já é um problema que faz com que um processo permaneça ativo por anos até que seja proferida uma decisão definitiva, assim como expõe José Renato Nalini (2017):

A exaustão do modelo é algo que não pode ser desconsiderado. O processo judicial converteu-se na única resposta que se oferece para todo e qualquer embaraço no relacionamento. A procura pelo Judiciário foi tão excessiva, que o congestionamento dos tribunais inviabiliza o cumprimento de um comando fundante incluído na Carta Cidadã pela Emenda Constitucional 45/2004: a duração razoável do processo. (Nalini, 2017, p.27-28)

Assim, respeitando os princípios e fundamentos constitucionais, métodos importantes na busca da cura dos danos e por consequência, oxigenação dos tribunais, vêm sendo cada vez mais aceitos pela sociedade, tornando-se mais aplicados por quem deseja encerrar de vez o problema existente. De forma geral, vêm sendo escolhidos inclusive por entidades privadas como opção de solução, visto que o uso

adequado das técnicas proporcionam decisões muito mais satisfatórias do que as decisões proferidas por um juízo que baseia-se exclusivamente na Lei.

5 - CONCLUSÃO

Por muito tempo, a procura pelo Poder Judiciário foi a única solução para quem necessitava de uma conclusão, o que acarretou no enraizamento da cultura do litígio, fazendo com que o Sistema Judiciário sofresse uma sobrecarga imensurável, tornando a morosidade uma das características mais marcantes do Sistema Judiciário no Brasil.

Passou a perceber que a simples aplicação da Lei de forma estrita não gerava resultados satisfatórios, o que tornou a busca por uma solução inevitável. Por isso, novos métodos foram criados ao longo do tempo, pois dessa forma seria possível até identificar os motivos pelos quais a reincidência das partes em processos judiciais se tornava cada vez mais visível.

Os métodos adequados de solução de conflitos passaram a fazer parte do texto normativo em 2015, que tornou a audiência de conciliação e mediação obrigatória, abrindo as portas para a aplicação de inúmeros outros métodos, como a Justiça Restaurativa e a Constelação Sistêmica.

Além dos benefícios humanos, a aplicação dos referidos métodos resultam na oxigenação do Sistema Judiciário Brasileiro, que, conforme mencionado, encontra-se sobrecarregado. Deste modo, é necessário enfatizar que o princípio da inafastabilidade do acesso à justiça não será descumprido, muito pelo contrário, os métodos adequados tem como objetivo tornar a aplicação da justiça cada vez mais eficaz.

Também deve-se destacar a importância que a implementação dos métodos ora mencionados tem para a apresentação do Brasil ao mundo, salientando que a partir da aplicação dos métodos adequados, seja qual for o escolhido, o acesso a justiça de forma mais humanizada está cada vez mais próximo de ser efetivado, o que faz com que o Brasil aos poucos se alinhe com a agenda 2030 da ONU, que tem como um de seus principais objetivos, priorizar o desenvolvimento mundial de forma mais humanitária.

Outrossim, não resta dúvida de que o Direito naturalmente deve acompanhar o desenvolvimento social ao redor do mundo, para que dessa forma os valores possam ser protegidos, as atitudes reconhecidas, as tensões controladas e os conflitos

solucionados de forma correta, gerando os resultados positivos que sempre serão esperados e alcançando a verdadeira efetivação.

REFERÊNCIAS

BOCK, Ana; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria. **Psicologias**: uma introdução ao estudo de psicologia. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **A evolução da conciliação e mediação no Brasil**. Revista FONAMEC - Fórum Nacional de Conciliação e Mediação, Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 368 - 383, maio de 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: justiça restaurativa para o nosso tempo. Palas Athena; 1ª edição, 2008)

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. Método, 6ª Edição, 2018

ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. JusPODiVM, 2017.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Mediação de conflitos**: pacificando e prevenindo a violência. 2. Ed. São Paulo: Summus, 2003.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DE VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Principais Características da Mediação de Conflitos**. In: Manual de Mediação de Conflitos para Advogados. ENAM: Escola Nacional de Mediação e Conciliação. Ministério da Justiça, 2014.

BERTÃO, Solange. Constelação Sistêmica é tema de seminário no TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2018. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/constelacao-sistemica-e-tema-de-seminario-no-tjmg.htm#.YKxPjLdKjIV>>. Acesso em 24 de maio de 2021.

PERPETUO, Rafael Silva et al. Os métodos adequados de solução de conflitos: mediação e conciliação, Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo, 2018. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.24_n.2.01.pdf>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-regulamenta-uso-das-constelacoes-sistemicas-nos-cejuscs-8A80BCE5786BAF6F01786FF364C31D82.htm#.YKxPZLdKjIV>>. Acesso em 24 de maio de 2021.

Agenda 2030 no Poder Judiciário. Comitê Interinstitucional. Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/agenda-2030/meta-9-do-poder-judiciario/>. Acesso em 02 de junho de 2021

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

WENDER NUNES DA SILVA

RESUMO: Este estudo tem por objetivo analisar as peculiaridades do contrato de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. O contrato de trabalho é, em linhas gerais, um negócio jurídico expresso ou tácito, em que uma pessoa física se compromete a prestar serviços a outra, seja física, seja jurídica, de forma habitual, onerosa, com pessoalidade e subordinação, a teor do que dispõe o art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho. Logo, a doutrina apresenta alguns elementos ou requisitos para a configuração do contrato de trabalho na relação de emprego. Assim, busca-se averiguar tais peculiaridades, bem como as causas de interrupção e suspensão do contrato, sua formação, modos de extinção e aspectos outros, imprescindíveis à compreensão do tema. A pesquisa é de natureza qualitativa e descritiva, e pautada no levantamento bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Contrato de trabalho. Requisitos. Regulamentação Legal.

Introdução

A Consolidação das Leis do Trabalho apresenta, em seu art. 442, um conceito legal de contrato individual de trabalho. Não obstante, o conceito legal é alvo de críticas doutrinárias, sendo necessário averiguar, para a real compreensão do instituto, os elementos que caracterizam as figuras do empregado e empregador, a teor do que dispõe os arts. 2º e 3º do mesmo diploma legal.

Ademais, questões importantes como as causas de suspensão e interrupção do contrato de trabalho, por exemplo, ou mesmo as formas de extinção, também são previstas na legislação.

Há de se ressaltar, ainda, que ao presente estudo interessa o contrato de trabalho que versa sobre a relação de emprego, embora outros, na atualidade, também sejam consagrados na Consolidação das Leis do Trabalho, a exemplo do contrato intermitente. Porém, dada a complexidade do tema, repita-se, o objeto de estudo restringe-se à análise dos aspectos referentes ao contrato de emprego.

Assim sendo, tem-se como objetivo analisar as peculiaridades do contrato de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, metodologicamente a pesquisa se classifica como qualitativa, no que tange a abordagem, e descritiva, quanto ao procedimento. E a técnica de pesquisa é a documental indireta, pois através do levantamento bibliográfico busca-se compreender as questões afetas ao contrato individual de trabalho.

1 Requisitos para caracterização do contrato de trabalho

A pactuação de uma relação de emprego inicia-se através de um instrumento, denominado “Contrato de Trabalho”, definido por Delgado (2016, p. 491) como o “negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não-eventual, subordinada e onerosa de serviços”.

Comunga desse entendimento Barros (2008, p. 232-233), ao apresentar a seguinte definição para o contrato de trabalho:

[...] o contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não-eventual, mediante salário e subordinação jurídica.

O contrato individual de trabalho é bilateral, *intuitu personae*, oneroso, consensual, sinalagmático e de trato sucessivo (MARTINS, 2008, p. 129).

Também Delgado (2016, p. 564) defende que as características de um contrato de trabalho se diferem dos demais contratos existentes, pois deve possuir as seguintes características: sinalagmático, consensual, *intuitu personae*, trato sucessivo, pacto de direito privado e oneroso.

É bilateral pelo fato de ser celebrado entre duas pessoas (empregado e empregador) e, ainda, por gerar obrigações para ambas às partes, como explica Dallegre Neto (1998, p. 78), para quem é um negócio jurídico bilateral, que decorre da expressa manifestação de vontade de duas pessoas.

É sinalagmático pelo fato que o contrato de trabalho possui a particularidade de ser bilateral, ou seja, as obrigações são recíprocas; é consensual pela razão que o contrato depende do consenso de ambas as partes; é *intuitu personae*, pois na execução da prestação de serviço, o empregado deve prestar o mesmo de forma pessoal, nunca podendo ser substituído; tem trato sucessivo devido à existência de direitos e deveres entre as partes; possui característica de pacto de direito privado pelo

motivo que o contrato é realizado entre dois agentes; e, por último, é oneroso pelo motivo que o contrato de trabalho possui encargos com relação à prestação de serviços.

Maranhão (2003, p. 239) também preconiza que é intuito personae, visto que é celebrado em razão da pessoa do empregado, não afetando a liberdade das partes, respeitando os limites estabelecidos e a igualdade jurídica entre as partes. E ao autor acrescenta:

É uma consequência lógica do caráter fiduciário, que lhe é próprio. Daí não se segue, porém, como pretendem alguns, que se estabeleça entre os contratantes um vínculo de natureza "pessoal" porque esse vínculo pressupõe um estado de poder sobre a pessoa. O trabalhador é livre, e esta liberdade nunca é demais acentuar. Se, na prestação de trabalho, fica subordinado ao empregador, esta subordinação, que se funda no contrato, livremente aceito, no mesmo contrato encontra seus limites. A relação de trabalho é uma relação patrimonial, e o dever de fidelidade, em que se pretende descobrir o fundamento da natureza "pessoal" do vínculo, é mera decorrência do elemento confiança inerente ao contrato de trabalho, como a tantas outras relações de caráter patrimonial, como, por exemplo, ao mandato. No contrato de trabalho, como em qualquer outro de direito privado, as partes são juridicamente iguais.

O contrato de trabalho é também oneroso, já que há uma prestação de serviços e, em contrapartida, há uma remuneração, um salário pago pelos serviços prestados. Logo, como ressalta Martins (2008, p. 129), em serviço prestado gratuitamente não há contrato de trabalho.

Ainda segundo a lição de Martins (2008, p. 129), é também consensual visto que, havendo acordo entre as partes, o contrato já está celebrado, sem necessidade de nenhuma formalidade. E pontuou o autor:

Não é o contrato de trabalho um pacto solene, pois independe de quaisquer formalidades, podendo ser ajustado verbalmente ou por escrito (art. 443 da CLT). Havendo consenso entre as partes, mesmo verbalmente, o contrato de trabalho estará acordado. Não há

necessidade para seu aperfeiçoamento da entrega de qualquer coisa, como ocorre na compra e venda.

Outra característica do contrato de trabalho, como preconiza Maranhão (2003, p. 240), é ser o mesmo sinalagmático, pois ambas as partes se obrigam entre si, tendo cada obrigação de satisfação de prestações recíprocas e contínuas, ou seja, "dele resultam obrigações contrárias e juridicamente iguais".

Enseja-se, desta forma, uma reciprocidade entre as obrigações contratuais, pois como bem observa Martins (2008, p. 129), a relação de emprego enseja deveres para empregado e empregador, pois enquanto aquele deve prestar o trabalho, ao empregador compete o pagamento dos salários, que se "constitui num direito do empregado, daí sua comutatividade e bilateralidade".

Ainda segundo Martins (2008, p. 129), o contrato de trabalho é sim de trato sucessivo, já que deve haver uma continuidade na prestação de serviços, pois o contrato de trabalho não finda após o cumprimento de uma única prestação e sim dura ao longo do tempo com contínuas prestações.

Dissertando acerca das características do contrato de trabalho, Barros (2016, p. 163) bem sintetiza:

Entre os caracteres do contrato de trabalho apontados pela doutrina, poderão ser arrolados os seguintes: trata-se de um contrato de direito privado, sinalagmático, de execução continuada, consensual, intuitu personae em relação ao empregado, oneroso e do tipo subordinativo.

Ao dissertar sobre os elementos do contrato de trabalho, Delgado (2016, p. 166) afirma que são subdivididos em três critérios: elementos essenciais, elementos naturais e também elementos acidentais.

Os elementos essenciais em um contrato de trabalho são aqueles mesmos elementos exigidos nos contratos do Direito Civil, ou seja, a capacidade das partes, licitude dos objetos, forma regular ou não proibida e higidez da manifestação da vontade (DELGADO, 2016, p. 566).

Os elementos naturais não possuem um caráter imprevisível no contrato, mas quando estão presentes se manifestam na estrutura e dinâmica do mesmo (DELGADO, 2016, p. 566).

E, por fim, os elementos acidentais, que segundo a doutrina civilista, em um contrato de trabalho são aqueles que no curso do contrato, alteram significativamente a estrutura e os efeitos do mesmo, ou seja, são o termo e a condição (DELGADO, 2016, p. 566).

2 Requisitos ou elementos do contrato de trabalho

Alguns requisitos e elementos é que distinguem a relação de trabalho, enquanto gênero, da relação de emprego, que é uma espécie, uma das modalidades daquela. Logo, se presentes os elementos da prestação de serviços por pessoa física, da não eventualidade, da dependência, do pagamento de salário e da pessoalidade, resta configurada a relação de emprego.

A pessoalidade, conforme ensinamentos de Neto e Cavalcante (2013, p. 296) provém do fato de que ninguém pode substituir o trabalhador para realizar a função para a qual foi contratado, sendo que este elemento se refere à *característica intuitu personae* em relação à prestação de serviços do trabalhador.

Os autores ainda ressaltam que o fato de ser *intuitu personae* não significa que o empregado não possa ter mais de um trabalhador. Logo, refere-se ao trabalho exclusivo do trabalhador à um único empregador (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 296).

Esclarece Martins (2013, p. 107) que o trabalho realizado com pessoalidade significa dizer que o contrato de trabalho deve ser firmado com pessoa certa e determinada, sendo que não pode o empregado se fazer substituir por outro.

A pessoalidade, portanto, está intrinsecamente relacionada à intransferibilidade ou infungibilidade próprias dos contratos *intuitu personae*, por iniciativa daquele que presta os serviços.

Assim, para a caracterização da relação de emprego se faz necessária a identificação da pessoalidade, o que dá ao contrato de trabalho a característica de *intuitu personae*, que obsta, como já mencionado, que o empregado se faça substituir por outro na prestação de serviços.

A presença de apenas um requisito não caracteriza a relação de emprego. Faz-se necessário que coexistam na relação jurídica os elementos fáticos caracterizados, ou seja, não basta a pessoalidade, pois também se faz necessário que o trabalho seja prestado de forma não eventual.

O requisito em análise é conceituado por Garcia (2015, p. 42) como o ato contínuo e cotidiano, também podendo ser considerado como limitação do empregado em determinada fonte de trabalho, a qual recebe seus serviços.

Assim, a eventualidade é sinônimo de acidental, de casual, de fortuito, o que não se coaduna com a relação de emprego. Por isso o elemento fático em comento clama seja o “serviço prestado pelo empregado deve ser de natureza contínua, não podendo ser episódico, ocasional. Nota-se que o trabalho deve ser de natureza contínua, não podendo ser, ocasional” (MARTINS, 2013, p. 16).

Barros (2016, p. 261) observa que a não eventualidade é o elemento que pode ser explicado como a necessidade de que o trabalho prestado seja necessário à atividade normal do empregador.

Percebe-se, portanto, que a expressão “não-eventualidade” não se encontra atrelada à noção de continuidade, como se extrai da lição de Barros (2016, p. 261), “descontínuo e/ou intermitente, o serviço executado pelo empregado poderá ser de natureza não-eventual. Basta para isso que seja necessário ao desenvolvimento da atividade normal do empregador”.

Assim, precisa estar presente a não eventualidade para a caracterização do vínculo de emprego.

A relação de emprego possui um fundo econômico, pois o valor do trabalho realizado pelo empregado deve ser retribuído pelo empregador através do conjunto salarial.

Jorge Neto e Cavalcante (2013, p. 301), afirmam que a onerosidade existe pelo fato de que o contrato de trabalho não pode se dar a título gratuito, ou seja, não haverá vínculo empregatício sem obrigações e benefícios recíprocos, desse modo, conforme os autores, o contrato será sempre bilateral e oneroso e o empregado, ao realizar seu trabalho, tem direito a perceber salário.

Factualmente, a onerosidade decorre da essência econômica da relação de emprego e envolve duas dimensões diferenciadas, mas combinadas, sendo os planos objetivo e subjetivo. Assim, “existirá o elemento fático jurídico da onerosidade no vínculo firmado entre as partes caso a prestação de serviços tenha sido pactuada, pelo trabalhador, com o intuito contraprestativo trabalhista, com o intuito essencial de auferir um ganho econômico pelo trabalho ofertado” (DELGADO, 2016, p. 690).

Portanto, a onerosidade é a própria bilateralidade da relação jurídica de trabalho, pois o empregado deve prestar serviços ao empregador que, por sua vez, em troca da força de trabalho dispendida, tem a obrigação de remunerá-lo.

Dando seguimento, tem-se a subordinação, que é imprescindível à caracterização da relação de emprego. De acordo com Martins (2013, p. 130), o vocábulo subordinação deriva do latim *subordinatione*, de sub, que significa baixo, e *ordinare*, que remete à noção de ordenar. Logo, denota a submissão ao poder de outrem.

A subordinação decorre, enquanto elemento caracterizador da relação de emprego, da palavra “dependência” inserta no caput do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, como observa Delgado (2016, p. 294), que ressalta ser esta a conclusão a se extrair do disposto no referido artigo de lei.

A importância da subordinação para a caracterização da relação de emprego é tamanha, que apesar da relação de emprego resultar de um conjunto de todos aqueles elementos, será a subordinação o principal elemento caracterizador da relação de emprego, e diferenciador das demais relações de trabalho.

Fato é que o principal elemento a distinguir a relação de emprego e o trabalho prestado de forma autônoma é a subordinação. Logo, é de suma importância a caracterização do elemento em análise.

Anote-se que a subordinação como uma situação em que se encontra o empregado proveniente da limitação contratual de sua autonomia, que transfere a direção de suas atividades laborais àquele que o contratou, e sujeita-se, por conseguinte e, ao poder de organização, controle e ao poder disciplinar do empregador.

O quinto elemento essencial à caracterização da relação de emprego é o fato de ser o trabalho prestado por pessoa física, sendo descaracterizado o vínculo de emprego a prestação de serviços por pessoa jurídica.

O elemento caracterizador em comento é de suma importância ao presente estudo, pois é com base nesse pressuposto que os empregadores lançam mão da contratação de pessoas jurídicas, por exemplo, de forma dissimulada, através do fenômeno que se intitulou “pejotização”, buscando afastar o vínculo empregatício e, conseqüentemente, mitigar os direitos dos trabalhadores, em clara fraude trabalhista.

A necessidade de que o trabalho seja prestado por pessoa física advém do fato de que a relação de emprego não pode ser concretizada entre duas pessoas jurídicas, ou uma pessoa jurídica como prestador de serviços, e uma pessoa física como empregador. Necessário se faz que seja o trabalho prestado por pessoa física.

Resta claro, portanto, que sendo imprescindível a prestação de serviço por pessoa física, este é elemento fático caracterizador da relação de emprego.

3 Fases da formação do contrato de trabalho

Faz-se necessário distinguir as fases do contrato de trabalho, sendo que a doutrina aponta ser o contrato de trabalho composto pela fase pré-contratual, contratual e pós-contratual.

O período pré-contratual se caracteriza pelas negociações travadas entre empregado e empregador no intuito de estabelecer as regras que irão reger o contrato de trabalho, fase esta na qual é o empregado submetido a um processo de seleção que analisa seu perfil e características face à função a ser exercida; o período contratual é o havido entre a contratação verbal ou escrita do empregado, chamada de admissão, e perpetua até o rompimento do contrato de trabalho pela demissão; por derradeiro, tem-se a terceira fase do contrato de trabalho, que é denominada de pós-contratual, que tem início logo após a rescisão do contrato de trabalho (PAMPLONA FILHO, 1999, p. 100).

4 Espécies de contrato de trabalho

Com relação aos tipos de contrato de trabalho, os mesmos só se diferem uns aos outros levando em consideração ao número de os empregados. Assim, segundo Delgado (2016, p. 518) os contratos de trabalho podem ser "individuais (contrato individual de trabalho) ou plúrimos, conforme o número de sujeitos ativos (empregados)".

O contrato individual de trabalho é um contrato normal, como outro qualquer, dentro da esfera justrabalhista, possuidor de todos os requisitos necessários, sendo que sua particularidade ou diferença é que a relação de emprego é firmada entre um empregador e um empregado.

Os contratos de trabalho plúrimos, ou de equipe, possuem as mesmas características do contrato individual de trabalho, mas com uma diferença no que consiste a sua pactuação. É o que ocorre entre o empregador e um grupo de empregados.

Anote-se que nas modalidades dos contratos plúrimos existem uma carência de previsões normativas expressas no Brasil, mas é aceita a sua existência pela doutrina e jurisprudência, consideram-no como sendo um conjunto de contratos individuais de trabalho (DELGADO, 2016, p. 519).

Desta feita, a pactuação desse tipo de contrato é realizada com a particularidade de um coletivo de empresários e obreiros, as quais criam cláusulas assessórias de direitos e obrigações aplicáveis na sua base econômico-social.

Ainda, os contratos de trabalho, em relação à previsão de permanência temporal, foram classificados pela doutrina em contrato por prazo determinado ou indeterminado. A variação ocorre apenas quando configuradas as hipóteses legais tipificadas e expressas, sendo, nos demais casos, sempre presumida a duração do contrato por prazo indeterminado.

O *caput* do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho estabeleceu que os contratos podem ser por prazo determinado ou indeterminado, sendo que estes se diferenciam pelo fato de conter, no primeiro, data ajustada para seu termo, ao passo que no segundo não há previsão antecipada de terminação do pacto laboral.

O contrato por prazo determinado foi regulamentado no §1º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, que o definiu como "o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada" (BRASIL, 1943).

Os contratos por prazo indeterminado são presumidos em qualquer contexto de pactuação empregatícia, pois como pontuou Delgado (2016, p. 520), sua duração é indeterminada, não havendo termo extintivo prefixado, seguindo os princípios da continuidade da relação de emprego e da norma mais favorável. Sobre esta modalidade contratual, comenta Maranhão (2003, p. 259):

O contrato de trabalho, como sabemos, é um contrato sucessivo. Daí resulta que, como acontece com os demais contratos dessa natureza, ele se realiza, de regra, no que se refere à sua duração, sem determinação de prazo. Portanto, o contrato de trabalho caracteriza-se, em princípio, pelo sentido de continuidade; vive enquanto não se verifica uma circunstância a qual a lei atribui o efeito de fazer cessar a relação que dele se origina.

Semelhante são os ensinamentos de Barros (2016, p. 233), que pontuou:

Entre os caracteres do contrato de trabalho apontados pela doutrina, poderão ser arrolados os seguintes: trata-se de um contrato de direito

privado, sinalagmático, de execução continuada, consensual, intuitu personae em relação ao empregado, oneroso e do tipo subordinativo.

Destarte, a indeterminação do tempo de duração do pacto empregatício é regra geral, mormente pelo fato de trazer mais benefícios ao empregado. São garantidas ao empregado condições mais favoráveis de trabalho, dentre elas as possibilidades de adquirir direitos trabalhistas ao longo do tempo, como a multa indenizatória de 40% quando a rescisão ocorrer por dispensa imotivada, multa esta calculada sobre o saldo do FGTS, bem como o aviso prévio, que não incide, por exemplo, sobre o contrato de safra, que é modalidade de contrato a termo. Contudo, o legislador, com a Reforma Trabalhista, introduziu o contrato intermitente que não possui, como característica marcante, a indeterminação, a continuidade, sendo objeto de diversas críticas dentre os estudiosos. Contudo, dada a sua complexidade, esta modalidade de trabalho não será abordada.

5 Alteração do contrato de trabalho.

A alteração das condições do contrato de trabalho tem aplicabilidade cotidiana no âmbito trabalhista, visto que são praticamente inevitáveis ao longo do tempo, mormente pela necessidade de ajuste de vontades em relação à fixação de objeto central, local de prestação de serviço, dentre outros, como salientou Delgado (2016, p. 989).

Martins (2008, p. 333) salienta, ao tratar do tema, que não é o contrato de trabalho em si que se altera, e sim suas condições, suas cláusulas. Não obstante, jamais pode haver modificação unilateral pelo empregador, salvo casos específicos autorizados por lei, conforme a regra de imodificabilidade ou inalterabilidade do contrato de trabalho, lesiva ao empregado, como regulamentou o legislador no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Logo, sendo uma norma de ordem pública, que restringe a autonomia da vontade das partes contratantes, não pode ser alterada.

E Nascimento (2011, pp. 302-303) classifica as alterações em:

[...] a) individuais, quando se circunscrevem a um ou a poucos empregados por motivos de ordem pessoas dos mesmos, como a mudança de horário para compatibiliza-lo com as aulas da Faculdade; b) coletivas, quando abrangem um grupo de empregados da empresa ou de toda uma categoria profissional em razão de um fato comum, como a modificação do sistema de salários ou a redução geral da jornada de trabalho; c) benéficas, sempre que favorecerem o empregado,

geralmente admitidas sem necessidade de autorização da lei, como uma promoção; d) prejudiciais ao empregado, quando o desfavorecem, diminuindo salários por negociação coletiva; e) geográficas, quando o seu objetivo é a transparência do empregado para outra localidade, como a remoção para outra cidade; f) substanciais, quando afetam o conteúdo essencial do contrato individual de trabalho, como o não-pagamento reiterado dos salários (mora salarial); g) secundárias, quando são atingidas condições de trabalho não essenciais, como a ordem do empregador para que o empregado, durante certo período, faça, na empresa, treinamento para requalificação profissional; h) unilaterais, quando a iniciativa de modificação é exclusiva do empregador sem a anuência do empregado; i) bilaterais, quando se tratar de modificação de comum acordo entre empregador e empregado.

Alguns elementos são vistos por Nascimento (2011, p. 303-305) como fundamentais para a validade da alteração, quais sejam: o consentimento de ambas as partes, ou seja, o mútuo acordo, e a não implicação de prejuízos ao trabalhador. Mas, conforme o jus variandi, o empregador tem o direito, em alguns casos específicos de alterar unilateralmente as condições de trabalho de seus empregados, sendo em relação à função, ao salário e ao local de prestação de serviços, estando garantida ao empregado a possibilidade de opor-se às modificações que lhe causarem prejuízos, através do *jus resistentiae*. Nestes casos, pode-se pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho, conforme o art. 483 da CLT, elucidado em tópico posterior.

Por fim, ressalta Delgado (2016, p. 1032) que as alterações contratuais positivas, ou seja, que trazem indiscutivelmente fatores favoráveis ao obreiro, a exemplo do aumento de salário, são considerados alterações lícitas e autorizadas a qualquer tempo e condição.

6 Suspensão e interrupção do contrato de trabalho.

A suspensão e a interrupção do contrato de trabalho não implicam em alteração do contrato de trabalho, e sim na suspensão temporária dos efeitos do pacto laboral, sendo preservado, porém, o vínculo entre as partes.

Conforme define Nascimento (2011, p. 309), "suspensão do contrato de trabalho é a paralisação temporária dos seus principais efeitos, e interrupção do contrato é a

paralisação durante a qual a empresa paga salários e conta o tempo de serviço do empregado".

As hipóteses para suspensão e interrupção do contrato de trabalho foram previstas em lei, com exceção dos casos em que são definidas por acordos coletivos ou por ajuste das partes, sendo este último caso possível apenas quando objetivar atender os interesses do empregado (SÜSSEKIND, 2005, p. 491-492)

Anote-se que a ruptura do contrato, nestes casos, é proibida, devendo o empregado retornar ao emprego no momento em que o motivo que causou o seu afastamento cesse, inclusive recebendo as vantagens agregadas à sua categoria no período de afastamento, como preceituou o art. 471 da Consolidação das Leis do Trabalho: "ao empregado afastado do emprego, são asseguradas, por ocasião de sua volta, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídos à categoria a que pertencia na empresa" (BRASIL, 1943).

Na suspensão do contrato de trabalho não há prestação de serviços por parte do empregado e nem remuneração e, conforme Carrion (2004, p. 337) disserta:

[...] a) licença não remunerada, doença justificada após os primeiros 15 dias (a. art. 474), suspensão disciplinares, suspensão para inquérito do estável, aposentadoria provisória; b) o acidente do trabalho e o serviço militar obrigatório, que, entretanto, se computam para cálculo de tempo de serviço (arts. 4º e 472); c) exercício de cargo público não obrigatório; d) participação em greve, sem salários; e) desempenho de cargo sindical, se houver afastamento; f) participação em curso ou programa de qualificação profissional, em virtude de suspensão do contrato específica do art. 476-A.

Já na interrupção, o empregador continua obrigado a remunerar o empregado no todo, ou em parte, e a contagem do tempo de serviço não é interrompida. São casos de interrupção:

[...] a) domingos e feriados, se o empregado trabalhou durante a semana (L. 605/49); b) férias (CLT, art. 130); c) falecimento do cônjuge, ascendente, irmão ou dependente anotado na carteira profissional (2 dias, art. 473; 9 dias o professor, por falecimento de pai, mãe ou filho, art. 320); d) casamento (3 dias, art. 473; 9 dias o professor, art. 320); e) doação de sangue (1 dia por ano); f) alistamento de obrigações militares para

todos os efeitos; as demais só para tempo de serviço; (...) i) testemunha (CLT, art. 822) ou parte em processo trabalhista (TST, Súmula 155); j) ausências consideradas justificadas pelo empregador, desde que este concorde em pagar os respectivos salários (Barreto Prado, Tratado), com ressalvas; l) gravidez (art. 392 e segs., duas semanas em caso de aborto, art. 392 e 395); m) acidente no trabalho (primeiros 15 dias; D. 3.048/99, arts. 30 e 71); n) doença (primeiros 15 dias; L. 8.213, art. 60, red. L. 9.876/99; D. 3.048/99); o) aviso prévio em dinheiro; p) afastamento para inquérito por motivo de segurança nacional (CLT, art. 472, § 5º, por 90 dias); q) greve, se houver pagamento de salários; r) comparecimento de jurado à sessão do júri (CPP, art. 430); u) comparecimento em juízo (CLT, art. 473, VIII, red. L. 9.853/99) (CARRION, 2004, p. 338).

Por derradeiro, é bom lembrar que no término do período legal de interrupção ou suspensão, seja ele o estipulado por lei ou por via contratual, deve o empregado retornar ao trabalho, sob pena de perder o direito à remuneração e, no caso de decorridos 30 (trinta) dias da cessação dos benefícios previdenciários (percebidos durante o afastamento), é configurado abandono de emprego.

Cumpra-se analisar, ainda, a problemática da extinção do contrato de trabalho, e as modalidades como esta pode se concretizar, objeto do próximo item.

7 Extinção do contrato de trabalho.

Num primeiro momento é importante frisar que, como define Delgado (2016, p. 1094-1095), como nos negócios jurídicos em geral, o contrato de trabalho nasce, cumpre-se parcialmente ou de modo integral e, por fim, extingue-se. O momento de terminação do contrato, como não poderia deixar de ser, é de suma importância no Direito do Trabalho, vigorando neste sentido, dentre as diversas garantias trabalhistas, os princípios da conservação do contrato, da continuidade da relação de emprego, desde que a dispensa não se funde em causa jurídica relevante.

Define Gomes (1999, p. 183) a extinção do contrato de trabalho como:

[...] o acordo de vontades para pôr termo a um contrato, desfazimento, de comum acordo, do laço que prendia os contraentes. Sua pura forma

é, assim, o distrato, mas também o sucede pela vontade de um só dos contratantes. Há, portanto, resilição bilateral e unilateral.

Não há denominação uniforme entre os doutrinadores para a desconstituição do contrato de trabalho, variando entre resilição, rescisão, extinção, dissolução, resolução, etc. Neste trabalho adotou-se, em grande maioria, o termo extinção, usado por Maranhão (2003, p. 554) e Nascimento (2011, p. 479), e porque não dizer a grande maioria dos doutrinadores pátrios.

Fato é que a extinção do contrato de trabalho nunca opera retroativamente, sendo seus efeitos produzidos ex nunc, ou seja, produz seus efeitos somente a partir do momento em que nasceu, sendo que permanecem inalterados até o momento da extinção (GOMES, 1999, p. 187-188).

Anote-se que a terminação contratual de trabalho se dá por diversas formas, classificadas diferentemente entre os doutrinadores, sendo que, para melhor elucidar e adentrar no tema proposto, foi adotada no presente trabalho a classificação de Nascimento (2011, p. 481), que classifica as formas de extinção do contrato de trabalho da seguinte maneira:

[...] a) extinção por decisão do empregador: dispensa do empregado;

b) extinção por decisões do empregado: demissão, dispensa indireta e aposentadoria;

c) extinção por iniciativa de ambos: acordo;

d) extinção por desaparecimento dos sujeitos: morte do empregado, morte do empregador pessoa física e extinção da empresa;

e) extinção do contrato a prazo pelo decurso do prazo fixado ou por dispensa do empregado no curso do vínculo jurídico.

Fato é que em decorrência de qualquer uma destas formas cessam as obrigações recíprocas entre empregado e empregador, sendo a extinção de contrato, na visão de Martins (2013, p. 86), "a terminação do vínculo de emprego, com a extinção as obrigações para os contratantes".

Assim, tem-se a dispensa do empregado, ou seja, a extinção por decisão do empregador. A extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregador pode

ocorrer por justa causa, sem justa causa ou ainda por arbitrariedade do empregador, como sedimentou a doutrina e a legislação brasileira.

Muito embora possa o empregador cessar o contrato de trabalho sem justa causa, o inciso I, do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, que protege o empregado, estabeleceu que: "[...] relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos" (BRASIL, 1988). Ou seja, nestes casos o empregado receberá indenização, sendo que, na ausência de Lei Complementar, a que se refere a Constituição da República, vigora a regra que estabeleceu o percentual da indenização do Fundo de Garantia do Trabalhador, elevado para 40% (quarenta por cento), conforme art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Anote-se que as verbas indenizatórias têm escopo não só na proteção do empregado contra despedida sem justa causa, como também na punição do empregador por despedida arbitrária, como explicou Romita (1997, p. 191):

Proteção contra a despedida arbitrária é a rede de segurança armada pelo ordenamento jurídico com o fim de proibir o empregador de despedir o empregado ou mitigar os prejuízos por este sofridos quando dispensado, num e noutro caso fora das hipóteses autorizadas pelas fontes formais do Direito do Trabalho. Abrange qualquer tipo de medida que tenha por finalidade impedir ou dificultar o término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador: no primeiro caso (impedir), a fonte (lei ou convenção coletiva) prevê a estabilidade; no segundo caso (dificultar), a fonte impõe ao empregador a obrigação de dar aviso prévio ao empregado, pagar-lhe indenização, etc.

Dispensa arbitrária, conforme disserta Martins (2008, p. 371) é "[...] a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro", sendo que a dispensa por motivo técnico é aquela que se justifica por motivo relacionado à organização da atividade do empregador, como por exemplo, o fechamento de um estabelecimento e a consecutiva dispensa dos empregados. Por fim, a dispensa por motivo econômico ou financeiro é aquela referente à insolvência do empregador.

A extinção do contrato de trabalho por justa causa ocorre por falta grave do empregado, falta esta que viola a fidúcia, a confiança estabelecida com a contratação

do empregado. Sobre este tipo de extinção do contrato de trabalho, comenta Maranhão (2003, p. 574):

Como sabemos, do contrato de trabalho derivam para o empregado as obrigações fundamentais de obediência, diligência e fidelidade. Constituem, portanto, justa causa para a resolução do contrato todos os atos do empregado que importarem violação dessas obrigações específicas.

Importante salientar que de acordo com o princípio de Direito Penal, de que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", disposto pelo art. 5º, XXXIX da Constituição da República de 1988, aplicada também neste caso, não haverá justa causa se não houver previsão na lei, sendo necessário que a falta grave cometida pelo empregado seja prevista na Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim estabeleceu o legislador o rol das hipóteses de justa causa para rescisão do contrato de trabalho:

Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade;

b) incontinência da conduta ou mau procedimento;

c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;

d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;

e) desídia no desempenho das respectivas funções;

f) embriaguez habitual ou em serviço;

g) violação de segredo da empresa;

h) ato de indisciplina ou de insubordinação;

i) abandono de emprego;

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único. Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado, a prática, devidamente comprovada e inquérito administrativo, de atos atentatórios a segurança nacional (BRASIL, 1943).

Para Martins (2013, p. 87), são vários os requisitos para a justa causa: o requisito subjetivo, que é a vontade do empregador; o requisito objetivo, que é a tipificação em lei; a gravidade do ato praticado pelo empregado e o nexos de causalidade entre a falta praticada e a dispensa. E o autor acrescentou:

Deve haver proporcionalidade entre o ato faltoso e a punição. O empregador deve punir as faltas mais leves com penas mais brandas, e as faltas mais graves com penas mais severas. O despedimento deve ficar reservado para a última falta ou a mais grave.

Desta feita, o empregador não poderá punir duas vezes a mesma falta do empregado, ou seja, se o empregado já foi suspenso por uma falta, não pode ser dispensado pela mesma falta cometida e já punida. Logo, nos casos de justa causa, a indenização, o seguro-desemprego e o levantamento dos depósitos do FGTS não são devidos pelo empregado, primordialmente por ter o empregado dado motivos à dispensa.

Ainda, há a possibilidade de extinção por iniciativa de ambos. Em comum acordo, as partes (empregado e empregador) podem pôr fim à relação de emprego

através de negociação, em que serão estabelecidas consequências da extinção do contrato.

No caso de acordo, o levantamento de FGTS não é permitido, já que conforme a Lei nº 8.036/1990, que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, no seu art. 20, são taxativas as situações em que a conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada, não sendo o acordo entre empregado e empregador uma das hipóteses estabelecidas pelo legislador para levantamento do saldo de fundo de garantia por tempo de serviço.

Logo, as verbas indenizatórias não são devidas neste caso, mas todas as verbas podem ser negociadas no acordo, com exceção das verbas salariais e as férias vencidas, que não poderão ser transacionadas, por se tratar de direito indisponível, dos quais o trabalhador não pode dispor, ainda que tenha a intenção de delas transacionar.

Não há que se confundir extinção por iniciativa de ambos com lide trabalhista simulada, pois essa modalidade é fraude a Justiça do Trabalho, e gera consequências jurídicas para as partes envolvidas, já que empregado e empregador simulam uma ação reclusat6ria para homologar acordo perante o Judici6rio.

Logo, n6o se trata de simular uma dispensa sem justa causa porque empregado e empregador n6o mais pretendem manter o v6nculo de emprego. 6, pois, modalidade de extin66o aut6noma, que parte da manifesta66o de vontade dos sujeitos da rela66o jur6dica.

Ainda, h6a rescis6o por emiss6o, dispensa indireta e aposentadoria: extin66o do contrato de trabalho por decis6o do empregado.

Disserta Martins (2008, p. 390) que a "demiss6o 6 o aviso que o empregado faz ao empregador de que n6o mais deseja trabalhar na empresa", ou ainda, segundo Nascimento (2011, p. 510), "pedido de demiss6o 6 a comunica66o do empregado ao empregador de que n6o pretende mais dar continuidade ao contrato de trabalho".

Neste caso, n6o tem o empregado direito 6s verbas indenizatórias nem 6s demais verbas garantidas no caso de despedida arbitrária, fazendo jus apenas ao 13º sal6rio proporcional e as f6rias vencidas ou proporcionais.

A dispensa indireta, segundo disserta Martins (2008, p. 390) "6 a forma de cessat6o do contrato de trabalho por decis6o do empregado em virtude de falta grave praticada pelo empregador".

Assim, como na dispensa sem justa causa por parte do empregador, a rescisão indireta gera direito às verbas indenizatórias, e necessita também de previsão legal da falta cometida. Estabeleceu o art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;*
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;*
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;*
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;*
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;*
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;*
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários;*

§1º O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§2º No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, e facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§3º Nas hipóteses das letras "d" e "g", poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo (BRASIL, 1943).

Anote-se, ainda, que estabelece o ordenamento jurídico que a aposentadoria é uma terceira forma de extinção do contrato de trabalho por decisão do empregado, modalidade esta que será tratada no momento oportuno, dada a importância para o estudo ora apresentado.

De igual forma, extingue-se o contrato de trabalho por desaparecimento de algum dos sujeitos do contrato de trabalho. A extinção do contrato de trabalho, por desaparecimento dos sujeitos, pode ocorrer nas seguintes ocasiões: morte do empregado, morte do empregador pessoa física ou extinção da empresa.

A extinção do contrato de trabalho, nestes casos, ocorre por ser impossível a sua continuidade, visto que um dos sujeitos não mais está em condições de cumprir o contrato, ou simplesmente não existe mais.

Em caso de morte do empregado, como disserta Martins (2013, p. 93), havendo herdeiros, o FGTS, o saldo de salários, as férias vencidas, as férias proporcionais e o 13º salário proporcional serão transferíveis aos herdeiros. No entanto, o aviso prévio é indevido, já que não há dispensa por parte do empregador.

No caso de morte do empregador pessoa física (empregador constituído em empresa individual), estabelece o § 2º do art. 483 da CLT:

Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

[...] § 2º No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho (BRASIL, 1943).

Destarte, a morte de empregador pessoa física, como determinou o legislador, no caso de continuidade da atividade empresarial através de outros titulares, não interfere no contrato de trabalho, sendo facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho. No entanto, no caso de extinção do estabelecimento, ocorre a terminação do contrato e, neste caso, a Lei nº 8.036/1090, em seu art. 20, II, autoriza o empregado a sacar o FGTS.

Na hipótese de extinção da empresa ou de uma das filiais, seja por motivo de força maior, ato do governo, impossibilidade de prosseguimento do negócio ou ainda sem nenhum destes motivos, o empregado fará jus a todos os direitos previstos na legislação, já que não foi ele quem deu motivo à terminação do pacto laboral, como

salienta Martins (2013, p. 93), para quem "os riscos do negócio não podem ser transferidos para o trabalhador".

Outrossim, há a extinção do contrato a termo. O contrato a termo, a princípio, mormente por sua característica determinante de lapso temporal de duração do vínculo empregatício determinado, termina no momento pré-estipulado contratualmente, sendo as partes protegidas em caso de rescisão arbitrária antes do momento oportuno.

Quando a iniciativa da rescisão antes do prazo estabelecido é do empregador, deverá o mesmo indenizar o empregado com a metade da remuneração restante até o fim do contrato, como preconizou o art. 479 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 479. Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato.

Parágrafo único - Para a execução do que dispõe o presente artigo, o cálculo da parte variável ou incerta dos salários será feito de acordo com o prescrito para o cálculo da indenização referente à rescisão dos contratos por prazo indeterminado (BRASIL, 1988).

No caso de rescisão de contrato por parte do empregado antes do prazo determinado pela via contratual, deve o trabalhador indenizar o empregador pelos prejuízos que a ele resultou a rescisão, não podendo exceder a quantia a que teria direito até o fim do prazo contratado, conforme estipulou o legislador no art. 480 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual dispôs que:

Art. 480. Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultem.

§1º A indenização, porém, não poderá exceder àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições (BRASIL, 1943).

Pode derradeiro, como pontua Martins (2013, p. 94), em caso de término do contrato de trabalho no tempo determinado contratualmente, o empregado tem

direito ao FGTS, ao 13º salário proporcional e férias proporcionais, não tendo direito ao aviso prévio nem à indenização de 40% do FGTS, já que a iniciativa da rescisão não foi do empregador.

8 Estabilidade

Inicialmente importa registrar que inexistem entre os estudiosos do direito uma classificação uníssona, sendo encontradas dentre os doutrinadores várias apresentações, a depender do ponto de vista adotado pelo autor para classificar as estabilidades.

Martins (2013, p. 418) lembra que a estabilidade pode ser absoluta ou definitiva, que ocorre quando o empregado não pode ser dispensado, como acontecia com a hipótese da estabilidade decenária narrada por Barros (2016).

Como dito, a estabilidade também pode ser relativa ou provisória, como ocorre nas hipóteses em que o trabalhador não pode ser dispensado em certo período de tempo, como os cipeiros, gestantes, dirigentes sindicais e o acidentado.

Já Delgado (2016, p. 1244) aponta classificação diversa, apresentando as situações de estabilidades mais importantes:

a) estabilidade celetista antes da promulgação da Constituição, onde o trabalhador com 10 (dez) anos e um dia trabalhado adquiria a estabilidade;

b) estabilidade proveniente do art. 19 do ADCT - Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, aplicável ao servidor público "celetista", que com 05 (cinco) anos no emprego ao tempo da Constituição da República passaram a serem servidores públicos, e com isso considerados estáveis;

c) estabilidade do art. 41 da Constituição de 1988, referente à estabilidade do empregado público concursado.

Barros (2016, p. 969), por sua vez, que muito bem apresenta as possibilidades das estabilidades provisórias ou garantia de emprego, afirma que é aquela estabilidade em virtude de uma circunstância passageira e por lapso temporal definido como segue:

a) ao empregado dirigente sindical, inclusive suplente, desde o registro de sua candidatura e, se eleito, até um ano após o término do mandato (art. 8º, inciso VIII, da Constituição da República, e art. 543, § 3º, da CLT);

b) à empregada urbana, rural, avulsa, doméstica no ciclo gravídico-puerperal, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e art. 4º, da Lei nº 5.859, de 1972, alterada em julho de 2006);

c) ao empregado eleito para cargo de direção das CIPA (representante), cuja dispensa arbitrária é vedada desde o registro da candidatura e, se eleito, até um ano após o término do mandato (art. 10, inciso II, alínea “a”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) estendendo-se essa garantia ao suplente, a partir da Constituição de 1988, nos termos da Súmula nº 339, inciso I, do TST;

d) ao empregado acidentado, pelo prazo de 12 (doze) meses após o término do auxílio doença-acidentário (art. 118, da Lei nº 8.213/1991);

e) aos dirigentes de cooperativas de empregados (art. 55 da Lei nº 5.764 de 1971)

f) aos empregados, membros de Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o término do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da Lei (§ 1º, do art. 625-B da CLT, incluído pela Lei nº 9.958 de 12 de janeiro de 2000);

g) aos empregados que representam os trabalhadores no conselho curador do FGTS (art. 3º, a§ 9º da Lei n. 8.036 de 1990);

h) ao representante de empregado no Conselho Nacional de Previdência Social (art. 3º, § 7º, da Lei 8.213, de 1991).

Importa registrar que, segundo Barros (2016, p. 980), muitas das estabilidades provisórias foram criações jurisprudenciais, embora hoje se encontrem inseridas em lei.

Nascimento (2011, p. 454-456) classifica a estabilidade em geral e especial. A estabilidade geral é digna para todos os empregados e em especial para os empregados em determinadas condições, podendo resultar de negociação coletiva. Por sua vez, a estabilidade especial é oriunda de uma condição particular do trabalhador e tem caráter provisório, pois perdura até o momento da cessação da causa que foi atribuída.

Além dessas classificações, Malta e Carlos (1991, p. 46) ainda apresentam os seguintes casos, que denominam de estabilidade especial:

a) dirigentes de cooperativas de empregados, que possuem as mesmas garantias asseguradas aos dirigentes sindicais (art. 543, § 3º, da CLT e art. 55 da Lei nº 5.674/1971);

b) empregados que representam os trabalhadores no Conselho Curador de FGTS, que tem início com a sua nomeação até um ano após a cessação do mandato (art. 3º, § 9º, da Lei nº 8.036/1990);

c) representante de empregado no Conselho Nacional da Previdência Social, ao qual é assegurada a estabilidade a partir da sua nomeação até um ano após o término do mandato de representação (art. 3º, § 7º, da Lei nº 8.213/1991);

d) deficiente habilitado e trabalhador reabilitado, conforme Lei nº 8.213/1991;

e) servidores públicos em períodos eleitorais, criada pelas consecutivas leis eleitorais.

Ainda, cumpre salientar que ao dirigente sindical (art. 543, § 3º da CLT) será aplicada por analogia a Súmula nº 197 do Supremo Tribunal Federal, pois entende que “o empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave”, ou seja, será admitida a rescisão contratual em decorrência de falta grave, que deverá ser comprovada através de inquérito judicial (art. 853 da CLT), diferentemente das demais hipóteses das estabilidades especiais (NASCIMENTO, 2011, p. 457).

Destarte, essas estabilidades provisórias no emprego são de natureza temporária, proibindo a dispensa dos trabalhadores, impondo, por determinado

período, restrição ao reconhecido direito potestativo do empregador de, a qualquer tempo e sem motivação, por fim ao contrato de trabalho.

9 Conclusão

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, as questões afetas ao contrato individual de trabalho. Viu-se que este encontra previsão expressa na Consolidação das Leis do Trabalho, como modalidade de negócio jurídico.

Para a sua configuração, como visto, na modalidade de relação de emprego, alguns elementos precisam estar presentes, quais sejam, a prestação de serviços por pessoa física, com personalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação. Logo, é o empregador que assume os riscos do negócio, podendo ser pessoa jurídica ou pessoa física. Contudo, o trabalhador será sempre pessoa física.

O contrato de trabalho que interessa ao presente estudo, como dito, é o individual, regulamentado no art. 442 da CLT. Porém, nada obsta a formação de contratos plúrimos. E ainda quanto aos tipos de contrato de trabalho prevalece o entendimento doutrinário que os classifica como por tempo determinado, quando há um termo final, expressamente previsto em contrato, ou por prazo indeterminado. Esta é a regra do contrato de trabalho, que é norteado pelo princípio da continuidade.

O contrato de trabalho, ainda, pode ser alterado. Trata-se, por exemplo, de alterações relativas ao local da prestação de serviços, ou mesmo o seu objeto. Contudo, deve manter os direitos dos trabalhadores, sendo vedada a alteração com fulcro na mitigação e direitos dos trabalhadores.

Há situações previstas em lei que configuram hipóteses de suspensão e interrupção do contrato de trabalho. A suspensão é a paralisação temporária dos efeitos no negócio jurídico, enquanto a interrupção é a paralisação que não afeta, por exemplo, o pagamento de salários e a contagem do tempo. São exemplos de interrupção o descanso semanal remunerado e a licença para doação de sangue, enquanto configura suspensão o afastamento por acidente de trabalho nos primeiros 15 dias.

No que tange a extinção do contrato de trabalho restou claro que várias são as formas como pode se configurar. Logo, pode ter por iniciativa a vontade do empregador ou do empregado, ou mesmo o acordo mútuo, além, claro, das hipóteses que independem da vontade das partes, como o falecimento do empregado, por exemplo.

Por fim, viu-se que há situações em que a legislação assegura ao trabalhador a estabilidade. Não se trata da estabilidade decenal, consagrada anteriormente à Constituição Federal. A estabilidade atualmente é sempre provisória e consiste em uma garantia de emprego. É o que ocorre, por exemplo, com os membros eleitos para a CIPA e a empregada gestante que, até cinco meses após o parto, não pode ser demitida.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, 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: 23 out. 2019.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). **Direito do Trabalho: Estudos**. São Paulo: LTr, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTR, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13. ed. Forense: Rio de Janeiro: 1999.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARANHÃO, Délio. Contrato de Trabalho. *In*: SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 34. ed. São Paulo: 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 37. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. *In*: RODRIGUES, Aluísio (coord.). **Direito Constitucional do Trabalho**, v. II. São Paulo: LTr, 1997.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et. al.* **Instituições de direito do Trabalho**, v. 2. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS: PREJUÍZOS CAUSADOS POR ROBÔS INVESTIDORES

ANTONIO ARAÚJO AUGUSTO NETO:

Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil (campus
Fernandópolis).

ÉRICA CRISTINA MOLINA DOS SANTOS.

(orientadora)

Resumo: A tecnologia tem revolucionado o mundo contemporâneo, bem como as relações preestabelecidas. Seguindo essa tendência, as bolsas de valores abandonaram o pregão presencial e adotaram o eletrônico, o que provocou o surgimento da negociação algorítmica. Costumeiramente referenciados como robôs investidores, os algoritmos de negociação surgiram causando alvoroço entre os operadores inexperientes, culminando na democratização do acesso à cultura de investimento, visto que certas transações financeiras passaram a ser executadas automaticamente. Entretanto, a crescente utilização e conjugação dos algoritmos de inteligência artificial e de aprendizagem de máquina, provocam incertezas na identificação de quem deverá arcar com a pretensão indenizatória ou ressarcitória avocada no âmbito da responsabilidade civil, quando os robôs investidores praticam atos geram prejuízo financeiro ao usuário. Dessarte, considerando que o exponencial crescimento da tecnologia modifica sobremaneira a realidade fática e que há lentidão na atualização de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sedimentados, o tema ganha notável relevância, mormente pelo eminente risco de ensejarem grandes prejuízos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Robôs. Bolsa de valores.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1 A PROGRAMAÇÃO TRADIONAL. 2 O ADVENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. 2.1 Aprendizado de Máquina. 3 NOÇÕES GERAIS DO SISTEMA FINANCEIRO. 3.1 Órgãos Reguladores do Sistema Financeiro Nacional. 4 O USO DE ALGORITMOS NA BOLSA DE VALORES. 4.1 A Personalidade Digital. 4.2 Efeitos Negativos Advindos da Implementação da Personalidade Digital. 5 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 (CC). 5.1 Sob a Ótica do Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC). 5.2 Sob a Ótica da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (CLT). 6 PRÉVIA ANÁLISE DO PERFIL DE RISCO DOS USUÁRIOS. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A bolsa de valores brasileira, conforme dados divulgados pela Brasil Bolsa Balcão (B3) (2020), não obstante a situação pandêmica vivenciada mundialmente, encontra-se em franca expansão, contabilizando altas mensais nos registros de pessoas físicas cadastradas junto à instituição. No entanto, em se tratando de mercado extremamente volátil e demandante de análise técnica criteriosa, enseja, muitas das vezes, elevadas perdas financeiras aos investidores novatos.

Neste escopo, considerando que a tecnologia algorítmica consegue analisar uma elevada quantidade de informações, além de ser rápida e isenta de emoção, era esperado que, visando maximizar a margem de lucro, tal ferramenta fosse implementada no mercado financeiro, o que de fato ocorreu através dos famigerados robôs investidores.

Todavia, em que pese a boa intenção dos programadores, a implementação de predita tecnologia para a tomada de decisões a partir de dados que se modificam rapidamente, não isenta o usuário das intempéries do mercado, as quais podem resultar em prejuízo financeiro. Soma-se a isso, o fato de estarem vulneráveis aos erros sistêmicos e aos ataques mal intencionados.

Outrossim, considerando que a criação de uma inteligência artificial envolve um grande número desenvolvedores, exsurge-se a problemática de a quem pertence a responsabilidade civil de indenizar os prejudicados por investimentos equivocados procedidos pelas inteligências artificiais. O tema ganha notável relevância quando consideramos a possibilidade de autoaprendizagem por parte da inteligência artificial que, em tese, possuiria o cunho de desconfigurar a responsabilidade objetiva de seu criador ou fornecedor.

Neste escopo, portanto, mostra-se necessário analisar a responsabilidade civil advinda de prejuízos causados por robôs investidores dotados de inteligência artificial na bolsa de valores, evidenciando a suficiência ou insuficiência da legislação atualmente em vigor. Ao ensejo, adotamos a metodologia de: a) quanto a sua finalidade, a pesquisa básica e pura; b) quanto ao seu objetivo, uma pesquisa exploratória; c) quanto aos procedimentos, a pesquisa bibliográfica; d) quanto a natureza, pesquisa qualitativa, e; e) quanto ao local, pesquisa de campo.

Em suma será necessário dispor sobre a programação tradicional, adentrando ao moderno tópico da inteligência artificial associada ao aprendizado de máquina, seguido de um breve adendo sobre a bolsa de valores e o sistema financeiro nacional. Após, haverá análise da responsabilidade civil decorrente de prejuízos causados pelas

inteligências artificiais, observando-se disposições do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC), Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC) e Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (CLT).

I A PROGRAMAÇÃO TRADICIONAL

Inicialmente, deve-se saber que, para alcançarem determinados objetivos, os programadores tradicionais desenvolvem seus projetos por meio de linhas de código, denominadas de algoritmos, que podem estar em diversas linguagens, tais como, entre outras, o Python, o C++ ou o Java. Logo, na programação tradicional o criador orienta a criatura de forma clara e precisa, sendo que a máquina sempre estará atada a uma ordem predeterminada. Frisa-se, para uma melhor compreensão, que os algoritmos podem ser definidos como uma sequência lógica de instruções que guiam as máquinas, possibilitando-as atingirem determinados objetivos.

Ademais, as unidades físicas de processamento presentes em diversos dispositivos eletrônicos, popularmente conhecidas como processadores, são compostas por bilhões de transistores que, recebendo comandos dos algoritmos, administram o fluxo e influxo de energia, bilhões de vezes por segundo. Simplificadamente, os algoritmos orientam o circuito físico a como executar certa tarefa por meio de impulsos elétricos e, sejam algoritmos complexos ou não, podem representar as seguintes operações: E, OU e NÃO” (DOMINGOS, 2017).

2 O advento da inteligência artificial

Normalmente o tema epigrafado é associado a um futuro distante, porém os estudos científicos nesta área se iniciaram com o empenho de Warren McCulloch e Walter Pitts, nos Estados Unidos, em meados de 1943, sendo cunhado de “Inteligência Artificial” somente em 1956, durante um discurso de apresentação de John McCarthy em um evento promovido em Dartmouth College, no município norte-americano de Hanover (KAPLAN, 2016).

Embora os pesquisadores sustentassem que a inteligência artificial provocaria uma revolução dentro de poucos anos, os avanços aquém do esperado provocaram a diminuição nos incentivos financeiros destinados à área, dando ensejo ao termo “inverno da inteligência artificial”. O tema tornou a ser relevante após o advento do segundo milênio, devido a uma série de fatores, como o maior acesso à internet de banda larga, o aumento de circulação de dados e, principalmente, pelo aumento da capacidade de processamento dos circuitos eletrônicos (PARENTONI; VALENTINI; ALVES, 2020).

O desenvolvimento da área tem ocorrido com base em quatro métodos de estudo diferentes que conceituam a inteligência artificial como: a) "O novo e interessante esforço para fazer os computadores pensarem (...) máquinas com mentes, no sentido total e literal" (HAUGELAND, 1985); b) "O estudo das faculdades mentais pelo uso de modelos computacionais" (CHARNIAK; MCDERMOTT, 1985); c) "A arte de criar máquinas que executam funções que exigem inteligência quando executadas por pessoas." (KURZWEIL, 1990), e; d) "Inteligência Computacional é o estudo do projeto de agentes inteligentes" (POOLE; GOEBEL; MACKWORTH, 1998).

Em linhas gerais, os itens "a" e "b" se relacionam aos processos de pensamento e raciocínio, enquanto os itens "c" e "d" se referem ao comportamento. De modo diverso, as definições acostadas pelos itens "a" e "c" medem o sucesso em termos de fidelidade ao desempenho humano, enquanto os itens "b" e "d" medem seu sucesso, comparando-os a um conceito ideal de inteligência, chamado de racionalidade. Cite-se que é considerada racional toda decisão baseada no conhecimento que determinado ente possui, mesmo que, do ponto de vista fático, não esteja correta (RUSSELL; NORVIG, 2013).

Pelas evoluções tecnológicas que ocorreram, o atual conceito de inteligência artificial em muito se difere daquele inicialmente apregoado. Como mencionado acima, embora não exista consenso, simplificadamente a inteligência artificial "*pode ser definida como um ramo da ciência da computação que se ocupa da automação do comportamento inteligente*" (LUGER, 2013).

Ressalte-se o fato de que esta ciência não deve ser limitada aos métodos biologicamente observáveis (MCCARTHY, 2007), haja vista que o homem só conseguiu alcançar os ares, após desconsiderar a ideia de desenvolver dispositivos que reproduzissem o voo de um pássaro (FREITAS, 2018). Abstraindo-se da ideia de inteligência biológica, talvez o ser humano consiga descobrir um meio para desenvolver o algoritmo mestre para inteligência artificial (DOMINGOS, 2017), o que ainda não ocorreu.

Desta maneira, a inteligência artificial é, ao mesmo tempo, um ramo da ciência que busca compreender o fenômeno do pensamento inteligente e um ramo da engenharia que almeja desenvolver meios aptos para que as máquinas executem tarefas que, atualmente, os seres humanos desenvolvem com maior excelência (RUSSELL; NORVIG, 2003).

1.1 Aprendizado de Máquina

A princípio, imprescindível salientar que o termo *machine learning*, amplamente conhecido como aprendizado de máquina, é uma espécie englobada pelo gênero denominado inteligência artificial, visto que a capacidade de aprendizagem é inerente àquele que é dotado de inteligência, isto é, esta somente ocorre quando há capacidade de agregar conhecimento e utilizá-lo para aperfeiçoar a execução de certa empreitada. Isso significa que há interdependência entre inteligência artificial e o aprendizado de máquina, sendo que o segundo é um dos pressupostos para a existência do primeiro (FACELI *et al.*, 2011).

No método arcaico de criação de programas, pressupõe-se o conhecimento técnico e a criatividade do ser humano, pois a maioria dos softwares que atualmente se encontram em uso, utilizam-se de códigos programados por humanos. Neste escopo, pela programação tradicional, os dados entram no computador, são analisados por algoritmos predeterminados pelos programadores, alcançando-se certo resultado em sua saída.

Em se tratando de aprendizado de máquina, contudo, ocorre o contrário, visto que se fornece à máquina certa quantidade de dados, juntamente com o resultado almejado. A partir disso, a própria máquina produz o algoritmo que aparenta ser o mais adequado ao caso. Portanto, o denominado algoritmo de aprendizado detém a capacidade de desenvolver outros algoritmos, bem como de se aperfeiçoar por meio da análise dos dados e resultados. Logo, a própria máquina desenvolve o programa necessário, adequando-se ao resultado previamente apresentado (DOMINGOS, 2017).

Sem pormenorizar, os computadores são programados para aprender com experiências pretéritas, por meio do método dedutivo, auferindo conclusões de uma base estrita e preestabelecida de exemplos. Portanto, os preditos algoritmos de aprendizagem induzem uma função ou hipótese apta a solucionar certo infortúnio. Busca-se uma capacidade de conclusão genérica que possua precisão elevada (FACELI *et al.*, 2011).

Neste meio há muita preocupação com a qualidade dos dados fornecidos à máquina, vez que os algoritmos os utilizam como base para se desenvolverem. Assim, pode acontecer de se fornecer dados acima ou abaixo do ideal. No primeiro caso a máquina pode se tornar especialista em um determinado assunto, atribuindo àquela chave um excessivo valor, prejudicando a análise global do assunto. No segundo os resultados serão imprecisos. Mencionados fenômenos, na ciência da computação, são referidos, respectivamente, como *overfitting* e *underfitting* (FACELI *et al.*, 2011).

Por fim, insta salientar que estes algoritmos, normalmente, demandam grande quantidade de dados para se aperfeiçoarem, o que motivou os investimentos na área após o advento da internet. Sabendo disso, é evidente que as grandes *startups*, como a Google e o Facebook, utilizariam os dados de seus usuários para otimizar seus ganhos e melhorarem a usabilidade de seus ecossistemas (ALMEIDA, 2019), tal como ocorre com os robôs investidores.

3 NOÇÕES GERAIS DO SISTEMA FINANCEIRO

Em uma sociedade moderna, o sistema financeiro é primordial para o crescimento estável dos países, possibilitando-os equilibrarem as diferenças sociais existentes e observarem a dignidade da pessoa humana. A ciência financeira tem como objetivo melhorar alocação de recursos econômicos, tendo em vista que geralmente os desejos superam a capacidade econômica dos agentes.

Conforme sustentava Robbins (1945), todos os bens são escassos e, dependendo de sua procura ou necessidade, não existirá o suficiente para suprir o desejo de todos os interessados. Entretanto, existem aqueles que são considerados superavitários, vez que, por motivos variados, constituem certa quantia de reserva.

Desde que não sejam direcionados às necessidades prementes, é comum que o superavitário desenvolva o interesse em emprestar sua reserva àquele considerado deficitário, tendo em vista que, ao aplicar sua receita, poderá auferir lucros com percentuais acima dos índices de inflação e de depreciação do poder econômico, além de adquirir o direito de cobrar pelos riscos e pela mora que a operação o expõe.

Todavia, com o decorrer do tempo, constatou-se que este processo era dificultado pelo fato de nem sempre os agentes possuíam contato direto uns com os outros (PINHEIRO; SADDI, 2005). Assim, criou-se a bolsa de valores, de modo a reunir os deficitários e os superavitários em um único ambiente. Conclui-se, por conseguinte, que a bolsa de valores é um ente facilitador de negócios e fomentador da circulação de riquezas, sendo que a necessidade de sua existência advém da indispensabilidade de velocidade e de baixo custo na negociação de bens ou ativos.

Vale mencionar que as transações celebradas por meio dela poderiam ser celebradas por meio de contrato particular com registro no cartório de notas, por exemplo. Este método, no entanto, prejudicaria a rapidez requerida pelo mercado contemporâneo, além de engessar os investimentos as modalidades de médio e longo prazo.

Anote-se que a presença de deficitários na economia é, concomitantemente, forte característica do sistema capitalista e um dos pressupostos para existência do mercado

de capitais, um dos nichos presentes na bolsa de valores, tendo em vista que não haveriam motivos para ocorrência de investimentos, caso todos possuíssem receitas equivalentes às demandas.

1.2 Órgãos reguladores do Sistema Financeiro Nacional

É primordial não confundir o Sistema de Finanças Públicas (SFP), com o Sistema Financeiro Nacional (SFN), porquanto este diz respeito aos entes privados, inclusive as instituições administradas pelo poder público que atuam como pessoa jurídica de poder privado (LEITE, 2016). O Sistema Financeiro Nacional (SFN), é constituído pelos setores normativo, supervisor e operador.

O setor normativo, atendendo aos objetivos governamentais, legisla normas para o sistema, o qual é composto pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e o Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC).

O setor supervisor monitora o respeito ao estabelecido pelo setor normativo, sendo formado por Banco Central do Brasil (BCB), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC).

O setor operador engloba todas as demais instituições, sejam públicas ou privadas, desde que ligadas às movimentações financeiras.

A Brasil Bolsa Balcão (B3), integrante deste último setor, fruto da fusão da Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de São Paulo (BM&FBOVESPA) e da Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP), é a principal bolsa de valores em território nacional.

Por oportuno, é importante mencionar que, embora a Brasil Bolsa Balcão (B3) seja a principal e única bolsa brasileira habilitada para negociar ações, existem outras que mercantilizam valores, mercadorias e futuros que, igualmente a Brasil Bolsa Balcão (B3), são fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

4 O USO DE ALGORITMOS NA BOLSA DE VALORES

O atual método para aquisição e alienação de bens e ativos, em muito se difere do utilizado anos atrás, haja vista que, com o advento da tecnologia, o pregão presencial se tornou eletrônico. A atual velocidade de disseminação das informações do mercado financeiro, aliada aos recursos informáticos, fomentou novas modalidades de negociação no mercado financeiro, tal qual a por algoritmos.

Neste sentido, destaca-se o contínuo crescimento de utilização dos robôs de *high frequency trading* (HFT), conhecidos por operarem em alta frequência, os quais utilizam algoritmos de inteligência artificial associados a máquinas com alto poder de processamento e que determinam automaticamente os parâmetros de negociação, com pouca ou nenhuma intervenção humana. Nesta modalidade, o lucro provém da junção de três fatores: a) execução simultânea de muitos contratos; b) pequenos lucros em *spread*, ou seja, pequenas variações entre os valores de compra e de venda, e; c) operações que são iniciadas e finalizadas no intervalo de segundos ou milissegundos.

Consigna-se que predita tecnologia é disciplinada, entre outras, pelo disposto na Instrução n. 558/15 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), sendo seus usuários objetivamente responsáveis pelos danos eventualmente causados.

No entanto, pelo grande volume de negociações simultâneas, ainda que o *high frequency trading* (HFT) utilize tecnologia avançada, requer uma estrutura apropriada para o seu adequado funcionamento. Isso porque a formalização de ordens de compra ou venda em lote, antes ou depois do tempo adequado, pode propiciar prejuízos de grande monta.

Atentos ao mencionado risco, seus usuários adotaram a prática do *co-location*, isto é, passaram a instalar servidores particulares junto ao centro de processamento de dados da bolsa de valores, a fim de anularem quaisquer riscos de auferirem prejuízos em decorrência da baixa latência entre a emissão da ordem de compra ou venda e sua respectiva recepção e execução pelo sistema informatizado da Brasil Bolsa Balcão (B3). Clarividente que, em função de seu alto custo de manutenção, somente as grandes instituições financeiras se utilizam da citada tecnologia, conforme é possível extrair de precedentes da Comissão de Comércio de Mercadorias e Futuros (CFTC) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), mencionados por Costa (2018).

Com efeito os robôs de alta frequência buscam lucros imediatos e possuem elevado poder de compra, visto que são administrados pelas grandes instituições. Considerando tais constatações, inevitavelmente, conclui-se que há grande possibilidade de tal tecnologia contribuir para o rápido agravamento de instabilidades no mercado financeiro, tal como ocorreu na fatalidade conhecida como *Flash Crash* em maio de 2010 (KIRILENKO *et al.*, 2014).

Por outra banda, demandando um investimento consideravelmente menor, grande parcela dos investidores se tornou usuário de robôs *advisors*, conhecidos no Brasil como robôs consultores. Estes, que se subdividem em robôs consultores assistentes, robôs consultores gestores e os robôs consultores de ordens, derivam-se da

programação tradicional, podendo ou não contar com alguns algoritmos de inteligência artificial.

Regulamentados pelo artigo 16 da Instrução n. 592/17 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), os robôs consultores assistentes atuam aconselhando seus usuários a executarem certos investimentos, com base no perfil de risco do usuário e na análise de mercado. Assim, considerando a liberdade detida pelos usuários desta subespécie, trata-se de ferramenta destinada a otimizar a negociação daqueles que já possuem um bom conhecimento do mercado.

Por outra banda, disciplinados pelo artigo 1º da Instrução n. 558/15 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), os robôs consultores gestores administram a carteira de investimentos de maneira autônoma, emitindo ordens de compra e de venda sem prévia autorização do usuário, tendo como base o perfil de risco do utilizador e sua análise algorítmica do mercado. Na mesma linha procedimental dos robôs consultores gestores, existem os robôs consultores gestores de ordens, os quais buscam lucros rápidos em meio as variações do mercado.

Em outras palavras, os robôs consultores gestores gerem autonomamente a carteira do usuário mais conservador, por meio de aplicações de médio e longo prazo. Por sua vez, os robôs consultores gestores de ordens executam automaticamente transações que visam lucro em curto prazo, na modalidade de *day trade*, ou seja, operações financeiras que são iniciadas e finalizadas dentro do mesmo pregão (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2019).

Vale ressaltar que, embora a autonomia do investidor seja completamente furtada, as duas espécies de robôs consultores gestores se mostram como um meio apto à democratização da cultura de investimentos, vez que é a porta de entrada àqueles que não possuem conhecimento suficiente para operar no mercado financeiro ou dispõem de pouco tempo para acompanhá-lo.

No entanto, habitualmente os robôs se tornam especialistas em certos cenários econômicos, apresentando ganhos consistentes em certos momentos, mas noutros, perdas consideráveis. Não raro, os usuários ou a corretora monitoram a aquisição e alienação dos contratos executados pelos robôs, a fim de dirimirem quaisquer prejuízos provenientes de negociações inadequadas.

Nesta conjuntura, é importante destacar que, pelo fato de alguns robôs consultores não possuírem engenharia computacional complexa, quando comparados com os de alta frequência, pode ocorrer de desconsiderarem informações que desestabilizam o mercado, de modo que o algoritmo continua com o mesmo método de atuação, mesmo que sempre resultem em prejuízo. Desigualmente, os robôs que contam com

a inteligência artificial e o aprendizado de máquina, podem desenvolver tal habilidade com o decorrer do tempo, maximizando seus ganhos e minimizando suas perdas.

Em regra, pela sua natureza estritamente lógica, os robôs consultores executam ordens de compra e venda tendo por base indicadores gráficos. Além disso, a maioria dos usuários os configuram tendo por base as técnicas de *price action*, consistentes na tomada de decisões analisando somente as variações do preço de determinado bem ou ativo. Assim, diferentemente dos investidores humanos que podem acompanhar as especulações que surgem em noticiários, essa espécie de robô realiza as operações após analisar o mercado de um ponto de vista meramente estatístico.

Todavia, segundo relatório disponibilizado pela Bloomberg (2019), atualmente existem robôs que possuem algoritmos que reconhecem a linguagem natural e que, em tese, poderiam se conscientizar das expectativas por meio de análise das notícias, ajustando sua colocação no mercado. Predito documento evidencia que a maioria desses algoritmos não conseguem notar informações sutis e podem causar prejuízos de grande monta, inclusive, ressalta a necessidade do investidor se antecipar as notícias que causam impacto no mercado financeiro, bem como apresenta um modelo de classificação de notícias que combina dois algoritmos associados ao aprendizado de máquina, quais sejam, o *Support Vector Machine* (SVM) e *K-Nearest Neighbors* (KNN).

De todo modo, cite-se que todos os robôs estão sujeitos as fatalidades imprevisíveis que podem acarretar desacertos sistêmicos, tais como o ataque de *hackers*, problemas em peças físicas que integram os sistemas computacionais ou a desacertada programação de algoritmos, seja por culpa do programador na ocorrência de *overfitting* e *underfitting*, ou decorrente de incoerências no processo de autoaprendizagem (BARBOSA, 2020).

1.3 A Personalidade Digital

A implementação da tecnologia algorítmica como ferramenta de otimização de ganhos na bolsa de valores, combinada com a inteligência artificial e o aprendizado de máquina, complicou a verificação da responsabilização civil por prejuízos resultantes de operações financeiras malsucedidas.

Há tempos somente investidor e corretora podiam ser considerados partes integrantes da predita relação jurídica. Todavia, parte da doutrina contemporânea sustenta ser necessário atribuir personalidade jurídica aos entes dotados de inteligência artificial e de aprendizado de máquina, porquanto poderão, em um futuro não distante, agir autonomamente, contra a vontade de seu criador, proprietário ou usuário (CHOPRA; WHITE, 2011).

Neste escopo, alegam que o momento de aquisição de personalidade digital poderia, inclusive, ser aferido pelo teste de Turing (1950), no qual dois ou mais seres humanos e uma máquina seriam alocados em diferentes salas, a comunicação se limitaria à linguagem textual digitada e, caso os avaliadores não identificassem qual dos interlocutores era a máquina, a inteligência artificial seria considerada campeã da experiência. Ademais, na hipótese desta última iludir mais de um terço de seus avaliadores, estaria pensando por si própria.

A adoção da personalidade digital teria o cunho de aproximar o tratamento das inteligências artificiais ao fenômeno ocorrido com as empresas, as quais são conhecidas como pessoas jurídicas de direito privado, consoante ao artigo 44 do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC), conferindo-as certos direitos e deveres perante a sociedade. Assim, ao menos em um primeiro momento, seus desenvolvedores, proprietários ou usuários se eximiriam da responsabilidade civil (RAMOS, 2019).

Todavia, considerando que o direito costuma se atualizar lentamente, pelo fato de possuir grande apreço aos usos e costumes, como explicita o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942 (LINDB), embora seja altamente recomendável se adiantar às controvérsias jurídicas que eventualmente surgirão, deve-se ressaltar que os impactos causados pela adoção da personalidade digital são incomensuráveis. Outrossim, a criação do mencionado instituto topa com óbices em aspectos gerais da personalidade civil das pessoas e da personalidade jurídica das empresas.

No primeiro caso a diferença se encontra na concepção, haja vista que o ser humano, segundo apregoa o artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC), adquire personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, enquanto que a personalidade digital seria auferida a partir do cumprimento de um marco legal a ser engendrado, talvez semelhante ao disposto pelo artigo 45 da citada norma. No segundo caso, considerando que são entes oriundos de uma ficção jurídica, as empresas são desprovidas de quaisquer emoções ou sentimentos, ao passo que as inteligências artificiais poderão desenvolver algoritmos que simulam emoções, posto que há anos existem robôs especialistas nesta área (CALVO *et al.*, 2015).

Sem embargo ao disposto, há aqueles que afirmam que "*não será justo que uma empresa tenha personalidade e um robot autónomo, com capacidade de aprender através da recolha de experiências, não a possa ter*" (RAMOS, 2019).

1.4 Efeitos Negativos Advindos da Implementação da Personalidade Digital

Em que pese as considerações retro, insta consignar que a adesão à personalidade digital poderia transmitir, quando da criação de robôs investidores, a ideia de

inexistência de responsabilidade de seus programadores, o que aumentaria a oferta de robôs inacabados e, inevitavelmente, propiciaria o aumento de ocorrência de prejuízos financeiros aos usuários.

Isso porque, na ânsia de oferecerem robôs com alta rentabilidade, os inventores e programadores poderiam desconsiderar o nível de risco das transações executadas, porquanto poderiam alegar estarem protegidos pela personalidade digital, tal como ocorre em casos que envolvem pessoas jurídicas de direito privado de responsabilidade limitada. Frise-se, conforme se depreende do artigo 50 do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC), que o juiz poderá, em casos específicos, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderar a autonomia patrimonial conferida pelo parágrafo único, do artigo 49-A, da mesma lei, para que os efeitos de certos débitos sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (RAMOS, 2020).

Deste modo, como efeito reflexo, dado a necessidade de se comprovar o dolo dos fornecedores, fabricantes, produtores ou construtores, ocorreria uma sobrecarga nas atividades regulatórias, fiscalizatórias e sancionatórias promovidas pela BM&FBOVESPA Supervisão de Mercados (BSM), bem como pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), dada sua competência subsidiária prevista no artigo 17, da Lei n. 6.385/76.

Evidenciado o não cabimento de personalidade digital às inteligências artificiais dotadas de aprendizado de máquina, cogita-se a aplicação dos institutos previstos no Código Civil Brasileiro de 2002 (CC) e no Defesa do Consumidor de 1990 (CDC), pois a depender de sua forma de distribuição e utilização, podem ser considerados produtos ou serviços.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 (CC)

Em análise detida da responsabilidade civil, verifica-se que seu principal objetivo é restaurar o equilíbrio patrimonial e moral deturbado pelo dano causado. Neste sentido, estabelece-se penalidades patrimoniais àquele que, por sua conduta comissiva ou omissiva, gera prejuízo a outrem.

Assim, é cediço que a responsabilização civil possui três funções principais: a) compensatória; b) sancionatória, e; c) preventiva. Estes institutos almejam, respectivamente, a reparação integral dos danos (art. 944 do CC/2002 e art. 6º, inciso VI, do CDC); o desestímulo de condutas parecidas, e; que tais condutas jamais sejam admitidas (TARTUCE, 2018).

Os juristas civilistas, em grande maioria, subdividem o gênero responsabilidade civil em: a) responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, e; b) responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.

A responsabilidade contratual se caracteriza pelo vínculo preexistente entre as partes, sendo que o dever de reparar advém do inadimplemento de obrigação prevista no acordo. Por sua vez, na responsabilidade extracontratual inexistente vínculo preexistente entre as partes e o dever de indenizar surge de uma obrigação legal e moral de não lesar outrem.

No mais, efetivada no ordenamento nacional desde o Código Civil Brasileiro de 1916 (CC), atualmente disposta nos artigos 186 e 187 da norma civilista de 2002, a responsabilidade subjetiva pressupõe que ação ou omissão seja minada de dolo ou de culpa. Referente ao dolo e a culpa, Tartuce (2018) preleciona:

Pode-se afirmar que a culpa deve ser entendida em sentido amplo (lato sensu) e em sentido estrito (stricto sensu). No primeiro sentido, a culpa engloba o dolo – a intenção de prejudicar outrem, a ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186 do Código Civil brasileiro – e a culpa estrita – que vem a ser o desrespeito a um dever preexistente ou a violação de um direito subjetivo alheio, pela fuga de um padrão geral de conduta. Pelo que consta do último dispositivo citado, e também pelo que previa o art. 159 da codificação nacional anterior, a culpa em sentido estrito é relacionada a três modelos jurídicos, quais sejam, a imprudência, a negligência e a imperícia. A imprudência vem a ser uma falta de cuidado somada a uma ação, algo próximo da ideia de culpa in comittendo dos romanos. A negligência, por sua vez, é uma falta de cuidado somada a uma omissão (culpa in omittendo). Por fim, a imperícia pode ser definida como a falta de qualificação geral para desempenho de uma função ou atribuição. Apesar da ausência de menção à imperícia no art. 186 do Código Civil de 2002, foi clara a intenção do legislador civil em diferenciar os três conceitos no art. 951.

Observando-se as particularidades decorrentes do disposto no inciso IV, do artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), constata-se que houve manifesta predileção ao modelo capitalista, vez que a livre iniciativa de atividade de exploração econômica é o seu traço mais marcante. Por sua vez, a ocorrência de

risco é inerente a qualquer atividade de exploração econômica, de modo que todas submetem os empreendedores às possibilidades de bancarrota e “*a boa avaliação dessas possibilidades por parte do empresário é fundamental para o investimento*” (NUNES, 2019).

Atentando-se a tal circunstância, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC) foi o primeiro a adotar a responsabilidade objetiva, na qual se dispensou a comprovação de dolo ou culpa para condenação de fornecedores, fabricantes, produtores e construtores de produtos ou serviços. Nos artigos 12 a 14 da mencionada lei, acolheu-se a teoria do risco do negócio, obrigando aqueles indivíduos a arcarem com todo dano causado ao consumidor, por ser inerente a sua atividade (MAGRANI, 2018).

O Código Civil Brasileiro de 2002 (CC), em seu artigo 927, ratificou o mesmo entendimento, porquanto a teoria do risco assevera que os atuantes em ramo cuja atividade oferece risco inerente, assumem a obrigação de indenizar o superveniente prejudicado, independentemente da ocorrência de dolo ou culpa (GONÇALVES, 2019). Neste sentido, Direito e Filho (2004), dispõe que:

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

Em detrimento a parte autossuficiente, tal instituto promoveu maior equidade, pois isentou a parte hipossuficiente da desarrazoada obrigação imposta pelo inciso I, do artigo 373, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), por meio da junção da culpa presumida e da inversão do ônus da prova, conforme sustenta Stoco (2014). Simplificando, a responsabilidade objetiva se configura quando presentes os seguintes requisitos: a) ato ilícito; b) dano, e; c) nexos causal. A culpa ou dolo seria essencial somente para a tipificação da responsabilidade subjetiva.

Posto isto, considerando que o Brasil é um país declaradamente capitalista, cabe ressaltar que a grande maioria dos negócios jurídicos envolvendo robôs investidores serão analisados de acordo com o Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC), vez que seus criadores ou fornecedores buscam auferir lucros por meio de sua comercialização, caracterizando a relação de consumo. Nos demais casos seguirão a regra disposta no Código Civil Brasileiro de 2002 (CC) e no Código de Processo Civil de 2015 (CPC), obrigando a suposta vítima a explicitar conduta dolosa ou culposa do indivíduo que o forneceu mencionado robô investidor.

1.5 Sob a Ótica do Código de Defesa do Consumidor (CDC)

São incontáveis os particulares que programam seus próprios robôs investidores para não passarem horas à frente de um computador analisando gráficos e notícias do mercado financeiro. No entanto, por óbvio, existem inúmeros robôs que são comercializados como produtos e como serviços, sob a promessa de alta rentabilidade e confiabilidade.

Infelizmente, como mencionado em tópico anterior, a utilização de algoritmos para negociações de bens ou ativos expõem os usuários não só aos riscos inerentes às operações, como também aos riscos de o robô não agir como esperado, causando prejuízos aos usuários. A par desta problemática, vários programadores tornam público o desempenho de seus robôs, como se pode observar no sítio eletrônico da MQL5 (METAQUOTES SOFTWARE CORP., 2020), a principal plataforma para a programação de robôs de investimento.

A comercialização dos robôs investidores caracteriza a responsabilidade objetiva de seus criadores e fornecedores, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, vez que, a depender da situação, podem figurar como produto ou como serviço. Conforme dispõe os artigos 12 a 14 do Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC).

Nos casos em que se vendem robôs como produtos, por força da responsabilidade objetiva associada a teoria do risco, a aplicação dos artigos 12 e 13 do mencionado códex ocorreria somente nos casos em que o defeito apresentado pela inteligência artificial fosse anterior ao seu oferecimento ao consumidor final. Isso porque, iniciada o uso da inteligência artificial sem a vigilância de seu criador ou fornecedor, há chances de que ocorram mudanças substanciais no comportamento dos algoritmos, haja vista que estarão recalculando seus parâmetros continuamente com base no que é oferecido pelo sistema eletrônico no qual foi instalado e pelos comportamentos de seu usuário (BARFIELD, 2018).

No mais, Barfield (2018) sustenta que devido ao disposto pelo artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC), não prosperaria ação que buscasse a

responsabilização daquele indivíduo que, por exemplo, prestasse serviço ao usuário auferindo pagamentos mensais em contrapartida. A fundamentação seria a mesma, visto que a imprevisibilidade do comportamento da inteligência artificial, em tese, possuiria a capacidade de excluir a responsabilidade.

Malgrado as interpretações retro, ambos casos a responsabilização do criador ou fornecedor se tornaria custosa para o usuário prejudicado, considerando que este deveria constituir prova do dolo ou culpa daqueles, em função do inciso I, do art. 373, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC). Sem prejuízo, como poucos detêm conhecimento básico em programação algorítmica, haveria necessidade de prova técnica, o que muitas vezes causaria a desistência de ações com pretensões indenizatórias e ressarcitórias em âmbito privado.

Vale salientar que o reconhecimento de prejuízos advindos de robôs investidores, conjugado com a necessidade de transparência com os usuários, decorre do próprio ordenamento jurídico brasileiro, que também adotada o princípio da *accountability* nos seguintes casos: a) o princípio da prestação de contas, expresso no artigo 70 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB); b) o dever de transparência e eficiência, disposto no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), e; c) a existência de entes que exercem o controle técnico da gestão de outros, como os Tribunais de Contas, o Ministério Público, o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e as Agências Reguladoras (PASCOAL, 2019).

Em todo caso, não obstante na teoria exista esse impasse, segundo relatório anual do órgão fiscalizador, tem sido comum as corretoras reembolsarem os investidores "*nos casos em que são constatados prejuízos decorrentes de erros operacionais, atrasos ou entradas e saídas fora do padrão descrito*" (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2019).

1.6 Sob a Ótica da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (CLT)

Corriqueiramente são contratados programadores para o desenvolvimento de robôs investidores, seja como trabalhador autônomo ou como empregado registrado, os quais laboram tendo por base estratégias desenvolvidas pelo contratante.

Logo, pelo desenvolvimento em conjunto, a responsabilidade dos erros é rateada da seguinte forma: a) ao programador pertence a responsabilidade de erros ou instabilidades referentes à codificação, e; b) ao contratante remanesce a responsabilidade sobre os prejuízos decorrentes da adoção de estratégias inadequadas.

Em seu artigo 462 a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (CLT) adota o princípio da integralidade salarial como regra geral, sendo defeso ao empregador proceder qualquer desconto nos salários, com exceção dos referentes a aditamento, dispositivos de lei ou convenção coletiva de trabalho (LEITE, 2020).

No entanto, é lícito descontos por danos causados pelo empregado, desde que previsto em contrato de trabalho ou pela incorrência deste último em dolo. Portanto, para que os descontos sejam lícitos, necessário prova de que o empregado agiu com dolo de o causar. Caso o dano tenha sido provocado por culpa do mesmo, o desconto somente poderá ser efetuado caso haja previsão em acordo previamente celebrado (MARTINEZ, 2020).

De qualquer modo, tratando-se de relação consumerista, os responsáveis por sua criação e codificação serão, no mínimo, devedores solidários em eventuais pleitos indenizatórios ou ressarcitórios promovidos pelos consumidores. Nestes casos, preenchidos os requisitos legais, a parte que tenha indenizado o prejuízo causado ao consumidor terá direito de regresso.

6 PRÉVIA ANÁLISE DO PERFIL DE RISCO DOS USUÁRIOS

Os robôs investidores oferecidos comercialmente, em sua grande maioria, promovem a *suitability*, que nada mais é que a avaliação do perfil de risco do usuário, por meio de análise de um sucinto questionário formulado pela inteligência artificial. Entretanto, como era de se esperar, alguns questionários podem não capturar características ou traços importantes do comportamento humano, prejudicando sobremaneira uma adequada determinação do seu perfil de risco e expor os usuários a um grau de risco acima ou abaixo do ideal.

De acordo com o relatório anual da Comissão de Valores Mobiliários (2019), já havia se identificado essa deficiência, visto que as plataformas não realizavam a *suitability* dos clientes, a qual era procedida somente pelas corretoras. É importante destacar que, muitas vezes, os robôs investidores são desenvolvidos ou distribuídos por agentes desvinculados das corretoras e que esta última, na maioria das vezes, é tão somente uma intermediária entre o investidor e a bolsa de valores.

Assim, por força da Instrução n. 539/13 e do Ofício-Circular n. 9/2019, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), aliado ao fato de comercializarem os robôs investidores como produto ou serviço sem prévia determinação do perfil de risco do adquirente, o que provoca o aumento da quantidade de usuários insatisfeitos, evidencia-se a inobservância generalizada do disposto ao disposto no artigo 4º, conjugado com o inciso III, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC).

Destarte, além de multa sancionatória pela não cumprimento de regras estabelecidas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o fornecedor de robôs investidores poderá ser alvo de ações judiciais por infringir direitos do consumidor.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os robôs de investimento contemporaneamente comercializados como produtos ou como prestação de serviços, ainda não são dotados de inteligência artificial e de aprendizado de máquina em escala algorítmica que ensejam a desconfiguração da responsabilidade civil de seu respectivo desenvolvedor ou fornecedor. No entanto, o tema merece destaque, pois atualmente já ocorrem incidentes envolvendo dispositivos dotados de inteligência artificial.

Especificadamente nos casos em que envolvem robôs investidores dotados de inteligência artificial associada ao aprendizado de máquina, a importância é ainda maior. Isso porque, embora a grande maioria dos robôs consultores não são munidos de tais algoritmos, os robôs de alta frequência já os utilizam em maior proporção. Depreende-se, portanto, que é questão de tempo para que os robôs com tal tecnologia se tornem acessíveis a todos os interessados.

A exigência de que os criadores ou fornecedores de robôs investidores disponibilizem o código-fonte para que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) possa averiguá-los, mostra-se completamente pertinente, vez que isso facilita a constatação de supostas irregularidades em sua programação. Para tanto, os órgãos fiscalizados deverão possuir vários especialistas na área, haja vista a tendência de crescimento desta modalidade de negociação e o gradativo aumento na complexidade dos algoritmos.

Em tese, a adoção de uma personalidade digital para as inteligências artificiais, impulsionaria o desenvolvimento deste tipo de tecnologia, porém os riscos advindos desta evolução são imprevisíveis. Os algoritmos de inteligência artificial conjugado com o de aprendizado de máquina ainda estão em desenvolvimento, desconhecendo-se as áreas em que serão efetivamente aplicados.

Aliás, deve ser ressaltado que os algoritmos de autoaprendizagem podem ser salvos a cada novo ciclo, bem como desativados a qualquer momento, preservando-se os ajustes efetuados durante os ciclos anteriores. Ciente disso, ao menos por ora, têm-se a desnecessidade da implementação da personalidade digitais das inteligências artificiais dos robôs investidores.

Conforme apregoa o inciso V, do artigo 170, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), a livre iniciativa é limitada pela proteção ao consumidor.

Assim, durante todo o período da programação inicial dos robôs investidores, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC) já deve estar sendo observado por aqueles que desejam comercializá-los. Tal como se busca o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente, deve-se pretender o equilíbrio entre a livre iniciativa e os direitos dos consumidores.

A admissão de predita prerrogativa às inteligências artificiais, seria o mesmo que admitir práticas abusivas, menosprezando todo o arcabouço jurídico brasileiro, em especial o Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC) e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Considerando todos os argumentos retro, clarividente que o dever de cuidado do criador ou fornecedor de robôs investidores dotados de inteligência artificial e aprendizado de máquina, antecede à comercialização e alcançam a fase de desenvolvimento. Dessarte, ainda que o produto ou serviço não esteja sobre o controle do criador ou fornecedor e que, por sua própria natureza, a inteligência artificial seja imantada de imprevisibilidade, o dever de cuidado do criador ou fornecedor subsistiria, pois devia ter em mente, desde a concepção da ideia, a prestação de um serviço com qualidade e segurança, como exigido pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC).

Já a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (CLT), estabelece que a responsabilidade de restituir o dano somente será do empregado quando restar demonstrado seu dolo, ou seja, sua intenção de causar prejuízo a qualquer das partes envolvidas. Por outro lado, caso tenha incorrido em culpa, o empregado somente será responsável pelos prejuízos se houver previsão em acordo. Destaca-se que a responsabilidade subsidiária do subordinado e solidariedade da pessoa física ou jurídica que o contratou, é manifesto desdobramento da teoria do risco.

Ademais, verifica-se que a *suitability* é pressuposto para materialização da *accountability*, em outras palavras, a avaliação do perfil de risco do usuário é pressuposto para que haja transparência. Neste sentido, os criadores ou fornecedores de robôs investidores deveriam avaliar o perfil de risco dos pretendidos usuários, antes da efetivação de qualquer espécie de vínculo contratual. Caso não procedam a avaliação de perfil de risco do usuário em momento anterior a qualquer espécie de vínculo, considerando se tratar de relação de consumo, restaria configurado a falta de transparência e a transgressão ao disposto no artigo 4º, conjugado com o inciso III, do artigo 6º, todos do Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC).

Por fim, como meio de evitar a bancarrota, ao menos em relação aos robôs consultores de ordens dotados de inteligência artificial, os desenvolvedores e fornecedores podem fixar cláusula contratual obrigando os usuários a sacarem diariamente os lucros

auferidos do início ao fim do pregão. Está simples medida, reduziria significativamente o montante indenizatório ou ressarcitório na ocorrência de eventuais fatalidades.

Ante todo o exposto, tratando-se de robôs investidores dotados de inteligência artificial, assevera-se a suficiência da legislação pátria. No mais, apesar do disposto no Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC) atravancar sobremodo o desenvolvimento desta tecnologia, sua aplicação deve ser mantida integralmente, considerando o eminente risco de abuso por parte dos desenvolvedores e fornecedores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, D. E. V. Shadow profiles e a Privacidade na Internet: a coleta de dados pessoais de usuários e não usuários das redes sociais. Porto Alegre: Fi, 2019.

BARBOSA, M. M. Revista de Direito Comercial, 2020. ISSN 2183-9824. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5e566442a6cc764ba8959cbb/1582720070119/2020-01+-+001-068.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

BARFIELD, W. Liability for autonomous and artificially intelligent robots. Paladyn, Journal of Behavioral Robotics, Seattle, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/pjbr-2018-0018>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BLOOMBERG. Tecnologia. Decodificada. Tecnologias emergentes e o futuro das finanças., 2019. Disponível em: <https://spotlight.bloomberg.com/story/tecnologia-decodificada/>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL, BOLSA, BALCÃO. B3. Histórico pessoas físicas, 2020. Disponível em: http://www.b3.com.br/data/files/73/C6/A2/11/799447102255C247AC094EA8/Perfil%20Investidores_Ago2020.xlsx. Acesso em: 26 set. 2020.

CALVO, R. A. et al. The Oxford Handbook of Affective Computing. Oxford: Oxford University Press, 2015.

CHARNIAK, E.; MCDERMOTT, D. Introduction to Artificial Intelligence. Boston: Addison-Wesley Longman Publishing Co., 1985.

CHOPRA, S.; WHITE, L. F. A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents. Michigan: University of Michigan Press, 2011.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. CVM implementa alterações na Instrução 497, 2019. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2019/20190805-2.html>. Acesso em: 01 nov. 2020.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Robôs de Investimento. [S.l.]. 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Supervisão baseada em risco. [S.l.]. 2019.

COMMISSION, S. & E.; COMMISSION, C. F. T. Findings regarding the market events of May 6, 2010: Report Of The Staffs Of The Cftc And Sec To The Joint Advisory Committee On Emerging Regulatory Issues. Securities & Exchange Commission; Commodity Futures Trading Commission. [S.l.]. 2010.

COSTA, I. S. D. HIGH FREQUENCY TRADING (HFT) EM CÂMERA LENTA: COMPREENDER PARA REGULAR. Sistema de Bibliotecas FGV, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20720/COSTA%2c%20I%20sac.%20HFT%20-%20Compreender%20para%20Regular%20%282018%29.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 29 out. 2020.

CVM EDUCACIONAL. Carta ao investidor: 1º trimestre de 2019, 2019. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Carta_ao_Investidor/Arquivos/carta_investidor_trimestre_01_2019-Final.pdf. Acesso em: 02 nov. 2020.

DIREITO, C. A. M.; FILHO, S. C. Comentários ao novo código civil. Rio de Janeiro: Forense, v. XIII, 2004.

DOMINGOS, P. O algoritmo mestre: Como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo. 1. ed. São Paulo: Novatec, 2017.

FACELI, K. et al. Inteligência Artificial: Uma Abordagem de Aprendizado de Máquina. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2011.

FREITAS, P. N. E. P. M. Inteligência Artificial e regulação de algoritmos. Universidade do Minho. Braga. 2018.

GONÇALVES, C. R. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 4, 2019.

HAUGELAND, J. Artificial Intelligence: The Very Idea. Cambridge: MIT Press, 1985.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Atividade econômica: revisão das previsões de crescimento 2020/2021. IPEA, 2020. Disponível em:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200609_cc_47_secao_atividade_revisao_das_previsoes_de_crescimento.pdf. Acesso em: 26 set. 2020.

KAPLAN, J. Artificial intelligence: What everyone needs to know. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KIRILENKO, A. A. et al. The Flash Crash: The Impact of High Frequency Trading on an Electronic Market, Maio 2014. Disponível em: cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@economicanalysis/documents/file/oce_flashcrash0314.pdf. Acesso em: 21 nov. 2020.

KURZWEIL, R. The Age of Intelligent Machines. Cambridge: MIT Press, 1990.

LEITE, C. H. B. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEITE, H. Manual de Direito Financeiro. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LUGER, G. F. Inteligência Artificial. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brazil, 2013.

MAGRANI, J. C. B. Como Atribuir Responsabilidade em um Cenário de Irresponsabilidade Distribuída na Era da Inteligência Artificial Forte? FGV Repositório Digital, Rio de Janeiro, Julho 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/28256>.

MARTINEZ, L. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MCCARTHY, J. What Is Artificial Intelligence? Stanford: [s.n.], 2007. Disponível em: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

MELLO, G. D. M. Direito civil parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

METAQUOTES SOFTWARE CORP. MQL5, 2020. Disponível em: <https://www.mql5.com/>. Acesso em: 21 nov. 2020.

NUNES, R. Curso de Direito do Consumidor. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PARENTONI, L. N.; VALENTINI, R. S.; ALVES, T. C. O. E. Panorama da regulação da inteligência artificial no brasil: com ênfase no pls n. 5.051/2019. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, 24 Agosto 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/43730>.

PASCOAL, V. Direito Financeiro e Controle Externo. 10. ed. São Paulo: Método, 2019.

PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POOLE, D. I.; GOEBEL, R. G.; MACKWORTH, A. K. Computational intelligence: A logical. Nova York: Oxford University Press, 1998.

RAMAN, V.; ROBE, M. A.; YADAV, P. K. The Third Dimension of Financialization: Electronification, Intraday Institutional Trading, and Commodity Market Quality. Commodity Futures Trading Commission, 2017. Disponível em: https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@economicanalysis/documents/file/oce_financialization.pdf. Acesso em: 29 out. 2020.

RAMOS, A. L. S. C. Direito Empresarial: Volume Único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

RAMOS, N. A. N. Responsabilidade civil em dano causado por mecanismo dotado de inteligência artificial. Repositório das Universidades Lusíada, Lisboa, 04 Março 2019. 94. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11067/5246>.

ROBBINS, L. An essay on the nature significance of economic science. 2. ed., revista e ampliada. Londres: Billing and Sons Ltd., Guildford and Esher, 1945.

RUSSELL, S. J.; NORVIG, P. Artificial Intelligence A Modern Approach. 2. ed. New Jersey : Pearson Education, 2003.

RUSSELL, S.; NORVIG, P. Inteligência Artificial. Rio de Janeiro: Campus, 2013.

STOCO, R. Tratado de Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, F. Manual de responsabilidade civil: volume único. São Paulo: Método, 2018.

TURING, A. M. Computing machinery and intelligence. Oxford: Oxford University Press on behalf of the Mind Association, v. 59, 1950. 433-460 p.

ROBOTAX, LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO E RESTITUIÇÃO: RUMO À SIMBIOSE JURÍDICA

VLADIMIR MIRANDA MORGADO:

Doutor em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa - UAL (diploma validado pela UFPE). Professor Adjunto da Universidade do Estado da Bahia – Uneb. Auditor Fiscal do Estado da Bahia. Conselheiro Julgador do *Consef*. Autor do livro “Contribuinte e Fisco no Processo Administrativo” (Ed. Juruá – 4 Tomos).

Resumo: Na área do direito tributário, a Inteligência Artificial (IA) tem interagido fortemente, a ponto de alguns já adotarem a expressão “Robotax”. Tanto do lado do contribuinte como do lado do fisco, há um esforço muito grande em automatizar os procedimentos, tanto na busca de agilizar o cumprimento das obrigações acessórias e do eficiente planejamento tributário, como na detecção de focos de evasão e sonegação tributárias. Há quem diga até que em pouco tempo a IA irá substituir completamente o lançamento tributário. O propósito deste trabalho é mostrar um pouco da atuação do “Robotax” na atividade de auditoria de tributos e suas eventuais repercussões no lançamento, na identificação de recolhimentos em excesso, viabilizando o direito à restituição e as limitações que estas máquinas “pensantes” possuem frente à atividade criativa do lançador tributário.

Palavras chave: Robotax. Lançamento Tributário. Restituição. Economia Digital. Inteligência Artificial.

Abstract: In the area of tax law, Artificial Intelligence (AI) has interacted strongly, to the point that some have already adopted the expression “Robotax”. Both on the taxpayer side and on the tax side, there is a great effort to automate procedures, both in the quest to speed up the fulfillment of accessory obligations and efficient tax planning, as well as in detecting pockets of tax evasion and evasion. Some say that in a short time the AI will completely replace the tax assessment. The purpose of this work is to show a little of the “Robotax” performance in the tax auditing activity and its possible repercussions in the launch, in the identification of excess collections, enabling the right to refund and the limitations that these “thinking” machines have in front to the taxpayer’s creative activity.

Keywords: Robotax. Tax Formalization. Restitution. Digital Economy. Artificial Intelligence.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Importância do Lançador tributário. 3. Inteligência Artificial. 4. Exemplos concretos de IA aplicável na cobrança de tributos. 5. Algoritmo. 6. Análise do instituto do lançamento à luz do tema abordado. 7. Lançamento autômato. 8. Prospecções pré-lançamento: análise do *minus* e do *nimis* tributário. 8.1. Auditoria do *minus* tributário. 8.2. Auditoria do *nimis* tributário. 9. Teses criativas do lançador tributário. 9.1. Esfera estadual. 9.1.1. Transferências Interestaduais. 9.1.2. “Marketing Direto”. 9.2. Esfera federal. 9.3. Esfera municipal. 10. CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os institutos do direito tributário, talvez seja o lançamento aquele que mais importância prática assuma para a eficiente cobrança do tributo. É através dele que a obrigação incerta, ilíquida e inexigível se torna certa, líquida e exigível. Vale lembrar a máxima que lançar declara a obrigação pré-existente e constitui o crédito tributário, a despeito de respeitáveis entendimentos em contrário.

Não há como cobrar o tributo se o lançamento inexistir. Até mesmo o do tipo por homologação, modalidade na qual o sujeito passivo cuida sozinho de quantificar e antecipar o seu recolhimento, o credor passa a saber em quanto monta a obrigação contraída pelo devedor e, nestas circunstâncias, passa a reunir as condições de fazer a sua exigência no campo extrajudicial e judicial.

A Tecnologia da Informação desenvolveu-se rapidamente nos últimos anos e expressões como *deep learning*, quarta revolução industrial e algoritmo passaram a fazer parte do cotidiano das pessoas, inclusive entre os operadores do direito, na busca de melhor explicar o fenômeno da IA.

Hoje a tecnologia é capaz de produzir algoritmos em grandeza tal que é a própria atividade intelectual que está sendo substituída. Numa simples sequência de cliques, a máquina é capaz de produzir petições iniciais, relatórios periciais e decisões judiciais de certa complexidade, que antes demandavam horas de estudo e pesquisa.

Não obstante todo o avanço percebido no campo da IA, contando ainda com muito espaço para assimilar tarefas cada vez mais elaboradas, tem o presente trabalho o objetivo de sustentar que a atividade do lançamento tributário jamais prescindirá do pensamento humano. Isto porque o *robot* – pelo menos durante um bom tempo – não terá o poder de substituir completamente a atividade intelectual, ainda mais dentro da dinamicidade das normas tributárias que vão se adaptando de acordo com o cenário

econômico de momento. O fisco continuará construindo as suas teses, a serem testadas e confrontadas perante o crivo da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Não se quer dizer com isto que a IA não seja benfeitora. Pelo contrário: deseja-se que o humano deixe cada vez mais de fazer operações repetitivas, tarefa confiada aos programas de computadores, e passe a pensar complexamente a vida, em particular o fenômeno tributário e seu correto enquadramento no direito posto.

Nestes moldes, pretende-se discorrer brevemente sobre a importância da autoridade fiscal lançadora, trazendo alguns conceitos sobre a Inteligência Artificial e exemplos reais destas máquinas “pensantes” na seara tributária e sobre algoritmos para depois disto, fazer uma análise sobre o lançamento dentro deste contexto, o que se entende por lançamento autômato, as atividades que o antecedem, dentro do *minus* e do *nimis* tributário, culminando com teses criativas desenvolvidas pelo fisco.

2 IMPORTÂNCIA DO LANÇADOR TRIBUTÁRIO

As entidades federativas criam por intermédio da lei em sentido estrito carreiras fazendárias que possuem incumbências de efetuar o lançamento, dando-lhe a conformação necessária para deixar o contribuinte ciente de quanto deve de tributo, se concorda ou não com as suas bases.

Portanto, o lançamento está para a autoridade tributária assim como a sentença está para o juiz e a denúncia-crime está para o integrante do Ministério Público. Em todos estes atos típicos – e intransferíveis - de estado são analisados fatos, provas e feita a subsunção legal correspondente, seja para ofertar a prestação jurisdicional, seja para acusar alguém do cometimento de ilícito penal, seja para deixar a dívida tributária em condições de ser exigida.

Assim como a sentença transitada em julgado “faz lei entre as partes”, para se valer de uma expressão muito conhecida na praxe jurídica, o lançamento traduz norma concreta, individual, vinculando os sujeitos ativo e passivo ao redor da obrigação de pagar o tributo. Como o lançamento constitui o crédito tributário e este, quando inscrito em dívida ativa, pode ser oposto contra o devedor nas vias judiciais, não resta dúvidas de que se mostra como instrumento formal para ser reclamado o tributo contra determinada pessoa.

Daí tais pessoas investirem-se de funções de estado, absolutamente proibidas de serem delegadas para quem quer que seja, porque decorrentes da essência da atividade estatal reclamada pela sociedade. O estado comprometeria a sua identidade

se qualquer uma destas atividades fosse entregue a particulares ou a grupos privados detentores de interesses inconfessos.

Sem o lançamento a Fazenda Pública não teria como arrecadar as receitas constitucionalmente asseguradas para fazer realizar as políticas públicas tão clamadas pela população brasileira. O tributo cairia no vazio, desprovido de uma ferramenta que transformasse a obrigação do devedor em divisas para o erário. No mister de lançar tributos, será preciso que a autoridade competente possua os dotes técnicos para fazê-lo.

Não é o lançamento uma simples operação aritmética, como pensam alguns. Significa muito mais do que isso. O lançamento não raro exige um profundo conhecimento de hermenêutica, de contextualização do fenômeno tributário às possíveis normas aplicáveis ao caso concreto. Exige de quem o faz conhecimento multifacetado, não só no campo da ciência jurídica como também das ciências contábeis, economia e disciplinas afins.

Por outro lado, é verdade que a tecnologia da informação pela via da inteligência artificial vem ocupando cada vez mais espaço em profissões tradicionais, nas quais o esforço intelectual do ser cuidava de produzir todo o resultado pretendido. Limitava-se a tecnologia a disponibilizar algumas ferramentas no intuito de otimizar o tempo e os acertos advindos do trabalho do homem, como se vê num *software* de planilha de dados ou num aplicativo editor de textos.

Hoje a IA evolui geometricamente. Espraia-se por todos os campos do conhecimento humano. Revela uma via sem retorno e que, se bem utilizada, trará benefícios incomensuráveis para a humanidade. Nesta toada, cabe refletir de que maneira a IA está interagindo com a atividade do lançamento e, a partir daí procurar antever quais serão os próximos passos nesta evolução.

3 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Vivenciamos uma era nunca vista antes na história da humanidade. O que há pouco tempo não passava de ficção científica mirabolante hoje é uma realidade. Os *robots* "pensantes" fazem parte do portfólio da IA. Como em todo setor da vida, as máquinas inteligentes também ocuparam expressivo espaço na área do direito tributário. Tanto do lado do contribuinte como do lado do fisco. A literatura internacional fala em "Robotax"⁴, uma espécie de autômato que, com suporte em

⁴ Expressão colhida de trabalho elaborado por Fernando Aurelio Zilveti, intitulado de "AS REPERCUSSÕES DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA TEORIA DA TRIBUTAÇÃO".

algoritmos, consegue interpretar normas jurídicas tributárias e, à luz da doutrina e da jurisprudência, entrega as soluções mais adequadas para o caso concreto.

Neste tópico será feita uma análise de como a IA interfere no direito tributário do lado da Fazenda Pública, tendo em mira a afirmativa corrente de que o “Robotax” substituirá totalmente a autoridade lançadora. Não que seja igualmente importante a atuação da IA no intuito de auxiliar o contribuinte, pois tal tecnologia deve atuar para que este possa fazer frente às obrigações tributárias e buscar – e não há nenhuma iniquidade nisso – pagar menos tributo sem ferir a lei, o chamado planejamento tributário.

Não iremos abordar também a reivindicação arrazoada dos contribuintes no sentido do fisco ter que disponibilizar os algoritmos aplicados na IA para que aqueles saibam quais foram os critérios usados para se chegar à tributação pretendida, dentro de um processo de transparência que deve nortear a atuação da administração tributária moderna.

Sem sombra de dúvidas, tais temas merecem estudo profundo e apartado.

Voltando ao prisma da gestão fazendária, a IA deve ser projetada para que os lançamentos sejam efetuados na velocidade que a vida moderna reclama; exatamente para não deixar que o contribuinte sonegue, depois desapareça, ou pratique ilícitos tributários por muito tempo e avolume a sua dívida a ponto de se tornar insolvente.

É também papel do fisco orientar os contribuintes em casos de excesso de tributação. A administração fazendária moderna deve se preocupar com a justiça fiscal, para que sujeitos passivos em igual condição suportem a mesma carga tributária⁵. Tanto é infenso para a sociedade a pessoa pagar menos tributo como também o é pagar mais do que determina a lei.

Sabemos que na prática este movimento proativo e anti-erário é raro de acontecer. As autoridades fazendárias estão treinadas para cobrar apenas o que foi

5 José Casalta Nabais, em sua obra *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, já ensinava: “Ao contrário do que uma concepção, alicerçada na longa e persistente tradição positivista do direito fiscal, vem afirmando, os impostos não podem ter por limite apenas um conjunto de exigências de natureza formal polarizadas (quando não monopolizadas) no princípio da legalidade fiscal. Sobretudo num momento em que o estado fiscal atinge a dimensão que se conhece e a lei é cada vez mais alheia a todo o lastro de racionalidade que a assegurava como a expressão dum direito justo, é imprescindível o apelo a toda uma trama de princípios materiais. Daí que a análise dos limites constitucionais do dever de pagar impostos não se fique apenas nos clássicos limites formais ligados à ideia de segurança jurídica, antes abarcar também um significativo leque de limites materiais garantes da justiça fiscal” (p. 683).

recolhido a menor e relegar a segundo plano aquilo que tenha sido pago em demasia. Defendemos uma mudança de postura nesta política fiscal, inclusive porque através da IA o fisco não “perderia” tempo investigando focos de recolhimentos a maior; separados por poucos “cliques”, os lançadores facilmente chegariam a cifras pagas indevidamente. Tais valores não pertencem ao ente tributante e, portanto, devem ser devolvidos a quem de direito. Uma espécie de denúncia espontânea às avessas.

Por outro lado, a IA tem servido como uma importante ferramenta usada pelo fisco no sentido de estimular a autorregulação. Descobertas inconsistências no cumprimento da obrigação – falta de pagamento ou recolhimento a menor do tributo, é o contribuinte imediatamente notificado para corrigir a anormalidade, formalizando-se ou não o lançamento de ofício, a depender da legislação de cada ente federativo. No caso de lançamento de ofício efetivado, é factível dispensar-se a multa se o tributo for pago dentro de determinado prazo. Isto porque o que se deseja é que o recurso ingresse logo nos cofres públicos, sem imposições punitivas adicionais ou discussões que retardem a recuperação do crédito.

Assim, vale trazer à tona alguns conceitos e características derredor da IA, com vistas a melhor contextualizar a temática principal do presente estudo.

Em primeiro lugar, inteligência não se confunde com consciência. Pode uma máquina executar tarefas inteligentes sem ter a consciência de estar fazendo isso. A inteligência pode ser definida como a habilidade de solucionar problemas, de encontrar alternativas diante de dificuldades, mirando atingir objetivos previamente traçados.

Noutras palavras: como a inteligência traduz a capacidade de resolver problemas, de adaptar-se às dificuldades, tem-se que a inteligência artificial consiste na habilidade de sistemas não vivos cumprirem este papel. Não é preciso, como dito, que a máquina tenha consciência de sua própria existência e da realidade ao seu redor, mas apenas que consiga desempenhar tarefas até então tidas como exclusivamente humanas, tal qual dirigir um carro, jogar xadrez ou localizar indícios de sonegação fiscal em certo setor econômico. Tais sistemas fazem uso de algoritmos, que nada mais são que instruções sobre como proceder diante de determinado problema.

Define-se IA como um ramo da ciência da computação cujo objetivo é elaborar dispositivos que simulam a capacidade humana de raciocinar, perceber, tomar decisões e resolver problemas. Ou seja, são *softwares* que possuem uma inteligência

própria – ampliando as suas funcionalidades em relação a um software limitado às rotinas programadas⁶.

A Inteligência Artificial traz no seu seio o que se conhece por *Machine Learning*, cujo funcionamento decorre do entendimento de padrões que geram sistemas, processos e ações sem precisar necessariamente, neste momento, da intervenção do homem. Neste conduto, a máquina acaba “aprendendo” a partir da experiência, ajustes, *inputs* de dados, informações, análise de tarefas e procedimentos que antes eram executados pelos homens.

A IA já é realidade na rotina das pessoas, percebida por exemplo quando alguém compra um livro pela Internet e logo depois começa a receber recomendações personalizadas de leitura ou quando o *smartphone* reconhece a sua voz e passa a obedecer aos seus comandos orais.

Os especialistas em ciências da computação Stuart Russell e Peter Norvig⁷ diferenciam vários tipos de inteligência artificial, a saber: (i) Sistemas que *pensam* como humanos, na medida em que automatizam atividades como tomada de decisões, resolução de problemas e aprendizagem. Um exemplo é o das redes neurais artificiais. (ii) Sistemas que *atuam* como humanos. Tratam-se de computadores que executam tarefas de um jeito semelhante ao das pessoas. É o caso dos robôs. (iii) Sistemas que *pensam racionalmente*. Aqui a máquina tenta *simular o pensamento lógico racional* dos humanos, na medida em que busca *entender, raciocinar e agir como se fosse um de nós*. Os sistemas inteligentes estão englobados neste grupo. (iv) Sistemas que atuam racionalmente. Idealmente, são aqueles que tentam imitar de forma racional o comportamento humano, como os *agentes inteligentes*.

São muitos os benefícios produzidos pelas máquinas inteligentes no campo tributário. Em primeiro lugar, tornam os processos de investigação mais eficientes e eficazes, a exemplo das rotinas automatizadas que visam armazenar e cruzar rapidamente informações inseridas num determinado banco de dados fazendário, alimentados por declarações transmitidas pelo sujeito passivo, tendo como objetivos maiores verificar inconsistências de recolhimentos (para mais ou para menos) e/ou localizar tendências de evasão fiscal presenciadas em certos segmentos. Em segundo

⁶ Veja-se também esta definição trazida pela Deloitte: “AI is a very broad term comprising a variety of components. These include cognitive and machine learning (such as intelligent personal assistants like Siri and Cortana and at a much more simplistic level grammar and spell-checkers) and robotic learning where a person shows the machine how to perform a task and it then mirrors the steps taken (for example automatic invoice scanning and processing)”.

⁷ Conforme se colhe da afirmação de Fernando Aurelio Zilveti.

lugar, procuram evitar falhas comumente ocorridas pelo homem. Basta pensar numa simples planilha eletrônica (que já possui um certo grau de inteligência) para ver que as operações matemáticas para quantificação do tributo tenderiam a ter zero de erro, se comparada com o ser humano usando uma calculadora (caso os *inputs* estejam corretos). Em terceiro lugar, buscam reduzir custos, como acontece nas empresas preocupadas com o *compliance*, dada a quantidade de profissionais e tempo dispendido para cumprimento das obrigações acessórias. Em quarto lugar, facilitam a interação entre as diversas áreas de governo, de forma que os órgãos do mesmo ente federativo possam conversar entre si, compartilhando dados econômicos-fiscais que sirvam na detecção de focos de sonegação; dados dos departamentos de trânsito podem identificar veículos de propriedade de devedores tributários, cartórios podem fornecer dados de imóveis pertencentes a contribuintes inadimplentes, juntas comerciais podem apontar perfis societários com vistas a identificar responsabilidades tributárias; até mesmo entes tributantes diferentes poderão trocar informações que detiverem, no esforço de fornecer “pistas” para a formalização de lançamentos, desde que usem IA em linguagem compatível para o tratamento dos dados baseado em critérios uniformes⁸.

Sob um outro prisma, ainda é possível imaginar modalidades de aplicação da IA no campo do direito tributário.

Na **análise preditiva**, um algoritmo estabelece uma linha de tendência e a partir daí o sistema é capaz de definir uma previsão para casos futuros; opera para encontrar respostas na modelagem estatística, baseada na mineração de dados já existentes, a fim de antecipar padrões de comportamento; um bom exemplo desta ferramenta se aplica quando se faz uma análise macroeconômica de determinado setor para identificar tendências de crescimento ou de decréscimo, à luz do cenário econômico global, projetando para o futuro expectativas de arrecadação e, dentro disto, projetar também os limites dos gastos públicos.

Através da **clusterização**, dá-se o armazenamento e agrupamento de dados em grupos específicos, no intuito de reconhecer um comportamento comercial específico, comparando empresas do mesmo segmento econômico e com características tributárias semelhantes, no sentido de detectar pontos fora da curva de comportamento que justifiquem investigação aprofundada; veja-se este exemplo: dado o setor varejista de eletrodomésticos e cruzando a relação percentual entre ICMS recolhido e faturamento obtido apresentado pelas empresas ali pertencentes, encontra-se uma relação percentual média de recolhimentos, *vis a vis* com

⁸ Interessa à Receita Federal saber quanto de receita bruta declarou uma pessoa jurídica para determinado Estado e vice-versa.

faturamento, de tal modo que os percentuais abaixo da média encontrada indiciam evasão fiscal e requerem análise verticalizada.

Pelo **Processamento de Linguagem Natural (PLN)**, consegue-se interpretar a linguagem humana, buscando o significado deduzido do texto; é usado em interfaces de conversação e ferramentas de linguagem. Antes que um sistema possa raciocinar, aprender, planejar, minerar argumentos ou explicar, o mesmo deve ser capaz de formular as ideias envolvidas por meio de uma linguagem de representação do conhecimento. Assim, primeiro será preciso que o sistema PLN assuma a capacidade de interpretar um documento escrito em linguagem natural, de entender os conceitos presentes no seu texto; cria-se uma rede de definições de um vocabulário sobre um determinado domínio de conhecimento de forma a uniformizar, referenciar e compartilhar conhecimentos sobre conceitos gerais e especializados, no sentido da máquina poder pensar coerentemente as soluções. Uma arquitetura de um sistema de PLN deve incluir a edição de regras sintáticas e semânticas que comporão uma determinada base de conhecimento. Portanto, pelo PLN será possível antever se um determinado posicionamento do fisco poderá obter sucesso no Judiciário, diante das decisões judiciais que abordaram questão idêntica, por exemplo. Existe no Brasil um sistema denominado de "Protegé", o qual organiza hierarquicamente 98 conceitos de direito tributário, no intuito de dotar a IA de condições para solucionar uma questão.

Não se pode deixar de mencionar o SPED – Sistema Público de Escrituração Digital, como ferramenta importante consistente em padronizar as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos sujeitos passivos tributários. Sobre tal sistema aplicações de IA podem ser desenvolvidas, fazendo o tratamento adequado dos dados coletados, proporcionando ao fisco elementos indicativos tendentes a detectar prováveis focos de evasão tributária.

4 EXEMPLOS CONCRETOS DE IA APLICÁVEL NA COBRANÇA DE TRIBUTOS

O fisco federal desenvolveu algumas plataformas de IA que acabam repercutindo na atividade do lançamento. Vamos a elas.

A primeira é chamada de Sistema de Seleção Aduaneira por Aprendizado de Máquina (SISAM) – aprende com o histórico de Declarações de Importação (DIs) e tem o fito de diminuir a quantidade de mercadorias verificadas no despacho aduaneiro de importação, reduzindo os custos da máquina fiscal; com base no histórico de importações, seja do mesmo importador, seja de outras empresas do mesmo setor, o sistema verifica quais DIs têm maior probabilidade de conter erros e em quanto tais

erros podem representar de perda para o Fisco, de modo que, para estes casos, a mercadoria importada é escolhida para verificação pormenorizada; neste passo, o sistema evita fiscalizar contribuintes de forma puramente aleatória, visto que analisa cada item de cada adição de cada DI e calcula a probabilidade da presença de vários tipos de erro. Também indica possíveis valores corretos para os campos que tiverem erro e calcula a probabilidade e as consequências tributárias de cada um destes valores.

A segunda é denominada de Sistema “PGFN Analytics”, destinada a municiar a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional de elementos para se saber quais as probabilidades de êxito de uma determinada execução fiscal, considerando os bens que estejam em nome do contribuinte devedor; quer dizer, faz o monitoramento patrimonial dos sujeitos passivos, se valendo das mais avançadas técnicas de BI (*business intelligence*). Permite identificar indícios de redução da atividade econômica, de dilapidação patrimonial, de saída fraudulenta do quadro societário, de fraude à execução e de sucessão empresarial. Além disso, contém ampla base para localização de bens e direitos do devedor. Enfim, o sistema apresenta informações relevantes para a tomada de decisão em relação à recuperação do crédito inscrito na dívida ativa da União.

Noutras palavras: os órgãos de cobrança judicial federal se valem da IA para selecionarem aquelas execuções fiscais com viabilidade positiva, de tal modo que a demanda só será instaurada se o devedor potencialmente executável tiver bens para satisfazer a dívida. Embora num primeiro arroubo tal medida vise priorizar as cobranças com grande possibilidade de sucesso, o que se vê em última análise é um estímulo ao mau contribuinte que, sabedor da existência deste tipo de seleção, termina por adotar práticas para fraudar à execução ou cometer fraudes contra credores. Aqueles contribuintes que contassem com ajuda tributária especializada poderiam adotar estratégias escapistas que os livrariam das investidas do fisco.

A terceira está dentro do contexto do “T-Rex” e da “Harpia”: entenda-se o “T-Rex” como um supercomputador que, através das movimentações eletrônicas, cruza *online* as informações das atividades que envolvam CPF ou CNPJ dos contribuintes quanto a operações com cartórios (checando os bens imóveis, terrenos, casas, apartamentos, sítios, construções etc), Detrans (verificando o registro de propriedade dos veículos, tais como motos, barcos, Jet-skis etc), bancos (operações com cartões de crédito, débito, aplicações, movimentações, financiamentos), empresas (folhas de pagamentos, FGTS, INSS, IRRF etc), serviços básicos (luz, água, telefone, saúde), o próprio Poder Judiciário em relação ao pagamento de honorários a advogados e/ou indenizações às partes reclamantes. A varredura é realizada em todas as esferas (municipal, estadual e federal), podendo, ainda, fiscalizar até cinco anos retroativos. Já o *software* “Harpia”, que trabalha juntamente com o “T-Rex”, propicia que o sistema

seja capaz de aprender com o comportamento do contribuinte e, assim, rastrear ações suspeitas.

A quarta é denominada de Sistema “Watson”⁹. Trabalha a linguagem humana juntamente com a inteligência artificial, com o objetivo de analisar grandes quantidades de dados. Assim, possui um sistema cognitivo capaz de compreender milhões de dados expressos na linguagem humana, raciocinando e oferecendo as respostas corretas. Encontra largo uso na área jurídica, a ponto de ser criado uma espécie de um “robô-advogado”, de nome “Ross”, cuja função é auxiliar na gestão de escritórios de advocacia; a partir de um problema, referido robô interpreta, busca informações, elabora hipóteses e traz uma resposta lógica para a pergunta realizada; o advogado autômato vai se aperfeiçoando de acordo como é utilizado e monitora processos *online*, de sorte que quando identifica alguma nova decisão que afete o caso, este imediatamente notifica o advogado. Possui uma variante tributária no Brasil chamada de “Busca Legal”, que otimiza a busca de informações de tributação de produtos. Essa ferramenta criou um *chatbot* em parceria com a empresa *Syntax*, que já organizou um total de dados que conta com quase 4 milhões de regras tributárias, dentro dos quais são fornecidas informações de acordo com o tipo de tributo pesquisado.

5 ALGORITMO

Nas palavras de Alan Turing e Alonzo Church, considerados os pais da ciência da computação, algoritmo “**é um conjunto não ambíguo e ordenado de passos executáveis que definem um processo finito**”. Ou, numa linguagem mais **simplicista**, algoritmo é uma **sequência de passos lógicos** necessários para uma tarefa ser executada; é como se fosse um passo a passo para resolver um problema, com instruções simples e exatas.

Algoritmo, para a matemática, significa uma sequência finita de regras, raciocínios ou operações que, aplicada a um número finito de dados, permite solucionar classes semelhantes de problemas. Para a informática, traduz um conjunto de regras e procedimentos lógicos perfeitamente definidos que levam à solução de um problema em um número finito de etapas.

⁹ O sistema Watson foi desenvolvido pela empresa americana IBM, para responder perguntas em um programa de TV americana, no ano de 2011. Esse sistema acabou por vencer o desafio proposto pelo programa, analisando 200 milhões de páginas de livros e respondendo em segundos as perguntas que lhes foram feitas.

Os algoritmos podem ser usados nas situações que envolvam raciocínio lógico e organização ou otimização de processos. Uma forma primitiva de algoritmo está na receita gastronômica, cuja função é orientar o cozinheiro a usar os ingredientes, nas medidas exatas e na sequência correta, até se chegar ao prato pretendido.

Eles integram a construção de qualquer programa de computador, desde uma rede social até um *software* de automação. Podem ser de três tipos: (i) **Descrição narrativa - consistente num relato, numa história, que mostra o passo a passo para resolver um problema; escrito em linguagem comum, dá margem para diversas interpretações, trazendo dúvidas e carecendo de objetividade; o trabalho do programador é converter esta descrição narrativa em linguagem apropriada para o computador ler, compreender e executar as tarefas.** (ii) **Fluxograma** - ferramenta que traduz a representação gráfica de um algoritmo, na medida em que possibilita simplificar e compreender qualquer processo, permitindo a visualização de todas as suas etapas, do início ao fim. Através dele são detectados pontos de estrangulamento e opções de melhoria; baseado na organização de informações com a utilização de símbolos. Existem diversos tipos de formas gráficas para representá-las: *inputs*, etapas, decisões, *outputs* etc. Essas formas podem variar de acordo com o modelo adotado. (iii) **Pseudocódigo - conjunto de comandos criados para executarem uma tarefa, embora não escrito em linguagem de programação, apesar de usar a mesma lógica; serve como rascunho para convertê-lo em linguagem de programação.**

Só pelas definições atrás exibidas é factível depreender que o algoritmo pode acusar falhas em qualquer campo do conhecimento humano, inclusive no tributário, na medida em que o homem pode deixar de prever e imputar todo o universo possível de regras, raciocínios ou operações que apontem a melhor solução para a hipótese sob estudo. O imputador do algoritmo pode não ter a compreensão de um argumento ou regra que também possa ser aplicado ao caso concreto, descoberto pela mente investigativa e interpretativa do lançador tributário, num feixe de raciocínio desenvolvido em ambiente de maior densidade jurídica e que requeira um esforço intelectual maior do que aquele que se costuma fazer em simples tarefas de rotina. Disto depende o exercício criativo do cérebro humano, a construir teses sólidas quando desafiado pelas novas experiências, vistas antes por outros operadores do direito e que não tiveram o insight de enxergar o fenômeno tributário sob um outro – e revolucionário – viés.

Em verdade, algoritmos partem de modelos, ou de representações simplificadas da realidade com a qual o sistema há de interagir para realizar os

objetivos para os quais foi programado¹⁰. Tais modelos podem ter pontos cegos que refletem os julgamentos de quem os criou. Os sistemas inteligentes, por mais desenvolvidos que sejam, dependem de uma representação da realidade para atuar, e os dados com os quais são alimentados são coletados e neles introduzidos por humanos. Assim, é inevitável que, no mínimo, os sistemas partam de visão precária e limitada da realidade, questão epistemológica que assalta a qualquer sujeito cognoscente.

Por sua vez, como o algoritmo é aplicado a um número finito de dados, talvez nem o dado esteja disponível para análise, seja porque inédito ao seu imputador, seja porque propositalmente disfarçado pelo sujeito passivo para escapar da tributação. A economia digital está cheia de transações e operações econômicas e financeiras com implicações tributárias que acometem em número assombroso as relações travadas na rede mundial de computadores. Estas podem envolver municípios diferentes, estados diferentes, países diferentes, de tal sorte que a transação acabe se perdendo e não encontrando a tributação adequada, a ponto de ser muito difícil identificar-se até quem seja o sujeito ativo da relação obrigacional.

6 ANÁLISE DO INSTITUTO DO LANÇAMENTO À LUZ DO TEMA ABORDADO

Vale advertir inicialmente que não se pretende neste trabalho abordar por inteiro as questões relacionadas ao instituto do lançamento. Há monografias profundas enfrentando a temática, dentre as quais se destaca a obra clássica de José Souto Maior Borges, muito conhecida entre os tributaristas¹¹.

Neste tópico, o propósito é apenas abarcar alguns aspectos do lançamento, máxime aqueles que se conectem aos procedimentos ligados à IA ou que, de alguma forma, comportem ser lembrados para recompreensão da sua configuração formal. De seu turno, não se terá aqui a preocupação de enfrentar polêmicas importantes ao redor do instituto, a exemplo da existência ou não de atecnia na expressão "autolancamento", da adoção de novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, da mudança dos critérios jurídicos implicar em erro de direito ou erro de fato, da aplicação de prazos decadenciais com termos iniciais distintos, dentre outras. O foco será contextualizar o lançamento e analisar se, para todas as situações, ficará ele "escravo" da automatização implantada pela IA.

¹⁰ No entendimento de Cathy O'Neil.

¹¹ Lançamento Tributário.

A teor da definição contida no art. 142 do CTN, *caput* e parágrafo único, combinada com a parte final do art. 3º do mesmo *Codex*, o lançamento nasce de “atividade administrativa” plenamente vinculada, disposta para verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação respectiva, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, em certas hipóteses, propor a aplicação da penalidade cabível, tarefas que concentram o esforço de constituir o crédito tributário.

A “**atividade**” do lançamento decorre de procedimento administrativo, segundo certa corrente doutrinária isto é, traduz o cometimento de vários atos sequenciados por parte da autoridade investida de poderes específicos, os quais, após meticulosa auditoria, pode identificar ou não fatos imponíveis insatisfeitos. Caso existam, formaliza-se o lançamento tributário para o crédito tributário ser constituído. Mas há quem entenda ser o lançamento decorrente de um único ato administrativo, decorrente de outros atos preparatórios (intimações, comunicados, relatórios preliminares, lavratura de termos etc.), externado quando da individualização do crédito.

Há desdobramentos para aqueles que pensam ser ato formal e não procedimento. Numa posição intermediária, Ruy Barbosa Nogueira o entende como um procedimento administrativo sob a forma de atos regrados tendentes à realização de um fim. Por sua vez, Aliomar Baleeiro, Rafael Bielsa e Paulo de Barros Carvalho encaram o lançamento como um ato administrativo final, resultado de todo um procedimento administrativo anterior.

Já para Gilberto de Ulhôa Canto constitui ato administrativo complexo, definido como o que expressa uma só vontade pela manifestação de dois ou mais órgãos. Visto por este ângulo, se uma autoridade formaliza o lançamento e uma outra, pertencente a outro órgão, o aprecia, ainda na esfera administrativa, soa coerente o ponto de vista defendido pelo citado jurista.

Sacha Calmon afirma taxativamente ser o lançamento ato administrativo singular, “de aplicação da lei aos casos concretos” (2011, p. 666), dentro de um processo de concreção normativa, de modo que é precedido por um procedimento preparatório (desenvolvido na auditoria, provido de intimações, relatórios, termos etc.) e sucedido por um procedimento revisional (apreciação interna), dentro do controle do ato administrativo pela própria administração pública.

De uma forma ou de outra, a IA age intensamente nesta tarefa de congregiar os atos administrativos preparatórios ou o ato administrativo do lançamento propriamente dito, fazendo emitir automaticamente intimações, relatórios de inconsistências e até mesmo o próprio instrumento formal de lançamento, que

costuma ter na legislação denominações diversas, a exemplo de auto de infração, notificação fiscal, intimação para pagamento de débito, nota de lançamento, dentre outras.

Decorre de atividade administrativa **plenamente vinculada**, equivalente a dizer que nas fases pré-lançamento, lançamento em si considerado e pós-lançamento a autoridade competente agirá rigorosamente de acordo com os comandos de lei, sob pena de responsabilidade funcional. No entanto, para além do lançamento propriamente dito, percebe-se na prática uma certa discricionariedade na atividade de cobrança do tributo, como no caso da repartição fazendária ter liberdade de fixar o número de parcelas de acordo com a conveniência e a oportunidade da Administração Pública, observados os limites máximos definidos em lei, ou quando o órgão julgador administrativo, a depender do caso concreto, resolve dispensar o pagamento da multa ao apelo da equidade, havendo previsão legal para tanto.

Seguir rigorosamente os comandos de lei não significa que o lançador do tributo fique adstrito a um raciocínio cartesiano, apenas limitado ao texto linear da norma. Ao contrário: o tributador experimentado vai muito além deste trabalho intelectual primário, aliás alcançado com muita facilidade pela IA. Como operador do direito que é, assim como o advogado e o juiz o são, a autoridade fiscal deve se permitir aprofundar muito mais na análise do fenômeno tributário com o qual se depara. Aliás, é preciso ficar bem claro que tudo começa a partir do trabalho investigativo e interpretativo desenvolvido pelo *expert*, a perscrutar os fatos praticados pelo sujeito passivo. **As teses jurídicas na área tributária nascem a partir do lançamento.** Sem ele a obrigação tributária reside no limbo, escondida, sem se revelar para o sujeito ativo. Ao perceber os fatos praticados pelo contribuinte, caberá ao lançador analisá-los para saber das suas implicações tributárias. Um evento aparentemente declarado desonerado de tributação pode revelar ser imponible, a partir de certos raciocínios jurídicos que sejam exercitados pelo tributador. Ou um evento tributável satisfeito numa certa dimensão quantitativa pode comportar uma complementação de pagamento, seja porque a base imponible não foi delimitada corretamente, seja porque a alíquota praticada não é a prevista na legislação. No momento do ajuizamento da execução fiscal, os fundamentos da cobrança estão perfeitamente delineados, e o fenômeno tributável em suas diversas dimensões (material, pessoal, espacial, temporal e quantitativa) já se mostra por inteiro, resultado do trabalho intelectual desenvolvido pelo lançador do tributo. Num outro dizer: **é a autoridade lançadora quem injeta no mundo jurídico o fato imponible, em forma e essência, em qualidade e quantidade, em certeza e liquidez, em espaço e tempo, após estar devidamente encaixado na norma jurídica, a subsunção fazendo irradiar os efeitos de cobrança e** exequibilidade. Sem lançamento não há como se exigir o

tributo, no modo e forma como foi exteriorizado pela autoridade competente. Até mesmo nos pagamentos antecipados pelo contribuinte, será preciso que a autoridade pública os chancela, advindo daí o lançamento por homologação.

Verificar a ocorrência de fatos geradores significa uma atividade extremamente sensível e que requer proficiência da autoridade encarregada do lançamento. Muitas vezes o fato tributável estava até então desconhecido pelo erário, como dito antes. Tem o lançador a expertise de trazer para o mundo jurídico eventos que se disfarçavam na sombra, sem tratamento jurídico. Apesar de se caracterizarem como geradores de obrigações tributárias, tais fatos não se exteriorizavam para a Fazenda Pública, à espera do advento da decadência. O fato tributável, antes oculto, acaba por desnudar-se, após cuidadoso procedimento investigativo e interpretativo, estando agora submissível à cobrança formal. Em última análise, interessa à sociedade que tais fatos sejam descobertos pelo titular do lançamento, pois só assim a exigência formalizada poderá ser convertida em arrecadação voltada para a atendimento dos anseios da sociedade.

Determinar a matéria tributável constitui o aspecto material do fenômeno tributário. Nas palavras de Sabbag (2016, p. 851), é aqui que o lançador atém-se ao “elemento nuclear do tributo exigível”. Identificados determinados fatos, é de apreciar se podem ser considerados geradores de obrigações tributárias. Neste momento são analisados os seus aspectos extrínsecos e intrínsecos, desvelados seus traços peculiares que os façam ser considerados como sujeitos à tributação, mediante o trabalho intelectual de subsumi-los à hipótese de incidência tributária. O fato do dono de uma empresa preferir usar camisas de manga curta para trabalhar nenhum interesse isto desperta para o lançador tributário que o presencia. Porém, se este mesmo dono presta serviços previstos na Lista da LC 116/2003, tal evento suscitará a atenção do lançador do ISS.

Calcular o montante do tributo devido exprime o aspecto quantitativo do fenômeno sob estudo. Nesta etapa o lançador vai liquidar a obrigação tributária. Com a norma em punho, irá quantificar a base de cálculo, aplicar eventuais reduções, escolher a alíquota cabível no caso e, efetuadas algumas operações aritméticas, encontrar a quantia devida a título de tributo¹². Óbvio que a IA nesta etapa trabalha com maior desenvoltura: a partir dos dados colhidos em documento fiscal eletrônico ou a partir da imputação de dados pelo próprio lançador, encontra-se o valor exatamente devido de tributo, à luz da regra aplicável ao caso concreto.

¹² Hugo de Brito Machado (2013 – p. 177) lembra que, em se tratando de tributos fixos, o lançamento não precisa percorrer esta etapa de quantificação, nos casos dos tributos fixos.

Por seu turno, **identificar o sujeito passivo** expressa o aspecto pessoal do fenômeno tributário. Neste viés a responsabilidade tributária é definida, isto é, contra quem deverá ser exigido o tributo. Nem sempre a sujeição passiva não se exhibe tão clara assim, ensejando estudos jurídicos no sentido de saber exatamente quem deve responder pela obrigação tributária sob mira.

Propor a aplicação de penalidade já pertence ao campo do que se convencionou chamar de direito tributário penal. Em verdade, filiamo-nos à corrente que entende a circunstância do lançador apenas propor a aplicação da multa, visto que em muitas legislações processuais administrativas é possível o próprio Executivo, pelos seus órgãos de julgamento, dispensar ao apelo de equidade (entre outras causas) o pagamento da pena pecuniária, ainda que se coadune à previsão legal.

Já é realidade a IA desenvolver um *script* no qual muitas investigações são desenvolvidas. Isto não constitui novidade na área de tributos, pois as empresas de auditoria externa desenvolvem há muito tempo um conjunto de rotinas que visam reconhecer possíveis práticas evasivas. Sem dúvida alguma, a IA vem aperfeiçoando tais rotinas, inclusive melhorando as possibilidades de acerto na identificação de obrigações tributárias inadimplidas.

Registre-se também que lançar é **atribuição privativa de autoridade administrativa**, escolhida pelo legislador dentre as carreiras existentes no Poder Público, com prerrogativas para formalizá-lo conforme disposto na lei em sentido estrito. Daí as entidades tributantes costumarem possuir em sua estrutura cargos organizados em carreiras, pertencentes ao fisco, criados por lei, investidos na competência para lançar. A IA, a serviço da autoridade lançadora, pode se encarregar de formalizar *in totum* aqueles lançamentos menos complexos, à vista mesmo das declarações fornecidas pelo próprio sujeito passivo. Mas mesmo nestes casos o produto final oferecido pela IA **passará forçosamente pelo crivo** da autoridade lançadora que, mediante a aposição de chancela eletrônica, fará sua exteriorização para o mundo jurídico.

Segundo Sacha Calmon, o lançamento produz como resultados, depois do trabalho de subsunção legal, apontar a existência concreta de certa obrigação tributária em todo o seu conteúdo, ato administrativo de efeitos declaratórios que é, além de conferir presunção de liquidez, certeza e exigibilidade para que o crédito tributário esteja em condições de ser efetivamente cobrado.

Não se pode esquecer que o exercício da tributação decorre da técnica da subsunção, vale dizer, a norma, antes da prática do fato (gerador), está em repouso, em estágio de espera da ocorrência do fato tributável. Quando este advém, a hipótese

de incidência se realiza, acarretando direitos, deveres e sanções para as partes envolvidas na relação jurídico-tributária. Algumas vezes a incidência é ignorada pelo sujeito passivo, cabendo ao lançador qualificar o fato como jurígeno. Noutras o sujeito passivo considera o fato como jurígeno, mas satisfaz defeituosamente a obrigação, temporal ou quantitativamente falando.

7 LANÇAMENTO AUTÔMATO

Simple tarefas aritméticas e afeitas a formulários já são hoje realizadas pela máquina, buscando constituir créditos tributários. Daí chamá-las de lançamento autômato, vale dizer, aquele em que a autoridade competente se encarrega de imputar comandos num determinado sistema computacional, após o que é formalizado o crédito tributário correspondente. O próprio sistema, a partir de uma base de dados e constatação de inconsistências que acusem evasão fiscal, reúne num único instrumento formal informações como tipo de tributo, características do sujeito passivo, descritivo da irregularidade, data do fato gerador, base de cálculo, alíquota e valor do tributo devido, de tal modo que, após a chancela eletrônica da autoridade competente, o lançamento se encontra perfeito e acabado, pronto para ser exigido do devedor tributário.

Imagine-se um contribuinte de IPI. Ele quantifica o imposto que deve em determinado período, comunica ao fisco sua dívida e antecipa o recolhimento conforme declarado, mas se valendo de uma alíquota equivocada. Com base no seu comunicado já existente no banco de dados do órgão fazendário, adota-se a rotina de cruzar tais informações com a norma jurídica a ser aplicada e já parametrizada, de tal sorte que o algoritmo identifica o erro e emite uma proposta de lançamento de ofício complementar. Após a aprovação eletrônica do lançador, fica o contribuinte ciente da cobrança adicional. Tem-se aí um lançamento autômato em plenas condições de exigibilidade.

Tarefas mais complexas podem – e devem - ser executadas pela IA. Já há condições para a máquina aprender sozinha, de acordo com as iniciativas-imputações feitas pelo ser humano. Quanto mais associações forem feitas pelas mãos do homem, mais o *robot* aprenderá. Todavia, ainda que a máquina inteligente possa aprender “sozinha”, em algumas situações inéditas o resultado oferecido pode não ser o adequado. Um algoritmo construído defeituosamente também poderá fazer com que o “Robotax” oferte alternativas equivocadas.

Em acréscimo, arrisca-se dizer que pelo menos durante considerável período de tempo a máquina não irá tornar dispensável o esforço humano de elaborar lançamentos tributários mais complexos. Não se trata de mera confrontação de normas, ao tempo de regência, para daí surgir um *rascunho* do lançamento. Este

poderá surgir a partir da vasta experiência do profissional do fisco, acostumado com a lida das normas tributárias, a entender o fenômeno tributário num contexto geral, desde as suas raízes, para além de raciocínios lógicos e comandos imputados anteriormente.

O que se quer dizer é que sempre restará para o lançador algum espaço intelectual – e muito relevante – para se fazer a interpretação da norma jurídica à luz dos métodos conhecidos. Cabe ao operador do direito, diante de um caso concreto, testar todos os modos interpretativos previstos, e dentro de cada um deles as suas versões possíveis, para daí retirar a melhor solução para resolver a demanda.

Pensemos uma norma tributária recém implantada no sistema legal brasileiro e a necessidade de adequá-la corretamente ao contexto jurídico. Exercitar uma interpretação literal pode conduzir a uma conclusão. Adotar o método lógico pode trazer conclusão diversa. Optar pela interpretação sistemática pode ensejar não só uma, mas várias conclusões diferentes das duas primeiras. E assim sucessivamente, até que todos os métodos sejam devidamente experimentados, nas suas mais variadas versões, proporcionando inúmeras conclusões distintas.

É factível que, diante de uma nova situação, sem tratamento dado pela doutrina e pela jurisprudência, uma IA *muito experimentada* (em tempo inestimado) ofereça tais alternativas para o lançador tributário, mas será este que, a partir delas, poderá pensar na melhor solução, de acordo com a sua vivência científica.

8 PROSPECÇÕES PRÉ-LANÇAMENTO. ANÁLISE DO MINUS E DO NIMIS TRIBUTÁRIO

Claro que descoberta a evasão fiscal, sua dimensão pode e deve ser parametrizada no aplicativo de IA para que situações semelhantes – envolvendo ou não o mesmo contribuinte – sejam identificadas e disponibilizadas para a autoridade checar, confirmar e formalizar novas exigências tributárias. Preferimos chamar tal tarefa de análise do *minus* tributário, vale dizer, o conjunto de verificações tendentes a detectar obrigações tributárias não adimplidas satisfatoriamente.

Com o mesmo ímpeto profissional, deve o profissional lançador, ao cabo de suas investigações, identificar pagamentos excedentes de tributo, vale dizer, obrigações tributárias adimplidas em excesso, a suscitarem pedidos de restituição.

A partir de informações fornecidas e não fornecidas pelo sujeito passivo, desenvolve a auditoria um trabalho de verificação dos dados que rodeiam o fato considerado ou a ser considerado como tributável, cruzando informações colhidas de

pessoas físicas ou jurídicas, direta ou indiretamente envolvidas com o evento investigado.

Todo um trabalho de subsunção e de interpretação é executado pelo agente lançador, testando hipóteses, criando argumentos e elaborando conclusões, no sentido de saber se o fato está sujeito a tributo ou não.

Neste espeque, a autoridade lançadora atua na investigação dos diversos aspectos relacionados a fatos tributáveis, auditando quais as suas características materiais para justificar a tributação, a titularidade do sujeito ativo, a titularidade do sujeito passivo, em que instante sucedeu o fato subsumível, em qual território ocorreu o fato imponible, quais as bases numéricas da tributação. Em suma, esquematicamente o lançador responde as clássicas perguntas para formalizar o crédito tributário: qual, quem, quando, onde e quanto.

8.1. Auditoria do *minus* tributário.

Dentro da investigação levada a termo pelo servidor público competente, pode-se compartimentar as tarefas em etapas bem distintas:

Auditoria material dos fatos praticados: sob a ótica de determinado tributo, a autoridade de determinado ente federativo analisa fatos oferecidos e não oferecidos à tributação. O contribuinte, com base em tese jurídica bem concatenada, entende que determinado fato praticado (ou situação vivenciada) não se hospeda em determinado esquadro tipológico de tributo. Em tempos de proliferação da economia digital, onde na *web* várias transações são realizadas, alguns tipos de serviços surgem como necessários sem o contribuinte oferece-los à tributação. Isto passa a ser comum no campo das comunicações, onde o prestador ora oferece o serviço à tributação do ISS, ora o oferece à tributação do ICMS, ora não o oferece para tributo algum. Compete à autoridade lançadora construir um fio lógico de raciocínio multidisciplinar (valendo-se por vezes de máximas jurídicas, contábeis e econômicas) no intuito de conferir os fundamentos da tributação. Define-se o âmbito material de incidência e dentro dele as bases para a cobrança do tributo correspondente. Bem verdade que, concluindo-se pela tributação e optando-se por lançamento de determinada modalidade tributária, isto pode suscitar conflitos de competência, pelo fato de uma outra autoridade lançadora, integrante dos quadros de outro ente tributante, entender que o tributo exigível é outro. Mas isto constitui uma questão a ser enfrentada no tópico seguinte. Por enquanto, nesta técnica de auditoria, a pergunta a ser respondida é se o fato é tributável ou não.

Auditoria do sujeito ativo: faceta de auditoria que procura examinar quem de direito deve se postar no polo ativo da relação jurídico-tributária. E esta questão

não envolve somente entes federativos de esferas distintas (União com Estado, Município com Estado, União com Município); envolve também pessoas federativas de mesma órbita (Estado A contra Estado B, Município W contra Município Z). Aqui a questão toca de perto a conhecida “guerra fiscal”, dentro da qual os entes tributantes contendem entre si para capturar mais arrecadação, não só criando benefícios fiscais que atraiam empresas a produzirem mais riqueza em seu território, como também construindo interpretações normativas que coloquem a seu favor a titularidade ativa do crédito tributário. Um caso interessante que bem ilustra este embate são as importações de mercadorias e a fixação de quem é o verdadeiro destinatário para efeito de identificação do sujeito ativo do ICMS¹³.

Auditoria do sujeito passivo: no outro lado da relação obrigacional reside o sujeito passivo. Definido que o fato gerador existe e que determinado tributo pertence a certa pessoa federativa, será preciso agora identificar quem deve pagá-lo. Nem sempre a titularidade passiva está diretamente definida. Nas hipóteses de sucessão empresarial, não se sabe ao certo contra quem se deve cobrar o tributo. Independente dos mandamentos contidos nos arts. 129 e segs. do CTN, necessário todo um esforço de análise de contratos e de movimentações financeiras de recursos para saber se houve, por exemplo, a prática de ato simulatórios, deixando a responsabilidade por pagar o tributo para pessoa desprovida de qualquer patrimônio, em flagrante prejuízo ao erário. Aqui há espaço para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a partir da qual a autoridade fiscal precisará demonstrar com robustez os desvios de conduta para ter êxito no seu lançamento. Note-se que, a rigor, a operação de lançar neste caso se mostra relativamente simples, de modo que um sistema computacional singelo poderá cuidar disto sem maiores problemas. O que requer burilado esforço intelectual é toda a construção argumentativa que o antecede.

Auditoria temporal do fato gerador: neste ponto interessa saber em que momento ocorreu a hipótese de incidência. Isto se mostra importante para saber se, em caso de tributo não pago ou recolhido a menor, a partir de quando ele se mostrou devido, instante em que devem ser contados e calculados os acréscimos tributários – multas, juros e demais consectários previstos. Definido o momento da ocorrência do fato imponível, será preciso atentar também para os prazos de pagamento contidos na legislação tributária, cuja fixação independe de lei em sentido estrito, em certas

13 Questão recentemente decidida pelo STF, na esteira do Tema 520, que, em sede de repercussão geral, fixou a seguinte tese: “O sujeito ativo da obrigação tributária de ICMS incidente sobre mercadoria importada é o Estado-membro no qual está domiciliado ou estabelecido o destinatário legal da operação que deu causa à circulação da mercadoria, com a transferência de domínio.” (ARE 665.134 RG/MG).

ocasiões modificados constantemente. Apesar de neste ponto o “Robotax” ter atuação bem abrangente, bastando para tanto “alimentá-lo” das alterações legislativas e prazos respectivos, aqui ainda há espaço para a interação humana, sobretudo para saber se o momento de incidência está corretamente registrado nos documentos e escrita fiscal.

Imagine-se que a legislação aceda a prazos mais elásticos de recolhimento da antecipação parcial do ICMS por parte de contribuinte que compre de empresa optante do “Simples Nacional”. Na fase investigatória, a autoridade administrativa concluiu que o fornecedor, à época da ocorrência dos fatos geradores, não poderia ser mais integrante do sistema simplificado. Assim, o recolhimento do imposto estadual era para ter sido efetuado em data anterior, de modo que caberiam aí os acréscimos tributários.

Auditoria espacial do fato gerador: compete ao lançador saber em qual âmbito territorial se deu o fato imponible para saber inclusive qual modalidade tributária deve ser reclamada. A prestação do serviço de transporte serve de boa configuração para mostrar o nível de debate que isto pode trazer. No intuito de definir qual imposto deva incidir no serviço de transporte, se ICMS ou ISS, será necessário saber onde a prestação se iniciou e onde terminou. Se teve origem e fim no mesmo Município, há que se cobrar a exação municipal. Se teve origem e fim em Municípios distintos, é de se cobrar a exação estadual. É preciso saber ainda quantos prestadores estavam envolvidos no transporte da mercadoria, até que fosse entregue ao destinatário último, se houve subcontratação ou redespacho. Tudo isto passa por uma análise dos contratos feitos entre os prestadores e tomadores e como, especialmente, os serviços sucederam.

Análise semelhante pode acontecer na esfera da União, em nível das transações internacionais, no intuito de saber quem será o sujeito ativo beneficiário de tributo incidente sobre a renda percebida.

Auditoria quantitativa do fato gerador: Definida a existência de determinado fato como tributável, quem é o ente beneficiário, quem são os responsáveis, onde se deu a sua constatação e a partir de quando passou o tributo a ser devido, resta saber quanto o devedor deve pagar de tributo. Tal exercício passa pela análise da base de cálculo e da alíquota, na maioria das vezes, bastando saber reconhecer o tipo de operação (ou situação jurídica) e ter domínio da legislação aplicável. Também aqui o “Robotax” *se sente bastante confortável*. A partir das informações legislativas e dos dados apostos nos documentos fiscais, o sistema inteligente calculará o tributo devido. Ainda assim haverá espaço para uma interpretação totalmente dependente do cérebro humano, pois nem sempre o fato tributável se mostra *quantitativamente* da mesma forma em que se encontra nos registros fiscais. As rendas “maquiadas” servem como boa referência. Para se valer de

tributação minorada, aplicável a empresas de pequeno porte, muitas vezes a pessoa jurídica se esconde em organizações interpostas, exatamente para não revelar o lucro real efetivamente percebido.

8.2. Auditoria do *nimis* tributário.

Nos pedidos de restituição é preciso fazer uma verificação para saber se o valor que o sujeito passivo pretende receber de volta corresponde efetivamente à quantia que deve sair do erário. Não se pode esquecer que quando um recurso ingressa nos cofres públicos a título de tributo mas na verdade não o é, pode e deve ser devolvido para o contribuinte, pois do contrário haverá a configuração do enriquecimento ilícito da parte do sujeito ativo.

Afora tais averiguações típicas em repetição de indébito, se o ente tributante verifica, no curso da ação fiscal, haver anormalidades de recolhimento em prejuízo para o contribuinte, é de seu dever comunicá-lo do pagamento em excesso e orientá-lo a formular o pedido de devolução ou proceder à compensação automática com valores futuros devidos, conforme critérios estabelecidos em lei.

Assim, os tipos de auditoria desenvolvidos para identificar o *minus* tributário servirão para detectar o *nimis* tributário. No desenrolar da ação fiscal pode-se constatar que fatos não tributáveis foram considerados como tributáveis, se o ente tributante fiscalizador não é o beneficiário do tributo que ingressou em seu patrimônio, se determinada pessoa recolheu o tributo sem ser o sujeito passivo, se a quantia paga excedeu o montante devido, seja por erro na composição da base de cálculo, seja por erro na fixação da alíquota. Em todas estas hipóteses surge o direito à restituição, traduzível na devolução em dinheiro ou na forma de crédito para encontros futuros de contas. Neste particular, é o "Robotax" cooperando em favor do sujeito passivo.

A IA que for projetada para identificar ausência ou recolhimentos a menor de tributo provavelmente não terá dificuldades para apontar valores a serem devolvidos para o contribuinte. Por questões de justiça fiscal, deve o sujeito passivo pagar rigorosamente o montante que deve de tributo. Nem um centavo a menos, nem um centavo a mais.

9 TESES CRIATIVAS DO LANÇADOR TRIBUTÁRIO

Sem a pretensão de dar contornos de estudo de caso, aqui neste tópico a ideia é trazer algumas situações jurídicas identificadas pelos lançadores federais, estaduais e municipais e que não estavam claramente previstas em algoritmos que pudessem

detectar sozinhos um flanco de evasão tributária, à luz de raciocínios multidisciplinares (jurídicos, contábeis, econômicos etc.) desenvolvidos em torno do fenômeno tributário.

São teses relativamente novas que, independente de contarem ou não com o aval dos tributaristas ou do Poder Judiciário, mostram quão ainda é importante a construção intelectual direta do ser humano na formação do lançamento.

Escolhemos uma tese para cada órbita tributante. Vamos a elas.

9.1. Esfera estadual.

9.1.1. Transferências Interestaduais.

Uma questão assaz interessante que não poderia ser alcançada na época por qualquer algoritmo, dado o seu ineditismo, dizia respeito à estipulação da base de cálculo nas transferências entre estabelecimentos comerciais da mesma empresa situados em Estados distintos.

Segundo determina o art. 13, §4º, I, da LC 87/96, diploma institutivo das normas gerais de ICMS, a base imponível nas transferências interestaduais envolvendo na origem estabelecimento que não fabricasse a mercadoria, é o valor correspondente à entrada mais recente.

Neste diapasão, a filial situada no Estado de origem costumava tributar esta transferência levando em consideração o valor consignado na nota fiscal de aquisição mais recente, do modo como vinha estampado no documento fiscal como valor da operação. Com o destaque do ICMS nestas bases, o estabelecimento baiano recebedor da mercadoria fazia a apropriação do crédito fiscal no mesmo montante, à vista do mecanismo da não cumulatividade. Por anos a tributação – débitos fiscais destacados e créditos fiscais utilizados – figurava-se deste jeito.

Por força de trabalho intelectual desenvolvido por lançadores tributários estaduais, a apropriação dos créditos admitida alcançou o valor da entrada mais recente, mas agora passou a excluir do seu cômputo os tributos recuperáveis, a exemplo da PIS/COFINS não cumulativas, de sorte que a auditoria passou a fazer o estorno dos créditos desta parte excedente.

Teve o estudo apoio em conceitos jurídicos societários e contábeis, a partir dos permissivos contidos nos arts. 109 e 110 do CTN, notadamente pelo fato de que o valor que corresponde à entrada mais recente é o valor equivalente ao custo de aquisição da mercadoria a ser incorporada ao estoque da empresa, apropriável na conta “mercadorias”, com exclusão dos tributos recuperáveis, por não fazerem parte do patrimônio da empresa.

Cumpra assinalar que, por ser uma questão relativamente recente, até o presente momento encontrou posicionamentos judiciais favoráveis e desfavoráveis no segundo grau judicial, restando ainda encontrar o crivo consolidado dos Tribunais Superiores. Não obstante, assinale-se que com base nesta tese fiscal muitos recolhimentos foram efetuados em favor do Estado de destino.

Veja-se a pretexto de ilustração a seguinte ementa administrativa:

“PROCESSO - A. I. Nº 206891.0035/15-6

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/11/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0293-12/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS EFETUADAS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Para fins de utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, deverá ser adotada a base de cálculo apurada de acordo com o valor da entrada mais recente no estabelecimento remetente, com a exclusão do PIS/COFINS e dos impostos recuperáveis. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria. Bem verdade que na atualidade o STF, em sede de repercussão geral (ARE 1.255.885-MS), acabou por entender que não se deve fazer tributação alguma nas transferências interestaduais, nos moldes da Súmula 166 do STJ, de modo que o estorno dos créditos fiscais não seria parcial e sim total”.

Em contrapartida, os recolhimentos feitos a este propósito ensejam em princípio pedido de restituição. Mas isto não retira o raciocínio de que, a partir de um conceito que comportava interpretação jurídica diversa, vale dizer, o que verdadeiramente significava “valor correspondente à entrada mais recente”, encontrou o lançador tributário espaço para uma nova interpretação, com solução diversa daquela encontrada até então na doutrina e na jurisprudência. Pouco provavelmente tal alternativa de estorno parcial estaria prevista pela IA. Não podemos esquecer que o algoritmo precisa ser arquitetado pelo seu imputador, a partir de “receitas” qualitativas (textos de lei, decisões judiciais etc.) e quantitativas (dados das notas fiscais, informações econômico-fiscais etc.), de posse das quais não tinha o elaborador

do algoritmo a cogitação de retirar da base de cálculo das entradas mais recentes os tributos recuperáveis.

9.1.2. “Marketing Direto”.

Um outro exemplo muito marcante no âmbito estadual diz respeito ao denominado “marketing direto”, no qual, por força de convênio, cabe ao remetente situado no Estado de origem fazer a retenção do ICMS, por força de substituição tributária, quando as mercadorias eram vendidas para pequenos revendedores pessoas físicas.

Para desonerarem-se de fazer a tributação antecipada, as empresas de “marketing direto” simulavam vendas para pessoas jurídicas que apenas funcionavam como simples intermediários, pessoas que apenas prestavam o serviço de entregar a mercadoria encomendada pelas pessoas físicas, estas sim as verdadeiras compradoras. A empresa de marketing direto não fazia a retenção e a empresa “distribuidora” simulava uma venda para consumidor final, apenas destacando o ICMS da operação própria, embora mesmo assim poucas providenciassem o seu recolhimento. Quando se intentava a execução fiscal, nenhuma delas possuía lastro patrimonial suficiente para responder pela dívida.

Aparentemente, a cadeia parecia normal, dentro da qual a empresa atacadista vendia o produto para o varejista que por sua vez o revendia para o “consumidor final”, embora este último fosse um pequeno revendedor. Não obstante a operação figurar como de “marketing direto”, sujeita à ST por força da legislação tributária, os documentos fiscais eram emitidos como se assim não funcionasse. Algoritmo nenhum teria sido construído para alcançar estas simulações. Não fosse o trabalho investigativo desenvolvido pela auditoria, lastreado em fatos ocultos e em normas jurídicas, fatalmente o Estado não veria a recuperação do crédito tributário.

Em prol da tese construída pelo fisco, cite-se a ementa do seguinte julgado administrativo, proferido no Conselho Administrativo do Estado da Bahia:

“PROCESSO - A. I. Nº 206912.0029/10-1

PUBLICAÇÃO INTERNET - 14/09/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0244-12/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MARKETING DIRETO. VENDA PORTA A PORTA. FALTA DE RETENÇÃO E DE

RECOLHIMENTO DO ICMS ST. Nos termos do Convênio ICMS 45/99 c/c o art. 379, §1º, do RICMS/BA, cabe ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, efetuar a retenção e o conseqüente recolhimento do imposto. Constatada a falta de retenção e de recolhimento do ICMS/ST na saída, em operação interestadual, de mercadorias encaminhadas a destinatários do Estado da Bahia que distribuem os produtos a revendedores para venda porta a porta neste Estado, resultando nas exigências de ICMS/ST. Infração comprovada em face da apresentação de significativo conjunto de provas, não elidido pelo sujeito passivo. Rejeitado pedido de Diligência ou Perícia Fiscal. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidades. Decisão unânime. Não acolhida a preliminar de decadência. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime”.

9.2. Esfera federal.

Um caso muito comum na órbita federal e que exige trabalho investigativo e esforço de interpretação é o relacionado à classificação fiscal: um fabricante nacional de certo produto resolve enquadrá-lo em determinada posição na NCM e assim ele é tratado em toda a cadeia de produção e consumo. A intenção é qualificá-lo numa posição fiscal que o deixe numa alíquota menor de IPI do que aquela onde verdadeiramente deveria estar.

De acordo com os dados das notas fiscais transmitidos pelo industrial, os algoritmos estavam preparados para calcularem o citado imposto federal *da forma apresentada pelo contribuinte*. É possível até que num primeiro momento fosse realizada uma vistoria de prepostos fiscais federais ao processo produtivo e nada de anormal fosse detectado.

Posteriormente, já passados alguns anos, o fisco federal constata que o produto comercializado pela indústria possui características físico-químicas que o enquadra em outra posição da TIPI, submetida a uma carga tributária maior de IPI. O lançamento de ofício exigindo a complementação do imposto federal teria que ser formalizado.

Por seu turno, pode ocorrer o reverso, ou seja, esta vistoria federal conclua que em verdade a mercadoria fabricada deve ser posicionada em outra classificação fiscal, sujeita a uma alíquota de IPI menor do que aquela adotada pela indústria. Neste caso,

impõe-se que o contribuinte seja orientado a formular consulta, garantir a tributação menor para o futuro e postular a restituição do excesso pago no passado.

Traga-se apenas como ilustração a decisão administrativa abaixo:

"Acórdão: 3201-007.797

Número do Processo: 10611.000998/2009-54

Data de Publicação: 19/03/2021

Ementa:

ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS. Data do fato gerador: 21/02/2008, 26/02/2008 PROCEDIMENTO FISCAL. CONSTATAÇÃO DE ERRO DE CLASSIFICAÇÃO FISCAL. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA. Não configura contradição ou ofensa da proteção à confiança sobre fato gerador não averiguado em importações anteriores. O lançamento fiscal após regular procedimento que resulte em constatação de erro de classificação fiscal não configura alteração de critério jurídico, não havendo que se falar em violação ao artigo 146 do Código Tributário Nacional. CLASSIFICAÇÃO FISCAL. ÍNDIGO BLUE SOLUÇÃO 40%, REDUZIDO, COLOUR INDEX 73001. NCM 3204.15.90. O produto descrito como corante Dystar Índigo Vat 40% solução (índigo blue reduzido, colour index 73001) classifica-se no código 3204.15.90 da Nomenclatura Comum do Mercosul, pela aplicação das Regras Gerais de Interpretação 1, 6 e Regra Geral Complementar 1 do Sistema Harmonizado. MULTA POR CLASSIFICAÇÃO FISCAL INCORRETA. CABIMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº 161. A multa de 1% sobre o valor aduaneiro prevista no artigo 84 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, deve ser aplicada sempre que for apurada a classificação incorreta da mercadoria importada, observados os limites impostos pela legislação de regência. Aplica-se a multa por classificação fiscal incorreta, prevista no art. 84, I, da Medida Provisória nº 2.158-35/01, por força da Súmula CARF nº 161. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AO CONTROLE DAS IMPORTAÇÕES. IMPORTAÇÃO DESAMPARADA DE GUIA DE IMPORTAÇÃO, LICENÇA DE IMPORTAÇÃO OU DOCUMENTO EQUIVALENTE. ATO DECLARATÓRIO NORMATIVO COSIT N.º 12/1997. Para a aplicação da excludente de ilicitude veiculada pelo Ato Declaratório Normativo Cosit nº 12/97, a descrição da mercadoria na Declaração de Importação deve ser correta e completa, com todos

os elementos necessários a sua identificação e ao enquadramento tarifário pleiteado, e desde que não se constate intuito doloso ou má-fé por parte do declarante”.

9.3. Esfera municipal.

Terreno fértil para admitir novas maneiras de se interpretar a norma jurídica reside no ISS. Veja-se o caso dos serviços bancários: conforme Súmula 424 do STJ, é possível o lançador de tributos identificar serviços que, por sua natureza jurídica e não por sua simples denominação, permitam a incidência do imposto municipal.

Tal entendimento foi corroborado pelo Plenário do STF, ao fixar a seguinte tese, em sede de repercussão geral, Tema 296: É taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, admitindo-se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva. (RE 784439, Rel. Rosa Weber, julgado em 29/06/2020).

Apesar da premissa estar sumulada, o que já daria à IA indicativos para encontrar possíveis focos de evasão num estabelecimento bancário sob fiscalização, a questão é que a decisão de lançar ou não demanda exame dos fatos, os tipos de serviços prestados pela instituição financeira, à lume inclusive da normatização das tarifas por parte do Banco Central.

O caso ora trazido serve para demonstrar que a tarefa do lançador humano jamais poderá ser abandonada, pois mesmo que a fiscalização seja repetida no mesmo estabelecimento bancário, onde o serviço prestado disfarçado na contabilidade já está parametrizado pelo “Robotax”, nada impede que o contribuinte considere a receita como não tributável, dando-lhe uma outra conformação formal contábil, de tal forma que a máquina “inteligente” não terá condições de alcançá-los.

No precedente que se traz o valor contabilizado foi classificado como “Recuperação de encargos e Despesas” e como “Outras Rendas Operacionais”, não oferecida à tributação do imposto municipal, por significar meros ingressos de caixa, para a primeira conta, ou atividade complementar não traduzível em serviços, para o segundo. No entanto, assim decidiu o Tribunal Administrativo do Rio de Janeiro:

“RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 13.224

Recorrente: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

Recorrido: COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS

Relator: Conselheiro NEWTON SILVEIRA PALHANO DE JESUS

Representante da Fazenda: IVAN DALTON ASCHER ASCHEROFF

Ementa:

ISS - PRELIMINAR - NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO Não constitui nulidade, por cerceamento de defesa, o Auto de Infração que contém todos os elementos exigidos pela legislação. Inteligência do artigo 40, combinado com o artigo 68, do Regulamento do Processo Administrativo-Tributário, aprovado pelo Decreto nº 14.602/96. Preliminar rejeitada. Decisão unânime. ISS - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - SERVIÇOS BANCÁRIOS Estão sujeitos à tributação pelo ISS, os serviços prestados pelas instituições financeiras cujas características e natureza os identifiquem, independentemente de sua designação contábil, com aqueles serviços elencados nos incisos constantes do art. 8º da Lei nº 691/84 e listados pela Lei nº 3.691/03. Recurso voluntário improvido. Decisão unânime”.

Naquela oportunidade, fundamentou o Relator:

“... Se é uma prestação de serviço bancário, não estando tais serviços protegidos por isenção ou imunidade expressa, nem tão pouco excepcionados ou explicitados como reservados à União ou ao Estado, e alguma tarifa há que os remunere, em princípio trata-se de SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA e assim da competência municipal, ainda mais quanto identificados na sua prática, com a tipicidade das atividades explicitadas na legislação do Município. Entender diferentemente seria abrir-se espaço para evasões de toda ordem e pretexto. Sabem os que militam no mundo dos tributos que não há atividade com efeito econômico – salvo as exceções legais expressas – que não se submeta a algum tipo de tributação federal, estadual ou municipal. E no caso sob exame, que tributação seria esta senão aquela própria de serviços de qualquer natureza? Ora se há uma lista de categorias e espécies que os define e enquadra, ainda que taxativa, não significa que seus itens são de natureza pética e absolutamente literais em sua expressão vocabular, e não meramente exemplificativos e

conceituais daquela categoria, e que, portanto, tenham que ser entendidos literalmente, ou seja, no restrito campo de cada palavra em si e não no seu sentido de abrangência descritiva”.

Na mesma linha de pensamento, veja-se também esta decisão administrativa de Minas Gerais:

“Data da publicação: 17/02/2018

Processo n°: 01-105.317/15-06
Contribuinte: *Tratemi Transporte Terraplenagem e Empreendimentos Ltda.*
Relator: *Henrique Machado Rodrigues de Azevedo*
Redator: *Andréia de Oliveira Goseling*

EMENTA

ISSQN - TVF/AITI - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - ACÓRDÃO Nº 10.298/3ª NQUADRAMENTO NA LISTA DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS EM RAZÃO DA NATUREZA DOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS - SUBITEM 7.21 - LOCAL DE INCIDÊNCIA - ESTABELECIMENTO PRESTADOR - MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO - INDEFERIMENTO DO PEDIDO - CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. *O enquadramento dos serviços prestados deve obedecer ao critério da especialidade e, pelas provas analisadas, não restaram dúvidas quanto à identidade existente entre os serviços cuidados no presente caso e o subitem 7.21, que se destina às atividades de apoio à extração mineral. - Ainda que se diga que a natureza das atividades possa ser identificada como atividade de transporte ou de engenharia, se prestadas no contexto da atividade de extração mineral, deverá o enquadramento procedido ser realizado no subitem 7.21. - Diversos serviços como sondagem, perfuração, concretagem, cimentação, escavação e terraplanagem estão previstos tanto no subitem 7.02 como no subitem 7.21. Se no contexto da construção civil, hidráulica ou elétrica, são equiparados à execução de obras e recebem o mesmo tratamento tributário, entretanto, se no contexto da exploração mineral, afastam-se desse tratamento tributário, integrando o rol das atividades cujo ISSQN é devido no local do estabelecimento prestador, regra geral na qual entram os serviços do subitem 7.21.*

- No caso concreto, os serviços tributados foram todos realizados para a mineradora, dentro de suas minas, e sem os quais a finalidade da atividade de mineração não seria alcançada. O fato de em algum momento haver "construção" de algum elemento para ajudar na prospecção e extração de recursos minerais, não faz com que tal atividade-meio possa ser enquadrada como obra de construção civil, pois não é um fim em si mesma, não tendo o condão de permanente incorporação da obra ao solo. Justifica-se, assim, o enquadramento dos serviços no subitem 7.21 da Lista de Serviços anexa à Lei Municipal nº 8.725/2003. - O subitem 7.21 não é destinado apenas às atividades de extração mineral propriamente ditas, mas também a outros serviços relacionados à exploração de recursos minerais. - Por tudo que restou provado, mister o indeferimento do presente Pedido de Reconsideração, com a conseqüente confirmação da decisão proferida no Acórdão 10.298/3ª".

Eis uma pequena amostra de que o Robotax, diante destas situações, pode ter deixado escapar das "garras" dos algoritmos um diagnóstico exato, por mais "sabedoria" e "aprendizagem" que tenha acumulado. Quanto mais agora, época repleta de novidades na área da economia digital, onde se destacam complexas transações econômicas envolvendo inúmeros agentes econômicos, às vésperas de uma possível reforma tributária no país, na qual se cogita criar um imposto sobre bens e serviços – IBS14.

10. CONCLUSÃO.

Ao longo dos anos o funcionário do fisco foi evoluindo profissional e intelectualmente. Nos primórdios do direito tributário no Brasil, tal servidor não passava de mero arrecadador de impostos, um simples agente público que se encarregava de coletar os valores devidos pelos contribuintes. Não era oportunizado a ele o preparo necessário para questionar os recolhimentos e pensar cientificamente o fenômeno tributário.

Hoje os cargos públicos dos lançadores tributários são ocupados por pessoas dotadas de enorme capacitação em áreas que enxergam o tributo sob diversos prismas. O bacharel em direito está acostumado a lidar com a norma e seus métodos de interpretação e meios de integração; o economista entende melhor o fato imponível dentro das teorias econômicas e projeta melhor o comportamento da arrecadação; o

14 Já está tramitando no Congresso Nacional proposta do governo instituindo contribuição tendo o mesmo campo de incidência.

contabilista tem um olhar familiarizado com a escrita da empresa; o analista de sistemas consegue supervisionar a construção dos *softwares* de acordo com os desejos da Fazenda Pública; o administrador pensa o serviço público fazendário com um olhar estratégico, planejando as ações que devam se antecipar a movimentos evasivos tributários; o engenheiro pensa o algoritmo que deva “rodar” no programa de IA. Enfim, a lista de especialistas labutando com tributo é infindável. Isto só do lado do fisco. Do lado do contribuinte, há advogados super-especializados, consultores tributários de nomeada, empregados de setor fiscal cada vez mais competentes.

Por sua vez, as transações e situações jurídicas multiplicaram-se na vida moderna, a *web* servindo de veio para fluírem as mais intrincadas negociações. Novas formas de incidência estão por surgir, necessitando da visão aguçada de profissionais ligados ao tributo, tanto do lado do fisco como do lado do sujeito passivo¹⁵.

Porém, não há dúvidas de que o uso disseminado da IA para identificar evasões fiscais e promover lançamentos tributários fará diminuir a necessidade dos entes tributantes recrutarem via concurso público um grande contingente de profissionais¹⁶.

Mesmo assim, será difícil no campo tributário prescindir-se do trabalho intelectual interpretativo do lançador tributário, mesmo que a IA avance consideravelmente - o que é desejo de todos -, mesmo que a legislação ganhe contornos simplificados, tanto no cumprimento das obrigações principais como das acessórias, como também é aspiração da sociedade brasileira.

Segundo Zilveti, os algoritmos de IA têm encontrado alguma dificuldade para replicar parte das habilidades intelectuais humanas, distantes dos processos cognitivos avançados, como o raciocínio analógico, base da prática jurídica. Logo, os trabalhos de alta complexidade jurídica ainda são pouco afetados¹⁷.

¹⁵ Informações pesquisadas apontam que, a título de exemplo, em outubro de 2015 centenas de novas normas tributárias eram editadas diariamente, segundo o IBPT.

¹⁶ Aliás, com o emprego da IA, a diminuição dos postos de trabalho está sendo uma realidade em muitos campos produtivos, a ponto de estudiosos defenderem que os *robots* se tornem “sujeitos” de direito, com responsabilidade para pagamento de contribuições para a seguridade social, por exemplo, como uma espécie de compensação para os cofres da previdência proverem as necessidades dos desempregados e desassistidos.

¹⁷ Hugo de Brito Machado Segundo pontua que as máquinas podem executar algumas tarefas com eficiência maior que a dos humanos, mas ainda está distante, se é que chegará, o dia em que pensarão melhor do que nós, por que e para que desempenhar essas tarefas.

A IA cada vez mais dará suporte à administração tributária para efetivação de lançamentos diretos e de baixa e média complexidades jurídicas. Mas sempre haverá espaço para o surgimento de novos pontos de vista construídos em alicerces intelectivos mais sofisticados. Aí entra o esforço criativo do ser humano que, abandonando a execução de tarefas com soluções já pensadas pela IA, dedicará mais tempo para construções mais complexas e de grande repercussão econômica. Não pode o trabalho criativo do lançador tributário ser suprimido, mas, ao contrário, merece ser incentivado, deixando que a máquina cuide dos diagnósticos rotineiros e já conhecidos.

Noutras palavras: a IA está sendo extremamente útil para a gestão tributária, tanto do lado do sujeito ativo como do lado do sujeito passivo. Contudo, por mais elaborada que seja – e a tendência é ficar mais aprimorada com o aumento da interface com diversas fontes de alimentação –, sempre o ser humano estará um passo adiante para, com sua mente criativa, novas construções irem sendo descobertas, tanto ensejando novos lançamentos, da parte do ente tributante, como ensejando planejamentos tributários mais eficientes, da parte do contribuinte.

Do lado do fisco, ponto central deste estudo, o lançador tributário precisará estar cada vez mais capacitado e dispor de mais tempo para pensar o fenômeno tributário sob uma ótica multifacetada, dedicado a investigar e a se antecipar às novas práticas de evasão e a construir teses jurídicas bem concatenadas para fazer prevalecer o fim maior da sua missão republicana, qual seja, ajudar a proporcionar em favor do erário os recursos necessários para prover as vicissitudes da população¹⁸.

Embora existam afirmações como a de Nick Bostrom, filósofo sueco dos quadros da Universidade de Oxford, ao profetizar que "há 90% de possibilidades de que, entre 2075 e 2090, existam máquinas tão inteligentes como os humanos" (IBERDROLA, p. 4) ou, como a de Stephen Hawking (IDEM), que afirma que as máquinas ultrapassarão totalmente os humanos em menos de 100 anos, arrisca-se dizer que a IA está longe de nos converter em seres obsoletos.

E, ainda dentro deste exercício de futurologia ao qual permitimo-nos fazer por mera especulação, se a IA antes era mera peça de ficção científica e atualmente traduz inegável realidade, nada impedirá também que o ser-humano, hoje usuário de apenas

¹⁸ Walter Kluwer concorda com este posicionamento, do ponto de vista de outra importante profissão: "No entanto, em vez de substituir os contadores, a IA assumirá determinadas tarefas para que os humanos possam se concentrar em atividades mais complexas, que exigem melhores insights criativos que as máquinas não tem a capacidade de realizar. (...) Já os humanos estarão livres para assumir as tarefas para as quais são mais adequados, como aconselhamento sobre planejamento tributário, discussão de operações e de caminhos para a eficiência da empresa e a otimização de seus resultados, entre outras".

uma pequena parte da sua capacidade cerebral, acabe descobrindo fórmulas que possam aproveitá-la em 100%, levando a humanidade para patamares cognoscitivos inimagináveis.

No presente momento, a IA e seus algoritmos acusam algumas deficiências gravíssimas, produzindo resultados incorretos e manipuladamente arquitetados, além de serem usados como ferramenta de rígido controle e vigilância dos cidadãos por parte das autoridades constituídas. Já há iniciativas oficiais com o fito de criar agências reguladoras para uso disciplinado da IA na Internet¹⁹.

IA e atividade criativa humana deverão ter *convivência* pacífica. O “Robotax” estará a serviço do lançador tributário, do contribuinte e não competirá com estes. Pelo contrário: estes últimos passarão a ter mais disponibilidade para construir os seus pensamentos, pensar profundamente os fatos tributáveis, agir inteligente e **conscientiosamente** à vista da norma jurídica e sua consequente subsunção ao caso concreto, sem perder de vista o cenário sócio-econômico de cada momento. Os desafios continuarão bem instigantes para os polos da relação tributária. Todavia, se o “Robotax” tem o seu processo criativo muito limitado, por lhe faltar a consciência, lançador e contribuinte continuarão aprimorando a sua criatividade, desvendando fronteiras cognoscitivas até então desconhecidas.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Forense, 1996.

BIELSA, Rafael. Compendio de Derecho Publico Constitucional, Administrativo Y Fiscal. Buenos Aires: Buenos Aires, 1952.

CANTO, Gilberto de Ulhoa. Temas de direito tributário, pareceres e estudos. Rio de Janeiro: Financeiras, 1955.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1998.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Forense, 2011.

¹⁹ Vale registrar referências ao documentário denominado *Coded Bias*, dada a sua importância para o tema aqui explorado, dirigido por Shalini Kantayya, disponível nas plataformas de *streaming*, produzido em 2020 (portanto, bem recente), no qual são denunciadas situações em que os algoritmos se mostram bem falhos, notadamente no campo do reconhecimento facial de pessoas de cor negra e discriminação de seleção curricular privilegiando o gênero masculino.

DELOITTE. Artificial Intelligence – Entering the world of tax. Orlando: Deloitte, 2019. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/global/en/pages/tax/articles/artificial-intelligence-in-tax.html>. Acesso em 22 abr. 2021.

IBERDROLA. Estamos cientes dos desafios e das principais aplicações da Inteligência Artificial? Disponível em: <https://www.iberdrola.com/inovacao/o-que-e-inteligencia-artificial>. Acesso em 14 mar. 2021.

IBPT. Mais de 700 normas são editadas diariamente no Brasil, desde a Constituição de 88. Curitiba: IBPT, 2015. Disponível em: <https://ibpt.com.br/mais-de-700-normas-sao-editadas-diariamente-no-brasil-desde-a-constituicao-de-88/>. Acesso em 14 jan. 2021. Mais de 700 normas são editadas diariamente no Brasil, desde a constituição de 88

KLUWER WOLTERS. Qual o impacto da inteligência artificial na contabilidade? São Paulo: Kluwer Wolters, 2019. Disponível em: <https://www.wolterskluwer.com.br/blog/qual-o-impacto-da-inteligencia-artificial-na-contabilidade/>. Acesso em 21 mar. 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2003.

NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 2012.

O'NEIL, Cathy. Weapons of math destruction. How big data increases inequality and threatens democracy. New York: Crown, 2016.

SABBAG, Eduardo de Moraes. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2016.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Inteligencia artificial e tributação: a que(m) os algoritmos devem servir? São Paulo: Conjur, fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-13/consultor-tributario-inteligencia-artificial-tributacao-quem-algoritmos-servir>. Acesso em: 24 abr. 2021.

ZILVETI, Fernando Aurelio. As repercussões da inteligência artificial na teoria da tributação. São Paulo: IBDT, dez. 2019. Disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/43-2019/as-repercussoes-da-inteligencia-artificial-na-teoria-da-tributacao/#:~:text=A%20intelig%C3%AAncia%20proporcionada%20pela%20IA,tribut%C3%A1ria%20entre%20os%20contribuintes%2031>. Acesso em: 23 abr. 2021.

1 PASINATO, Wânia. Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332011000200008&script=sci_arttext. Acesso em: 07/11/2017.

2 Idem

3Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>. Acesso em 07/11/2017.

4 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm acesso em 08/11/2017

5 Disponível em:
http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf. Acesso em 08/11/2017

6 Idem

7 Aberratio ictus, em Direito penal, significa erro na execução ou erro por acidente.

8Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-natureza-da-qualificadora-do-feminicidio/>. Acesso em 08/11/2017

9 Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em 08/11/2017.

10 Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em 08/11/2017

11 Disponível em:
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15893-15894-1-PB.pdf>. Acesso em: 08/11/2017

12Disponível

em:
[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_732\)23__a_mulher_e_o_direito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_732)23__a_mulher_e_o_direito.pdf). Acesso em 08/11/2017

- 13 HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha: lei com nome de mulher*. Campinas: Servanda, 2007, p. 8384.
- 14 Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6098167>.
Acesso em 08/11/2017.
- 15 Disponível em :
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595394>.
Acesso em 08/11/2017.
- 16 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/deciso-es-em-evidencia/14-9-20172013-novas-sumulas-do-stj>. Acesso em 20/09/2017.
- 17 Disponível em: <https://www.megajuridico.com/transsexual-pode-ser-vitima-de-feminicidio/>. Acesso em 08/11/2017.
- 18 FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos de Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p.142.
- 19 Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-eneocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>. Acesso em 08/11/2017.
- 20 Cunha, Rogério Sanches. *Manual de direito penal, parte especial*, Editora Juspodivm, Salvador, 2016, p. 66.
- 21 Delmanto, Celso, *Código Penal. Comentado*, 9ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2016, p. 971
- 22 Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentariosobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>. Acesso em 08/11/2017.

FEMINICÍDIO NA SOCIEDADE

ROSANA BELÉM DA CUNHA:
Bacharelada em Direito pelo CEULM
– ULBRA

RESUMO: O presente artigo pretende explicar os principais aspectos da personalização do feminicídio após ser inserido no Brasil como homicídio qualificado. Para isto, foi realizada essa pesquisa bibliográfica, combinadas a teses doutrinárias e artigos jurídicos, com a finalidade de alcançar os objetivos pretendidos. Tratando-se de uma inovação legislativa, solucionar e debater os pontos principais. Inaugura-se este trabalho aduzindo o conceito do feminicídio na doutrina e a natureza dessa qualificadora. Em seguida, uma breve introdução sobre o princípio da insignificância, se é aplicável ou não. Finalmente, as principais discussões sobre o referido tema e a pessoa transexual figurar como sujeito passivo no crime de feminicídio.

Palavras chave: Feminicídio; violência contra a mulher; princípio da insignificância; gênero; constitucionalidade da qualificadora; transexual vítima.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Feminicídio. 2.1 Homicídio qualificado. 2.2 Feminicídio 3. Razões da condição de sexo feminino. 3.1 Violência doméstica e familiar contra mulher. 3.2 Menosprezo à condição de mulher. 3.3 Discriminação à condição de mulher. 4. Tipologia do feminicídio. 5. Natureza da qualificadora do feminicídio. 6. Constitucionalidade da qualificadora. 7. Da competência nos crimes de feminicídio. 8. Do princípio da insignificância. 9. Do entendimento dos tribunais. 10. Aplicação da qualificadora (feminicídio) para transexuais. 11. Conclusão. 12. Referência bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O trabalho de conclusão de curso tem como objetivo explanar sobre o crime de feminicídio como uma das qualificadoras no crime de homicídio, no cenário jurídico.

A maior violação direta aos direitos humanos das mulheres é o crime de feminicídio, pois ceifa sua vida, sendo que a cada uma hora e meia uma mulher é morta no país por causas violentas, sendo o Brasil considerado o 7º país do mundo que mais mata mulheres, portanto, é dever do Estado proteger as mulheres vítimas.

O feminicídio estando incluso a fim de qualificar o crime de homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal, entrou em vigor com a promulgação da Lei 13.104 em

09 de março no ano de 2015, especificando que se trata do homicídio em desfavor da mulher em razão de ser do sexo feminino, no cenário de violência doméstica e familiar, e quando há situação de discriminação à condição de ser mulher.

Destaque-se, ainda que anteriormente a esta referida lei acima mencionada não existia uma punição específica para o homicídio que praticado contra a mulher por razões que envolvessem o sexo feminino. Quer dizer, o feminicídio era penalizado de forma geral como simplesmente homicídio. O enquadramento que se fazia era de homicídio qualificado por motivo torpe – inciso I do § 2º, do artigo 121 – ou fútil – inciso II – ou em razão em virtude de dificuldade da vítima de se defender – inciso IV, todos do Código Penal.

No primeiro capítulo aborda-se sobre a conceituação do crime de feminicídio, terminologia e entendimentos, como realmente ocorre a configuração do crime ao incidir a referida qualificadora.

No segundo capítulo e subtítulos seguintes, este trabalho aborda sobre Razões da Condição de sexo Feminino, suas características, as diferenças de cada estado do Brasil em relação a competência na instrução criminal antes de ir à Júri, e no terceiro capítulo aborda-se sobre a aplicação do princípio da insignificância, pertinente a entendimentos atuais e de grande importância a Súmula 589 do STJ.

Finaliza-se o presente trabalho abordando no último capítulo sobre a aplicação da qualificadora (feminicídio) para os homicídios que envolvem transexuais como vítimas.

Apresentando o cenário das leis e normas, criadas para amparar e dar mais respaldo a mulher surgindo mais uma qualificadora agora no Código Penal no Capítulo que trata Dos Crimes contra a pessoa, particularmente no artigo 121, que trata de homicídio.

Espera-se que este artigo contribua com o debate sobre crime tão grave e relevante.

FEMINICÍDIO

É importante destacar como configura o crime de feminicídio, pois apesar de popularizado é um tema pouco conhecido, onde poucas pessoas sabem exatamente como a morte feminina restará caracterizada como feminicídio. No artigo “Feminicídio e as mortes de mulheres no Brasil”, publicado pela autora Wânia Pasinato, há uma análise sobre todo o assunto incluindo o aspecto histórico do feminicídio desde as primeiras exposições sobre tal tema:

A maior parte dos trabalhos consultados para este artigo toma como referência a definição elaborada por Russel e Radford (1992), ainda que estejam se referindo a mortes que ocorrem em diferentes contextos e sejam praticadas por diferentes agentes. Excetuando-se o caso da Guatemala (Cladem, 2007 – entre outros estudos) que guarda muitas semelhanças com a situação de Ciudad Juarez, nos outros países os estudos se referem a assassinatos de mulheres por seus (ex)maridos e (ex)companheiros. (...) Segundo Russel e Radford (1992), a primeira característica desta definição considera o feminicídio como mortes intencionais e violentas de mulheres em decorrência de seu sexo, ou seja, pelo fato de serem mulheres. Para Fragoso (2002), o que explicaria as mortes não seria a condição de gênero, mas o fato de as mulheres não estarem desempenhando seus papéis de gênero adequadamente. Para as três autoras, nessas mortes não são identificados outros motivos relacionados à raça/etnia, geração, ou à filiação religiosa ou política. (PASINATO, 2011, p 11 disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>).

Conforme a autora escreveu, há diversos entendimentos sobre o tema, inclusive em questão de terminologia, se é femicídio ou feminicídio, o referido assunto não será abordado nesse trabalho, pois já está consagrado no Código Penal brasileiro como feminicídio.

A autora também aborda sobre a questão da desigualdade de gênero, o que aumenta ainda mais as mortes de mulheres, e fala sobre a primeira vez em que se discutiu sobre feminicídio:

A expressão femicídio ou – ‘femicide’ como formulada originalmente em inglês – é atribuída a Diana Russel, que a teria utilizado pela primeira vez em 1976, durante um depoimento perante o Tribunal Internacional de Crimes contra as Mulheres, em Bruxelas. Posteriormente, em parceria com Jill Radford, Russel escreveu um livro sobre o tema, o qual viria a se tornar a principal referência para os estudos aqui analisados (...) De acordo com a literatura consultada, Russel e Radford utilizaram a expressão para designar os assassinatos de mulheres que teriam sido

provocados pelo fato de serem mulheres (...) outro característica que define feminicídio é não ser um fato isolado na vida das mulheres vitimizadas, mas apresentar-se como um ponto final em um continuum de terror, que inclui abusos verbais e físicos e uma extensa gama de manifestações de violência e privações a que as mulheres são submetidas ao longo de suas vidas. (PASINATO, 2011, p 05, 06, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>).

Conforme a realidade penal brasileira, o feminicídio possui requisitos típicos que são: a) violência doméstica e familiar; b) menosprezo à condição de mulher ou c) discriminação à condição de mulher, tudo isso previsto no artigo 121 §2º, inciso VI e §2ºa do Código Penal, vejamos:

2.1 Homicídio qualificado:

§ 2º Se o homicídio é cometido:

2.2 Feminicídio:

VI- Contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

§ 2º- A considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve

I - Violência doméstica e familiar;

II - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

RAZÕES DA CONDIÇÃO DE SEXO FEMININO

No Congresso Nacional Brasileiro o termo “Razões de gênero” foi trocado por Razões da condição do sexo feminino, ficando definido no inciso VI do artigo de homicídio. Durante os debates na Câmara, inicialmente o projeto de lei era para que fosse descrito como: se o homicídio é praticado “contra a mulher por razões de gênero”, porém uma das bancadas de parlamentares, foi contra essa expressão, pressionaram para que a palavra “gênero” fosse trocada por “sexo feminino”, essa mesma bancada objetivava distanciar a possibilidade de transexuais serem abarcados pela lei. Assim, fica nítido que o sujeito passivo é a mulher, podendo aplicar por

analogia homem quando for relação homo afetiva. Sobre esse tema abordaremos no último capítulo. Conforme o artigo supracitado explanar-se á sobre os requisitos típicos a saber:

3.1 Violência doméstica e familiar contra mulher.

Uma das primeiras razões que a Lei trouxe foi especificar que o crime precisa envolver violência doméstica e familiar, automaticamente remete-se à Lei 11.340, Lei Maria da Penha, que em seu artigo 5º, define esse conceito como “qualquer ação ou omissão **baseada no gênero** que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Percebe-se que para configurar a violência doméstica que justifica a qualificadora do feminicídio é de suma importância analisar se a agressão vital se dá em razão do gênero ou não, e, a Lei Maria da Penha também define o contexto em que se dá a violência doméstica e familiar, que é: no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto (art. 5º, I a III).

Menosprezo à condição de mulher

O segundo requisito para que configure a qualificadora é a morte em razão de menosprezo, onde o sujeito ativo não nutre nenhum apreço ou estima pela vítima, sujeito passivo, o que também configura desdém, desvalorização, despreço, e desprezo literalmente.

Discriminação à condição de mulher

Pode-se encontrar a designação de discriminação contra a mulher no artigo 1º do Decreto nº 4377/2002, definido na Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.

A Lei que incluiu a qualificadora do feminicídio veio de forma tardia, pois desde 2002 o Brasil já havia promulgado o Decreto sancionando medidas a fim de erradicar todas as formas de violências entre os gêneros, isto posto, o avanço nesse sentido é extremamente lento.

A discriminação pode ocorrer de diversas formas, como por exemplo ao entender que a mulher não pode trabalhar fora de casa, e se ela contrariar isso, é morta, restringindo a ser do lar, ou matar pelo simples fato de ela estudar ou chefiar alguma empresa. São muitos os casos em que vitimam mulheres pela discriminação, sendo uma característica predominante de sociedade machista e patriarcal, que é o caso do Brasil.

TIPOLOGIA DO FEMINICÍDIO

Nos estudos sobre feminicídio há algumas espécies a esse crime, mais comum é a classificação em três grupos para dividir o feminicídio: o feminicídio não íntimo, o feminicídio íntimo, e o feminicídio por conexão, conforme serão explicados a seguir.

O feminicídio íntimo ocorre quando a vítima tem ou teve uma relação afetiva com o homicida, tal relação que inclui a relação atual ou do passado, nesta hipótese pode abarcar companheiros, namorados e noivos, não estando limitando à união matrimonial. Os dados do Relatório sobre o Peso Mundial da Violência Armada retratam que 66 mil (sessenta e seis mil) mulheres morrem anualmente vítimas de homicídio doloso, e na maioria dos casos ocorre no âmbito domésticos por seus parceiros, familiares ou amigos das vítimas.

Segundo o Mapa da Violência do Brasil, 68,8% das mortes de mulheres ocorreram dentro de casa, sendo que 42,5% do total das agressões, o agressor é o parceiro ou ex-parceiro da mulher. Mais ainda, na faixa dos 20 aos 49 anos, 65% das agressões tiveram autoria do parceiro ou do ex. Nessa categoria de feminicídio é incluído, ainda, aqueles cometidos por qualquer outro homem com quem a vítima tem ou teve uma relação familiar, de convivência ou semelhantes, abarcando nisso o pai, o irmão, o primo, o filho.

O feminicídio não íntimo, ocorre quando a vítima não possuía qualquer relação familiar ou de convivência com o agressor, havendo a agressão sexual ou não. Geralmente, acontece por homens com os quais a vítima possuía alguma relação de confiança ou subordinação, exemplo os colegas de trabalho, amigos, ou sendo o agressor um desconhecido. Nessa categoria costuma-se incluir também os feminicídios cometidos contra as mulheres atuantes em profissões marginalizadas, como é o caso das profissionais do sexo.

O feminicídio por conexão, refere-se às mulheres assassinadas por estarem na “linha de fogo” de um homem que pretendia matar outra mulher, ou seja, mulheres que tentam evitar a consumação de um assassinato e acabam morrendo, incidindo na ocorrência da “*aberratio ictus*”.

NATUREZA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

As qualificadoras criminais são classificadas como de natureza objetiva ou subjetiva, sendo que as qualificadoras objetivas referem a respeito do crime em si relacionado ao meio e modo de execução. As qualificadoras subjetivas são relacionadas ao agente, aos motivos e fins do crime.

No crime de homicídio as qualificadoras são divididas no artigo 121 do Código Penal, sendo os incisos I, II e V classificados como de natureza subjetiva, e dos incisos III, IV e V tidos como de natureza objetivas, como o inciso VI foi inserido posteriormente no rol desses incisos pairou dúvidas em relação à sua natureza, se o feminicídio necessita ter sua natureza jurídica classificada como objetiva ou subjetiva. Existe uma divergência entre vários aspectos na questão jurídica, há os que defendem o feminicídio ser de natureza objetiva e há os que defendem ser de natureza subjetiva.

CONSTITUCIONALIDADE DA QUALIFICADORA

De acordo com a Corte Suprema, a Lei da Maria da Penha, e, a Lei do Feminicídio, ambas são instrumentos que promovem a igualdade em seu sentido material, pois no aspecto físico, a mulher é mais vulnerável que o homem, além de que no contexto histórico a mulher vem sendo vítima de submissões, discriminações e sofrimentos por questões relacionadas ao seu gênero.

Na ação declaratória de constitucionalidade - ADC 19 -, e na Ação de inconstitucionalidade – Adin 4424 – foi debatido sobre o tratamento penal e processual penal desigual entre mulheres e homens, em ambas as ações o STF considerou constitucional todos os dispositivos da Lei Maria da Penha que confere o tratamento jurídico diferenciado, não existindo assim violação do princípio constitucional da igualdade pelo fato de no caso a vítima ser mulher haver uma punição maior. A criminalização específica, e mais penosa, intensa, do feminicídio está sendo mundialmente adotada em diversos países.

Destaca-se ainda, que ao tratar da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou a respeito da desigualdade de gênero. No julgamento da ADI 4.424, alhures mencionado, os ministros entenderam que a atuação do Estado no combate a esse tipo de violência de gênero está fundamentada em diversos dispositivos jurídicos, como, por exemplo: *a)* artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal (“O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”); *b)* Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher; e *c)* Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

É evidente que a violência em desfavor da mulher não é uma violência banal, mas cometida principalmente pela sua condição de mulher e praticada no âmbito doméstico e familiar, se torna equivocada afirmações de que a inclusão do feminicídio como qualificadora representa uma forma de discriminação, pois são afirmações baseadas na noção de igualdade advindas da ideia de igualdade formal.

Após a promulgação da Constituição de 1988, as mulheres brasileiras conquistaram a igualdade formal, visto que de acordo com o artigo 5º, inciso I, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, porém, as mulheres ainda não conquistaram a igualdade material em relação aos homens. Apesar de formalmente poderem usufruir de todos os direitos que são reconhecidos aos homens, na prática, as mulheres sofrem diversas limitações no exercício desses direitos, prova essa de que foi preciso incluir uma qualificadora no Código Penal especificamente para tentar coibir crimes nessa questão, pois não há igualdade.

DA COMPETÊNCIA NOS CRIMES DE FEMINICÍDIO

Após a promulgação da lei do feminicídio várias discussões giraram em torno da competência para o processamento e julgamento, se seria no Tribunal do Júri ou Vara especializada de Violência doméstica. É notável que no artigo 74, §1º do Código de Processo Penal Brasileiro, está definido a competência para julgamento dos crimes contra a vida, conforme a seguir:

Art. 74, §1º. Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121. §§1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados”

A competência para o julgamento é no Tribunal do Júri, porém, para processamento da instrução criminal depende da Lei estadual de organização judiciária de cada estado, Há estados que preveem em sua lei de organização judiciária que crimes dolosos contra a vida praticados no âmbito da violência doméstica até a pronúncia devem ser instruídos por Vara de violência doméstica, posteriormente deverá ser redistribuído para Vara do Tribunal do Júri. De acordo com o STF, é possível essa previsão de acordo com os estados, desde que obrigatoriamente seja julgado no Júri. Cada Estado organiza sua Lei de regimento interno e decide como as Varas atuam, obedecendo o Código de Processo Penal, ficando livre para escolher, conforme a disponibilidade do Fórum, se instrui a primeira fase do inquérito em Vara do Tribunal do Júri ou em Vara de Violência Doméstica.

DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

No cenário jurídico, no âmbito penal, o primeiro a tratar sobre o princípio da insignificância foi Claus Roxin no ano de 1964, tal princípio também é conhecido como bagatela ou infração bagatelar própria. Esse princípio não tem previsão expressa no Código Penal, porém está consolidado em doutrinas e jurisprudências com todos os requisitos para sua configuração. Entende-se que tal princípio é uma casa supralegal de exclusão da tipicidade material, caso o fato for penalmente insignificante quer dizer

que não resultou nenhuma lesão ou perigo ao bem protegido juridicamente, que no trabalho em questão seria a vida das mulheres. Se o princípio é aplicado em favor do réu ele é absolvido por atipicidade material com fulcro no artigo 386, III do Código de Processo Penal.

DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS – Súmula 589 do STJ

Recentemente foi publicada pela 3ª Seção do STJ a Súmula 589 que aduz:

É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticadas contra a mulher no âmbito das relações domésticas. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 13/09/2017, DJe 18/09/2017.

Em muitos casos recentes, os Tribunais Superiores estão julgando no sentido de afastar a hipótese de aplicar a insignificância em casos envolvendo relação familiar doméstica:

Princípio da insignificância e violência doméstica. Inadmissível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados em situação de violência doméstica. Com base nessa orientação, a Segunda Turma negou provimento á recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se pleiteava a incidência de tal princípio ao crime de lesão corporal cometido em âmbito de violência doméstica contra a mulher (Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha) (STF: RHC 133.043/MT).

Nessa mesma vertente o Superior Tribunal de Justiça já havia julgado nesse mesmo sentido:

A jurisprudência desta Corte Superior está consolidada no sentido de não admitir a aplicação dos princípios da insignificância e da bagatela imprópria, aos crimes e contravenções praticados com violência ou grave ameaça contra mulher, no âmbito das relações domésticas dada a relevância penal da conduta, não implicando a reconciliação do casal atipicidade material da conduta ou desnecessidade de pena. Precedentes” (HC 333.195/MS)

É o que entende o STJ, após esse entendimento na Súmula 589, não admitindo a aplicação dos princípios da insignificância aos crimes e contravenções praticados com violência ou grave ameaça contra a mulher, no âmbito das relações domésticas, dada a relevância penal da conduta.

APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA (FEMINICÍDIO) PARA TRANSEXUAIS

Ao tratar de feminicídio, por mais perceptível que parece ser já associa-se excluindo que só há possibilidade de a vítima ser mulher e não homem, porém dentro desse assunto há uma enorme discussão se é aplicável a figura do transexual como vítima do referido crime. Para chegar a uma resposta é preciso compreender o significado do transexualíssimo. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "o transexual não pode ser confundido com o homossexual, bissexual, intersexual (também conhecido como hermafrodita) ou mesmo com o travesti. O transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica. Nesse quadro, a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como um modo necessário para a conformação do seu estado físico e psíquico"

A segunda corrente, mais liberal e moderna, defende que se o transexual tiver feito a cirurgia de mudança de sexo de forma definitiva e alterado seu registro civil, deve receber tratamento de acordo com a sua nova característica física, posto que a condição psicológica já o colocava nessa posição. Percebe-se que tal posicionamento combina dois critérios: a) o biopsicológico, que consiste na realização da mudança do sexo de origem para correlação ao sexo psicológico e, b) o jurídico, traduzindo-se como a alteração do gênero nos assentos cartorários civis.

Ainda que a temática seja um tanto quanto nova, a atualidade do mundo moderno requer soluções à altura de seu progresso e avanço, o Direito precisa encarar com responsabilidade e ética o desafio de adequação dos transexuais, a fim de que não remanesçam sem identidade social, tanto no âmbito do direito privado e, primordialmente, diante do direito público, obrigação maior do Estado, objetivando estimular a discussão acerca do feminicídio e a possibilidade da pessoa transexual figurar como vítima desse crime hediondo.

CONCLUSÃO

Este trabalho de conclusão de curso teve como foco falar sobre o crime de feminicídio por meio da apresentação no cenário jurídico, explanando sobre a tipificação e inserção desta conduta no sistema penal. Com a Lei 13.104/2015 em vigor, o referido crime foi incluído no inciso VI do artigo 121 §2º, do Código Penal, entrando

assim no rol de qualificadoras do maior crime contra a vida que é o homicídio, e sendo inserido como crime hediondo, passando a ser competência do Tribunal do Júri, assunto que foi tratado nesse trabalho. Um dos grandes questionamentos que ainda era feito é se a Lei da Maria da Penha já não punia o feminicídio. A resposta não poderia ser outra que não. Em que pede ser uma lei que cria normas processuais com o escopo de proteger a mulher vítima de violência doméstica, não se tipificava novas condutas.

No decorrer deste trabalho foi entendido que o feminicídio é o crime de ódio que mata oito mulheres por dia no Brasil, sendo necessário o entendimento a respeito do assunto a fim de que não haja julgamentos errôneos e injustos em desfavor das vítimas do aludido crime. Ao longo do estudo, observamos os posicionamentos de diversos juristas e doutrinadores, que mesmo sendo uma inovação o tema, é algo extremamente recorrente na sociedade, sendo que antes era pouco debatido e levado em consideração a importância de declarar a igualdade de gênero a fim de pelo menos tentar abreviar o número de vítimas do crime de feminicídio.

A intenção da aprovação da Lei nº 13.104/15 foi tirar o feminicídio da imperceptibilidade, conseqüentemente instituir que seja debatido por juristas e políticos, pois o esclarecimento do tema gera enfrentamento à violência das mulheres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

Ação Declaratória de Constitucionalidade, nº19. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em 08/11/2017.

ção Declaratória de Inconstitucionalidade, nº 4.424. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em 08/11/2017

Ações afirmativas: a solução para a desigualdade. Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15893-15894-1-PB.pdf>. Acesso em: 08/11/2017

A mulher e o Direito. Disponível em:[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_732\)23__a_mulher_e_o_direito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_732)23__a_mulher_e_o_direito.pdf). Acesso em 08/11/2017 Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal, parte especial**, Editora Juspodivm, Salvador, 2016, p. 66.

Comentários ao tipo penal do feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP). Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>. Acesso em 07/11/2017

Decisões em evidência, novas Súmulas do STJ. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/14-9-20172013-novas-sumulas-do-stj>. Acesso em 20/09/2017.

Decreto nº 4.377 de 13/09/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm acesso em 08/11/2017
Delmanto, Celso, **Código Penal. Comentado**, 9ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2016, p. 971.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p.142.

Feminicídio e neocolpovulvoplastia: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-eneocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>. Acesso em 08/11/2017.

GRECO, Rogério. **Comentários sobre a Lei nº 13104 de 09 de março de 2015**. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>. Acesso em 08/11/2017.

Habeas Corpus 102.150/SC. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6098167>. Acesso em 08/11/2017.

Habeas Corpus 98.152/MG. Disponível em : <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595394>. Acesso em 08/11/2017.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha: lei com nome de mulher**. Campinas: Servanda, 2007, p. 83-84. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-natureza-da-qualificadora-dofeminicidio/>. Acesso em 08/11/2017

Mapa da violência 2012. Caderno Complementar: Homicídio de Mulheres no **Brasil**. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf. Acesso em 08/11/2017.

PASINATO, Wânia. **Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332011000200008&script=sci_arttext. Acesso em: 07/11/2017.

Transexual pode ser vítima de feminicídio? Disponível em: <https://www.megajuridico.com/transexual-pode-ser-vitima-de-feminicidio/>. Acesso em 08/11/2017.

1 PASINATO, Wânia. Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332011000200008&script=sci_arttext. Acesso em: 07/11/2017.

2 Idem

3 Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>. Acesso em 07/11/2017.

4 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm acesso em 08/11/2017

5 Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf. Acesso em 08/11/2017

6 Idem

7 Aberratio ictus, em Direito penal, significa erro na execução ou erro por acidente.

8 Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-natureza-da-qualificadora-do-feminicidio/>. Acesso em 08/11/2017

9 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em 08/11/2017.

10 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em 08/11/2017

11 Disponível

em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15893-15894-1-PB.pdf>.

Acesso em: 08/11/2017

12 Disponível

em:[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_732\)23_a_mulher_e_o_direito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_732)23_a_mulher_e_o_direito.pdf). Acesso em 08/11/2017

13 HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha: lei com nome de mulher*. Campinas: Servanda, 2007, p. 8384.

14 Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6098167>.

Acesso em 08/11/2017.

15 Disponível em :

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595394>.

Acesso em 08/11/2017.

16 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/14-9-20172013-novas-sumulas-do-stj>. Acesso em 20/09/2017.

17 Disponível em: <https://www.megajuridico.com/transexual-pode-ser-vitima-de-feminicidio/>. Acesso em 08/11/2017.

18 FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos de Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p.142.

19 Disponível

em:<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-eneocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>. Acesso em 08/11/2017.

20 Cunha, Rogério Sanches. *Manual de direito penal, parte especial*, Editora Juspodivm, Salvador, 2016, p. 66.

21 Delmanto, Celso, *Código Penal. Comentado*, 9ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2016, p. 971

22 Disponível

em:<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentariossobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>. Acesso em 08/11/2017.

PRISÃO PREVENTIVA LEI 13.964/2019: SOB OS ASPECTOS DA REFORMA INTRODUZIDOS PELO PACOTE ANTICRIMES

LILSON LOPES CORRÊA: bacharelado no curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC em Palmas - TO.

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo analisar a prisão preventiva (Lei 13.964/2019), sob os aspectos da reforma introduzidos pelo pacote anticrimes, demonstrando sua fundamental importância no Novo Estado de Direito. O tipo de pesquisa utilizada foi o método documental, classificada como exploratória e descritiva. Os objetivos específicos são de caracterizar historicamente os principais sistemas prisionais do mundo; demonstrar a prisão preventiva Lei 13.964/2019, sua aplicabilidade antes e depois da sua reformulação, apresentando seus aspectos gerais; caracterizar a prisão em flagrante antes e depois da reformulação da Lei 13.964/2019; especificar a utilização das medidas cautelares diversas da prisão como prioridade. A problemática do artigo busca analisar a nova lei de prisão preventiva e sua limitação de tempo para evitar abusos no sistema prisional? O pacote anticrimes trouxe mudanças significativas a Lei 13.964/2019 no âmbito jurídico devendo o legislador se atentar para não incorrer em erros.

Palavras-chaves: Prisão Preventiva. Pacote Anticrimes. Medidas Cautelares.

ABSTRACT: This scientific article aims to analyze preventive detention (Law 13.964 / 2019), under aspects of the reform introduced by the anti-crime package, demonstrating its fundamental importance in the New Rule of Law. The type of research used was the documentary method, classified as exploratory and descriptive. The specific objectives are to characterize historically the main prison systems in the world; demonstrate the preventive detention Law 13.964 / 2019, its applicability before and after its reformulation, presenting its general aspects; characterize the arrest in the act before and after the reformulation of Law 13,964 / 2019; specify the use of precautionary measures other than prison as a priority. Does the article's problem seek to analyze the new preventive detention law and its time limitation to prevent abuses in the prison system? The anti-crime package brought significant changes to Law 13,964 / 2019 in the legal sphere and the legislator should pay attention not to incur errors.

Keywords: Preventive imprisonment. Anti-crime package. Precautionary Measures.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Principais Sistemas Prisionais do Mundo. 3. Prisão Preventiva Antes e Depois da Lei 13.964/2019 3.1 Prisão em Flagrante Antes e Depois da Lei 13.964. 4. As Medidas Cautelares Diversas da Prisão Como Prioridade. 5. Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo analisar a prisão preventiva (Lei 13.964/2019), sob os aspectos da reforma introduzidos pelo pacote anticrimes, demonstrando sua fundamental importância no Novo Estado de Direito.

Os objetivos específicos são de caracterizar historicamente os principais sistemas prisionais do mundo; demonstrar a prisão preventiva Lei 13.964/2019, sua aplicabilidade antes e depois da sua reformulação, apresentando seus aspectos gerais; caracterizar a prisão em flagrante antes e depois da reformulação da Lei 13.964/2019; especificar a utilização das medidas cautelares diversas da prisão como prioridade.

A problemática do artigo busca analisar a nova lei de prisão preventiva e sua limitação de tempo para evitar abusos no sistema prisional?

Conforme a nova redação da lei 13. 964/2019, uma nova prisão surgiu, está presente no art. 492, Inciso I, alínea "e" do CPP, sendo a prisão por condenação no Tribunal do Júri, sendo o seu acontecimento condicionado à pena imposta maior que 15 anos, sendo decretada tão somente quando presentes as condições da prisão preventiva.

Desta forma, o ato de prisão preventiva não pode ser por mera conveniência, mas por uma necessidade, para assegurar a lei penal, ou seja, os requisitos previstos são de ordem cautelar ao processo (instrução processual e aplicação da lei), e como garantia extrema ao processo, ou medida preventiva (ordem pública e ordem econômica). Contudo, a gravidade abstrata do delito/crime não é motivo para a decretação da prisão preventiva, a gravidade abstrata do delito já esta inserida no preceito secundário da norma penal.

A metodologia utilizada para a realização deste trabalho será o método documental, quanto aos objetivos à pesquisa se classifica como exploratória descritiva e qualitativa. Exploratória por possibilitar maior familiaridade com o assunto em estudo na construção de hipóteses, e descritiva por descrever a prisão preventiva lei 13.964/2019: e qualitativa voltada para os aspectos qualitativos de uma determinada questão. (MILHOMEM, OLIVEIRA, SILVEIRA, 2013).

2. PRINCIPAIS SISTEMAS PRISIONAIS DO MUNDO

O sistema prisional foi criado pelo próprio homem, em virtude de ter necessidade de coerção para com os infratores. O sistema prisional foi criado pela necessidade de um ordenamento coercitivo que assegurasse a paz e a tranquilidade em sua convivência com os demais seres humanos (RODRIGUES, 1996).

A privação de liberdade esteve sempre ligada a uma forma de repressão. Ao acontecer a prisão tinha-se por espera de um julgamento, ou mesmo execução, conforme Canto (2000) explica que essa punição e a disciplina eram utilizadas, também, no escravismo, entendendo-se aí os escravos de guerra, os de nascimento e por dívida.

Da prisão, afirma Oliveira que:

[...] como um lugar que privava a liberdade do homem, que dela havia abusado, para prevenir novos crimes, desviar dele os demais indivíduos, pelo terror e pelo exemplo. A casa de correção devia propor a reforma dos costumes das pessoas reclusas, a fim de que seus regressos à liberdade não constituíssem uma desgraça à sociedade nem aos encarcerados. (OLIVEIRA, 2003, p. 49).

A mudança do sistema punitivo se deu após a Revolução Francesa, que com a inovação dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade deixou para trás a ideia de mutilação que existia no período medieval. Oliveira, explica que a sociedade cristã iniciou a prisão, conforme segue:

A prisão celular, nascida no séc. V teve inicialmente aplicação apenas nos mosteiros. A igreja não podia aplicar penas seculares, especialmente à pena de morte, daí encarecer o valor da segregação que favorecia a penitência. O encarceramento na cela, denominado *in pace*, deu origem à chamada prisão celular, nome que há até bem pouco tempo era usado na legislação penal. (OLIVEIRA, 2003, p. 49).

As prisões legais, a fim de recolher mendigos, vagabundos, prostitutas e delinquentes, começaram a aparecer na Europa no século XVI. Leal esclarece que:

Em decorrência deste fenômeno e de sua de sua repercussão nos índices de criminalidade, várias prisões foram construídas com o fim de segrega-los por certo período, durante o qual, sob uma disciplina desmensurada mente rígida, era intentada sua

emenda. (LEAL, 2001, p.33).

As primeiras prisões que surgiram tinham como regra a prisão perpétua, com celas solitárias e muradas, apenas no século XVIII que a pena privativa de liberdade ficou conhecida como substituta de pena de morte, conforme elucidado por Oliveira:

No século XVIII, a pena privativa de liberdade foi reconhecida como pena definitiva em substituição à pena de morte. Cumpre dizer que neste período, a simples prisão não era considerada suficiente, para tanto eram acrescentadas outras privações como: carência alimentar, utilização de cintos, entraves, colar de ferro, entre outros. (OLIVEIRA, 2003, p.49).

A falta de instrução e ainda os costumes arcaicos faziam com que as penas fossem cada vez mais cruéis, não bastando somente as penas e sim torturas para depois ser aplicada a maior das penas, a de morte.

É possível verificar que o sistema prisional foi evoluindo com o passar dos tempos, mudando as características das penas, Falconi (1998) salienta ainda que o sistema prisional no Brasil compreende um conjunto de estabelecimentos que sob sua guarda cumprem todas as etapas de restrição à liberdade de ir, vir e ficar.

A utilização da prisão na história é anterior à sua utilização sistemática nas leis penais. Não obstante seja inegável que o encarceramento de criminosos existiu desde os tempos mais remotos, este não tinha o caráter de sanção penal. Até os fins do século XVIII, a prisão serviu apenas aos desígnios de circunscrição e guarda dos réus, para resguardar sua integridade física até o andamento de serem julgados e executados. Recorreu-se, no entanto, que durante longo período histórico, essencialmente, à pena de morte, às penas corpóreas (mutilações e azorragues) e às infamatórias. "Durante vários séculos, a prisão serviu de depósito – contenção e custódia – da pessoa física do réu, que esperava, geralmente em condições subumanas, a celebração de sua execução" (BITENCOURT, 2011, p. 28).

De acordo com o mesmo autor, a prisão era a "sala de espera" dos suplícios, necessariamente usada para custódia, para impedir que os culpados esquivassem ao castigo, para avaliar que os devedores liquidassem suas dívidas ou que os condenados a trabalhos forçados não fugissem de seu castigo.

Para Foucault (1997) com as alterações na estrutura social de forma em geral e nas legislações penais, orientando-se cada vez mais em direção à pessoa criminosa e não ao fato antecipadamente determinado como crime, a obviedade da prisão

descobriu argumentos para solidificar-se. Em sua obra mais conhecida, “Vigiar e Punir”, Foucault realiza o diagnóstico dos embasamentos que contornaram a prisão, a forma apreendida como mais adjacente e civilizada de todas as penas: motivada na configuração simples de “privação de liberdade”, como não significaria a prisão a pena por excelência em uma sociedade em que ter liberdade é um bem valioso, que afetaria a toda a população da mesma maneira, para além das diferenças sociais?

Desta forma, o processo de penalizar o indivíduo é o procedimento para aplicação do direito material que tem o Estado o dever de punir, o chamado *jus puniendi* que representa o monopólio do estado do direito de punir somente o estado tem o poder e dever de punir. Destarte, para alcançar este objetivo devem ser analisados princípios que são parâmetros essenciais para proteção aos direitos fundamentais, como a vida e a liberdade.

No entanto a perda da liberdade tem deste modo, o mesmo valor para todos; atingindo tanto pobres como ricos, sendo melhor que a multa, ela é o castigo “igualitário” – obviedade jurídica da prisão. Além disso, o aprisionamento consente quantificar a pena conforme a variável do tempo. Existe uma forma-salário da prisão que compõe sua “obviedade” parcimoniosa. E consente que ela pareça como uma reparação. Obviedade econômica-moral de uma repreensão que contabiliza os castigos em dias, em meses, em anos, e constitui correspondências quantitativas delitos-duração (FOUCAULT, 1997).

3. A PRISÃO PREVENTIVA ANTES E DEPOIS DA LEI 13.964

A prisão processual no Brasil encontra-se no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal/88 e que trata das limitações da prisão no Brasil, como direitos e garantias individuais, a mesma é regulamentada pelo Código de Processo Penal que previa, em sua redação original, três modalidades: prisão em flagrante (301 a 310), prisão temporária (regido pela lei 7.960/89), e prisão preventiva (art. 311 a 316).

Destarte com a chegada da Lei 13.964/2019 uma nova prisão surgiu, está presente no art. 492, Inciso I, alínea “e” do CPP, sendo a prisão por condenação no Tribunal do Júri, sendo o seu acontecimento condicionado à pena imposta maior que 15 anos, sendo decretada tão somente quando presentes as condições da prisão preventiva, ou seja, trata-se de uma modalidade nova de prisão em razão de condenação, que antecede o trânsito em julgado para ser imposta, e tem natureza jurídica de prisão por condenação, para cumprimento de pena. Os efeitos da pena passam a ser cumpridos a partir da data da sentença.

A prisão preventiva, conforme o próprio nome demonstra, é uma medida de restrição da liberdade anterior ao término do processo. Ou seja, ocorre antes do

juízo de culpabilidade, tipicidade e ilicitude (aspecto triplo da teoria do delito, ou seja, dentro da teoria tripartite do delito, majoritária no Brasil e no mundo). Embora o fato e a imputabilidade ainda não se tenham comprovado e impere no Direito Penal a presunção de inocência (consubstanciada no art. 5º, inciso LVII, CF) conforme citamos acima (SAJADV, 2019).

[...] é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei. No ensinamento de Frederico Marques, possui quatro pressupostos: a) natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como ocorre com os delitos culposos), b) probabilidade de condenação (*fumus boni juris*), c) perigo na demora (*periculum in mora*) e d) controle jurisdicional prévio (Elementos de direito processual penal, v. IV, p. 58) (NUCCI, pg. 2016).

Sobre a prisão preventiva leciona Vilmar Pacheco: Entre os artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal, o legislador dispõe sobre a prisão preventiva que, da mesma natureza jurídica das prisões em flagrante e temporária, é processual, provisória e acautelatória, exigindo, para a privação da liberdade do agente, além do decreto fundamentado pelo juiz, os requisitos fundamentais do *fumus delicti e periculum libertatis* (THUMS 2010).

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (CPP, pg.473, 2020).

Antes da Lei no art. 311 o juiz poderia decretar a prisão preventiva de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Mas agora depois da lei 13.964 não pode mais haver prisão preventiva de ofício que são atos praticados pelo juiz sem provocação, sem representação do delegado, ou requerimento do MP, ou ainda petição do assistente de acusação. Também é uma novidade no sentido de que antes o querelante ou o assistente não tinham essa abertura para fazer o pedido de prisão preventiva, e agora pode fazer na fase de investigação policial.

A prisão preventiva é medida excepcional, cabível somente se preenchidos os pressupostos e requisitos do art. 312 do CPP, para que aconteça a prisão é necessário que o acusado apresente perigo de estar por liberdade, devendo a mesma ser revogada se desaparecerem os motivos que lhe deram suporte, por ser vedada a

execução antecipada da pena.

A composição original do Código de Processo Penal previa, no art. 312, a prisão preventiva indispensável, “estabelecida nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos”. Assim sendo, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, havendo indícios suficientes de autoria e prova de materialidade do delito e, tratando-se de crime de máxima gravidade, a autoridade, não tinha alternativa, senão decretar a prisão preventiva.

A apresentação dos pressupostos da prisão preventiva é condição necessária, mas não suficiente para decretação da prisão preventiva. Deverão estar presentes, ainda, as hipóteses de cabimento que definem em quais circunstâncias e crimes são possíveis o cerceamento da liberdade, objetivando impedir que a medida deferida seja mais grave e mais intensa que a pena a ser aplicada na ação penal, ao final do processo (OLIVEIRA, 2011, p. 553)

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o) (CPP, pg. 474, 2020)

O artigo 312 explicitado acima apresenta que a prisão preventiva poderá ser decretada para garantir a ordem pública, com a nova redação da Lei 13.964/2019 a prisão preventiva poderá ser decretada para garantir a paz e a ordem na sociedade. A instrução criminal para a prisão deverá conter indícios suficiente, deverá conter provas “fumus comissi delicti”.

Desta forma, o ato de prisão preventiva não pode ser por mera conveniência, mas por uma necessidade, para assegurar a lei penal, ou seja, os requisitos previstos são de ordem cautelar ao processo (instrução processual e aplicação da lei), e como garantia extrema ao processo, ou medida preventiva (ordem pública e ordem econômica). Contudo, a gravidade abstrata do delito/crime não é motivo para a decretação da prisão preventiva, a gravidade abstrata do delito já esta inserida no preceito secundário da norma penal.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso

de descumprimento de qualquer das obrigações importas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (NR) (CPP, pg. 474, 2020)

Conforme a nova lei no art. 312 parágrafo primeiro mostra que não sofreu alterações, podemos entender que a medida é excepcional, sendo aplicada somente se esgotadas as possibilidades. A nova redação da Lei 13. 964/2019 está no parágrafo segundo em que a fundamentação da prisão antes poderia ser motivada com base no passado do sujeito, com base com o que ele havia praticado anteriormente, no entanto, com a nova lei essa conduta tornou-se inadequada. A decisão deverá ser motivada ou fundamentada, explicada do ponto de vista fático e também do ponto de vista jurídico.

Desta forma, os fundamentos ou pré-requisitos de prisão preventiva de acordo com o artigo 312 são fundamentados em prova de existência de crime, indícios de autoria e presente perigo de estado de liberdade, sendo assim para garantir a ordem pública (evitar reincidência do crime), garantir a ordem econômica (sonegação de impostos, lavagem de dinheiro, etc.), a conveniência da instrução criminal (realizada na fase de investigação) e para assegurar a aplicação da lei penal.

Para ser decretada prisão preventiva é necessário que no respectivo delito contenham fatos novos, provas novas ou atuais, como por exemplo, a reiteração de condutas criminosas, podendo usar os antecedentes, ainda que não tenha transitado em julgado. Vale lembrar que a contemporaneidade (proximidade do fato e decretação da prisão), seja justificada, sendo esta aplicação importante para que a medida adotada tenha os requisitos previstos na lei.

Para o artigo 313 a alteração aconteceu no segundo parágrafo:

Art. 313 Nos termos do art. 312 deste Código será admitida a decretação da prisão preventiva:

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção

da medida.

§ 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. (NR) (CPP, pg. 474, 2020).

Conforme a nova redação da lei 13. 964/2019 o Supremo Tribunal Federal decidiu que não mais será admitido o cumprimento da pena provisória, ou seja, se foi condenado em segunda instância, mas ainda não transitou e julgado, não poderá antecipar o cumprimento da pena desta pessoa. Não se pode mais decertar prisão preventiva em segunda instância, ou seja, não se pode decretar prisão preventiva como forma de cumprimento da pena.

Art. 315. A decisão que decretar substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

“VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” (NR) (CPP, pg. 474, 2020).

O artigo 315 do Código de Processo Penal apresenta a criação de critérios objetivos e claros que apontam para o que é uma fundamentação, o que ficava com lacunas antes dessa previsão normativa. A Constituição Federal de 1988 garante que toda decisão judicial deve ser fundamentada e motivada, sob pena de nulidade. Outro ponto importante é que com a nova lei o juiz não poderá fundamentar-se na gravidade abstrata do crime, ou seja, a base deve ser baseada e motivada na conduta da pessoa, apresentando fatos novos ou contemporâneos.

Sendo que a prisão decretada deve apresentar algo novo ou contemporâneo que justifiquem a prisão, sendo necessária a comprovação de algo concreto, que naquele momento o indivíduo precisa estar preso, trazendo a imparcialidade, da necessidade da motivação, reforçando que para decretar a prisão é necessário fundamentos concretos. De acordo com o art. 315, §2º, do CPP, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão.

Ao fundamentar a decisão, o juiz deve expor, ainda que sucintamente, as razões fáticas e jurídicas por que acolhe ou rejeita os pedidos formulados, citando os dispositivos legais que a amparam, (Limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida).

Art. 316. O juiz poderá de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor de a decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (NR) (CPP, pg. 474, 2020).

Antes da lei 13.964/2019 a prisão preventiva não tinha prazos, com a nova lei o juiz deverá analisar os casos a cada 90 (noventa) dias, ou seja, de 03 (três) em 03 (três) meses para verificar se permanecem os fundamentos que se decretou a prisão.

Essa revisão será de ofício, o Ministério Público também poderá pedir a

manutenção da prisão e isso invocará maior celeridade nos processos. O juiz deverá também fundamentar, ou seja, explicar o motivo da permanência dos pressupostos da prisão preventiva e caso se constate que não permanecem os motivos, o juiz deverá fazer de ofício o alvará de soltura, ou decretar outra medida cautelar mais branda.

Ainda conforme Oliveira Filho (2020, p. 46), "com o advento da Lei 13.964/2019 uma nova prisão surgiu, está presente no art. 492, Inciso I, alínea "e" do CPP, sendo a prisão por condenação no Tribunal do Júri, sendo a sua ocorrência condicionada à pena imposta maior que 15 anos, sendo decretada tão somente quando presentes os requisitos da prisão preventiva".

De acordo com o mesmo autor é medida extrema deve ser fundamentada (como todas as decisões em decorrência do art. 93, IX da CF/88), sendo que o dispositivo sofreu uma regulamentação normativa com a Lei 13.964/2019, com a inclusão do art. 311 aos 316 do CPP, em que se exige uma fundamentação e fundamentação mais concreta, nos termos do dispositivo. Não basta apenas citar o Supremo Tribunal Federal, ou artigo, ou súmula é necessário mais que isso, é preciso mostrar idoneidade e consistência.

A prisão preventiva poderá ser decretada tanto no decorrer das investigações policiais como no decorrer do processo penal, e essa prisão só poderá ser decretada quando ficar claro a ineficácia ou a impossibilidade das medidas cautelares. As medidas cautelares serão estabelecidas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante solicitação do Ministério Público.

A prisão preventiva se dará nos casos de: descumprimento das medidas cautelares; dúvidas sobre a identidade civil; tiver sido condenado por outro crime doloso; em casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro anos) e ainda no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, contra criança e adolescente, contra idoso, pessoas enfermas e ainda contra pessoas com deficiências, garantindo assim a execução de medidas protetivas de urgência.

No entanto, a prisão preventiva não caberá nos casos de: se constate excludente de ilicitude (legal ou supralegal); em que se constate crime culposos por violação do princípio da proporcionalidade (que é utilizado na criação normativa, onde o legislador ao prever um fato de forma abstrata, prevê também uma pena proporcional à gravidade da ofensa); e também contravenção penal.

3.1 Prisão em Flagrante Antes e Depois da Lei 13.964

A prisão em flagrante é a exclusiva modalidade de prisão processual que independe de autorização escrita e baseada da autoridade judiciária adequada no ordenamento jurídico, de acordo com o exposto no art. 5.º, inciso LXI, da Constituição Federal/88.

Art. 5º [...] LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (CF, 1988)

Lima (2012) define ainda como sendo “uma medida de autodefesa da sociedade, resultante da segregação cautelar daquele que é surpreendido nas hipóteses de flagrância e aconselha a desnecessidade da ordem judicial”. (2012, pg. 187). Todavia a prisão em flagrante nesta questão sendo pontuadas somente as alterações dadas pela Lei 13.964/2019, conforme afirma Oliveira Filho:

Nos casos de constatação de flagrante em situações de excludente de ilicitude, o juiz pode conceder a liberdade provisória com a obrigatoriedade de comparecimento a todos os atos da persecução;

Nos casos de flagrante em que for verificada participação do autuado em organização criminosa armada ou milícia, ou nos casos de porte de arma de fogo de uso restrito, será denegada a liberdade provisória;

A autoridade que der causa a não realização de audiência de custódia em 24 horas responderá civil, penal e administrativamente (suspensão por liminar do STF) (OLIVEIRA FILHO, 2020, p. 48).

Ainda conforme o mesmo autor ressalta sobre prisão em flagrante:

A prisão em flagrante, então, ostenta o status de medida cautelar, precisamente delimitada no tempo. É que, cumpridas as suas funções, a manutenção do cárcere reclamará ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, nos termos da Constituição da República (art. 5º).

A não realização de audiência de custódia em 24 horas enseja o relaxamento da prisão, sem prejuízo à possibilidade de decretação de prisão preventiva. (OLIVEIRA FILHO, 2020, p. 49)

Conforme definição do artigo 302 do Código de Processo Penal, diz que “não precisa de ordem judicial e pode ser efetivada por qualquer pessoa, que deverá proporcionar o preso imediatamente a uma autoridade policial para a lavratura do auto de prisão”. O art. 302 do Código de Processo Penal cita as quatro situações em que ocorre a situação flagrâncias:

Artigo 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - são encontrados, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Cabe ressaltar que a prisão em flagrante não ocorre de maneira automática, e por qualquer pessoa, ao passo que não se permite que qualquer pessoa prenda alguém e a coloque em uma cadeia ou prisão. Pelo contrário, o que se permite nos dispositivos do art. 302 do CPP, é que se conduza alguém à Autoridade Policial (delegado), este sim deliberará sobre o caso, e se entender se tratar de flagrante (existência de delito e flagrante), determinará a prisão em flagrante, quando for o caso arbitrando fiança, sendo a medida sempre fundamentada.

4. AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO COMO PRIORIDADE

As medidas cautelares são procedimentos para instrumentação à persecução processual (investigação e processo). Desta forma, ao ser aprovada a Lei 12.403 de 04 de maio do ano de 2011 alteraram vários pontos do Código Penal Brasileiro, principalmente os relativos à prisão processual, fiança, quanto à liberdade provisória e medidas cautelares.

Uma das principais mudanças foi quanto às prisões preventivas, em que agora se tornou uma exceção, que pode ser decretada apenas quanto for devidamente fundamentada e em casos extremos (são os casos quando não existem conveniências para a aplicação das medidas diversas da prisão).

Este princípio está devidamente norteado no artigo 282 do Código de acordo com gravidade de seu crime, adequando, estabelecendo cada caso.

Estando agora realmente de acordo com este princípio visto que tem enfoque aos direitos fundamentais, tais como a liberdade em primeiro plano, o tratamento igualitário entre os julgados. Tratando-se também como não sendo lícito aplicar sempre a pena mais dura, como a prisão preventiva.

Com a chegada da Lei 13.964/2019 trouxe alterações no art. 282 do Código de Processo Penal, com relação aos requisitos das medidas cautelares, nas alíneas 2º a 6º.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (CPP, pg.470, 2020).

No entanto, a alteração é bastante sutil, mas de efeitos bastante significativos. Na alínea segunda a sua redação anterior apresentava a probabilidade do juiz determinar a medida cautelar de ofício ou por solicitação das partes, e ainda por iniciativa própria. Com a nova composição da lei, não competirá mais ao juiz realizar solicitação de ofício, mas deve aguardar as partes se manifestarem, ou Ministério Público ou autoridade policial, no qual garante a visão constitucional do Processo Penal.

No parágrafo terceiro, observamos uma mudança substancial em relação a redação. Mesmo antes de sua alteração ou na atualidade se a medida cautelar não for de medida excepcional ou a sua aplicação não seja de perigo ou urgência, o juiz determinará a intimação da parte contrária em relação a esse pedido. Antes não havia prazo a alteração que ocorreu foi com relação ao prazo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (CPP, pg.470, 2020).

No parágrafo quarto, a alteração conforme a nova redação é que o juiz não poderá mais determinar novas medidas cautelares de ofício ou determinar a prisão preventiva nos termos do artigo trezentos e doze. Mas somente através de requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou da pessoa que faz a reivindicação. Desta forma observamos que grande parte das alterações que a Lei 13.964/2019 trouxe é com relação as possibilidades do juiz agir de ofício. E essas mudanças nos dispositivos são os fatores que afastam as possibilidades do juiz agir de ofício. Essas possibilidades estão em consonância com o Código Processual Penal Brasileiro que tem caráter acusatório.

No parágrafo quinto, antes não se falava de ofício. A redação anterior não continha "de ofício ou a pedido das partes" e isso foi acrescentado com a nova redação da Lei 13.964/2019. Agora através de ofício ou a pedido das partes, (mais benéfica ao réu), mas não poderá decretar de ofício.

O sexto parágrafo trouxe o entendimento que para o juiz determinar a prisão preventiva de alguém, deve manifestar que não é aquele caso concreto cabível a possibilidade de uma medida cautelar. Antes da reformulação já funcionava desta forma, ou seja, a prisão preventiva deveria ser a última alternativa. A alteração ocorrida é a previsão expressa da necessidade do juiz explicar o porquê não cabe à medida cautelar nas informações atualizadas da ocorrência concreta.

No entanto, com a nova redação da (Lei 13.964/2019) a medida cautelar foi alterada ou acrescentada visando melhor aplicabilidade da lei tendo em vista a investigação ou o processo. Em alguns casos a alteração é bastante sutil e quase imperceptível, porém tem efeitos significativos que garante uma visão mais abrangente do processo penal. E ainda a prisão preventiva trouxe alterações para o juiz que agora deve aguardar as partes se manifestar, ou Ministério Público ou autoridade policial, sendo que o mesmo não deve ordenar a prisão de ofício.

Portanto, a compreensão da lei e de todas as alterações para Ministério Público; no Código Penal (que trata da aplicação da lei, das penas, etc.); no Código de Processo Penal Brasileiro (que trata como devem acontecer os processos, os inquéritos policiais, sentenças e julgamentos, etc.); na Legislação Penal Especial e também na Lei para Execução Penal (que efetiva a sentença ou deliberação criminal) é de uma grande importância para entendimento para sua aplicação. Desta forma, os aspectos abordados das medidas cautelares neste artigo com relação a prisão preventiva (Lei 13.964/2019) os agentes da lei devem se atentar para haja eficácia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo científico buscou analisar a prisão preventiva (Lei 13.964/2019), sob os aspectos da reforma introduzidos pelo pacote anticrimes, demonstrando sua fundamental importância no Novo Estado de Direito.

O que se compreende da Lei 13. 964/2019 e suas normativas referentes à prisão preventiva é que o legislador deve conhecer e refletir sobre a sua importância como ferramenta processual para coibir a criminalidade violenta, porém, a nova lei exige do seu aplicador a utilização da cautelar de maneira bastante parcimoniosa, especialmente nos crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Desta forma, a prisão preventiva poderá ser decretada tanto no decorrer das investigações policiais como no decorrer do processo penal, e essa prisão só poderá ser decretada quando ficar claro a ineficácia ou a impossibilidade das medidas cautelares. As medidas cautelares serão estabelecidas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante solicitação do Ministério Público.

Assim, o ato de prisão preventiva não pode ser por mera conveniência, mas por uma necessidade, para assegurar, e como garantia extrema ao processo. Contudo, a gravidade abstrata do delito/crime não é motivo para no preceito secundário da norma penal.

Portanto, a alteração na lei busca maior celeridade aos processos, melhor aplicabilidade da lei; buscar cumprir com seus objetivos para com os cidadãos de proporcionar segurança e agilidade nos processos. Sendo que a prisão preventiva em vários aspectos de sua alteração deve ser fundamentada e motivada e que agora a prisão se tornou uma exceção, que pode ser decretado apenas quanto for devidamente fundamentado e em casos extremos.

No entanto, a referida lei ainda provoca muitas alterações e discursões, ainda esta em fase de adaptação e de organização nos órgãos, pois é uma lei recente. O pacote anticrimes trouxe mudanças para os magistrados, que a interpretação dos artigos devem estar em consonância com a referida lei.

Contudo, o pacote anticrimes trouxe mudanças significativas a Lei 13.964/2019 no âmbito jurídico devendo o legislador se atentar para não incorrer em erros. A mesma promoveu mudanças para o Ministério Público (quanto ao inquérito policial do seu arquivamento e homologação); no Código Penal; no Código de Processo Penal Brasileiro; na Legislação Penal Especial e na Lei de Execução Penal.

A lei também busca modernizar e trazer celeridade aos processos de prisão, pois existe no Brasil uma população carcerária numerosa e em tempos de pandemia de COVID-19 com a superlotação é necessário cautela, pois um presidiário que adquirir a doença certamente infectará todos os outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, C. R. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4ª ed. São Paulo, Editora Saraiva 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Lei de Execução Penal (1984). **Lei de Execução Penal: Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**: institui a Lei de Execução Penal, – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008.

BRASIL, Código Penal Brasileiro. **Decreto Lei N. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Brasília: DF, Centro Gráfico, 1940.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº3689 de 3 de outubro de 1941. In: *Vade mecum penal e processual penal*. 1ª ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. p.473-474.

_____, **Lei nº 12.403/2011**, de 04 de maio de 2011. Diário Oficial da União, 05 maio

2011.

_____, **Lei nº 13.964/2019**, de 24 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União, 24 de dezembro de 2019.

_____, **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

FALCONI, Romeu. 1998. **Sistema Prisional: Reinserção Social?** Romeu Falconi; prefácio: Dirceu de Mello. São Paulo: Icone, 1998.

FOUCAULT, M. Col. **Ditos e Escritos - Segurança, Penalidade e Prisão**. vol. 8. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 1997.

LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de Uma Era**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILHOMEM, Ceila Mendonça; OLIVEIRA, Victor de; SILVEIRA, Marcela Cristini Augustini Carneiro da. Orientações para elaboração e apresentação do trabalho de conclusão de curso – TCC. Gurupi: 2013. Disponível em: < <http://www.unirg.edu.br/cc-trabalho-de-conclusao.html>>. Acesso em: 01 mai. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. Edição, rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários do código de processo penal e sua jurisprudência**. 4. Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer. **Elementos do processo penal**. Vol 3. FASEC, Palmas, 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: v1. parte geral: arts. 1ª a 120, 11. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REVISTA Trimestral de Jurisprudência. **Supremo Tribunal Federal: Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência – n.1, volume 174**. Brasília: STF, CDJU: Brasília Jurídica, 2000.

SAJADV. **Art. 311 ao art. 316 do CPP Comentado**: prisão preventiva (2019). Disponível em: <https://www.sajadv.com.br/cpp/art-311-ao-art-316-do-cpp/>. Acesso em: 16 abr. 2021.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo. – Rio de janeiro: Lumen Juris, 2006.

OS MÉTODOS CONSENSUAIS: MEDIAÇÃO E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

GABRIEL VICTOR SILVA VILARINHO:

Bacharelado do Curso de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins - UNICATÓLICA.

RESUMO: O presente artigo, tem o intuito de fomentar o conhecimento e elucidar algumas considerações sobre os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que se consolidaram no Ordenamento Jurídico Brasileiro nos últimos anos. Optou-se por delimitar o tema no Método de Mediação e no Acordo de não Persecução Penal. A pesquisa adentrou no âmbito do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 13.140/2015), Código de Processo Penal (Artigo nº 28-A do Código de Processo Penal e Lei nº 13.964/2019) e no Estatuto da Advocacia e da OAB.

Palavras-chave: Mediação. Acordo de não Persecução Penal. Métodos Consensuais. Advocacia.

ABSTRACT: This article aims to promote knowledge and elucidate some considerations about Consensual Methods of Conflict Resolution, which have been consolidated in the Brazilian Legal System in recent years. It was decided to delimit the topic in the Mediation Method and in the Non-Criminal Persecution Agreement. The survey entered the scope of the new Civil Procedure Code (Law No. 13,105 / 2015 and Law No. 13,140 / 2015), Criminal Procedure Code (Article No. 28-A of the Criminal Procedure Code and Law No. 13,964 / 2019) and in the Statute of Advocacy and OAB.

Keywords: Mediation. Non-Criminal Persecution Agreement. Consensual Methods. Advocacy.

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - O Método de Mediação. 2.1 - Evolução Histórica. 2.2 - Conceito. 2.3 - Questionamentos comuns voltados ao Método de Mediação. 3 - Acordo de não Persecução Penal. 3.1 - Experiências com o ANPP. 3.1.1 - Relato dos trabalhos desenvolvidos. 3.1.2 - Como é feito o Acordo. 4 - O papel do Advogado. 5 - Considerações finais. 6 - Referências.

1 - INTRODUÇÃO

Os métodos consensuais de soluções de conflitos, são os meios que o próprio Ordenamento Jurídico Brasileiro nos trouxe com a implementação de novos procedimentos para combater os conflitos pré-existentes e, conseqüentemente, diminuir as ações judiciais. Como por exemplo, observa-se no tema deste Artigo: A Mediação e o Acordo de não Persecução Penal. Esses são dois de vários outros métodos existentes para solucionar conflitos, no qual, eles estão dentro da implementação das políticas públicas que viabilizam cada vez mais o acesso à justiça.

O presente artigo, tem o intuito de fomentar o conhecimento e elucidar algumas considerações sobre os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que se consolidaram no Ordenamento Jurídico Brasileiro nos últimos anos, mormente no âmbito do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) e no Código de Processo Penal (Artigo nº 28-A do Código de Processo Penal).

No primeiro capítulo, buscou-se descrever de forma concisa e direta, alguns dos fatos históricos do Método de Mediação e de maneira explicativa introduziu o conceito doutrinário referente ao tema. Nesse mesmo sentido, analisou-se as novas revoluções processuais que geraram algumas mudanças para os operadores do direito e os principais questionamentos voltados ao Método de Mediação.

No segundo capítulo, aborda-se sobre o Acordo de não Persecução Penal com todos os desdobramentos dele derivados, no qual, demonstra que a legislação brasileira caminha ao encontro da tentativa de solucionar conflitos até dentro da esfera criminal.

Por esses motivos, observou-se que, no meio desses instrumentos consensuais existe um elo que liga as partes ao meio jurídico que é o Advogado. No terceiro capítulo, buscou-se descrever o papel do advogado e do mesmo modo que dentro do poder judiciário mantêm-se uma filosofia de mudanças razoáveis para que o direito brasileiro melhore cada vez mais. Cabe ao profissional Advogado estar sempre atento às atualizações desses métodos consensuais. O método de abordagem utilizado foi o bibliográfico integrativo.

2 – O MÉTODO DE MEDIAÇÃO

2.1 – Evolução Histórica

Essa é uma breve explicação. O Código de Processo Civil de 1973, tinha uma visão que buscava a tentativa de obtenção de uma composição consensual, voltada

apenas para o Método de Conciliação. O Código de Processo Civil de 2015 atua de modo diferente, no qual, existe a convivência entre os dois métodos: o de conciliação e o de mediação no processo judicial.

O que se pode observar, é que houve a implementação do Método de Mediação a partir do Novo Código de Processo Civil no ano de 2015. O art. 165 do NCPC, fala sobre os Centros Judiciários de Solução de Conflitos, que é o responsável por todos os procedimentos voltados à realização das sessões de conciliação e mediação. Esse órgão tem o cabimento para definir se o caso será atendido por mediador ou conciliador. É importante entender que, os advogados das partes podem pedir pela adoção por um dos Métodos Consensuais, basta fazerem o pedido quando tiverem oportunidade, manifestando nos autos e, com isso, vai contribuir para a escolha do meio mais apropriado para o caso.

2.2 - Conceito

É a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 que dispõe sobre a mediação. Esta Lei, expõe os meios de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Ao analisar as diretrizes que a lei determina, mostra que a Mediação pressupõe que as duas partes saem como ganhadoras, pois, é um meio consensual. Podem haver casos em que o conflito ainda vai existir, mesmo tendo acordo. De igual forma, acontecem em processos que estejam sentenciados, pois, o conflito está resolvido apenas para quem a Sentença beneficia, na maioria dos casos só uma das partes ganha (Autor ou Réu do Processo Judicial). Observa-se o conceito do Método de Mediação nas palavras da autora Fernanda Tartuce:

A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem. (TARTUCE, 2018).

A Mediação como um dos métodos consensuais, busca em sua essência solucionar, até os conflitos com o grau de complexidade elevado. No Direito Civil, é possível ver a aplicabilidade desse método de solução de conflito com uma maior

nitidez dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Podemos entender melhor o que o Método de Mediação proporciona nas palavras do autor Marcial Barreto Casabona:

Ao propiciar o conhecimento das multifacetadas origens da controvérsia, a mediação permite aos envolvidos um conhecimento ampliado dos meandros do conflito e os habilita a construir, por si, a composição do litígio da maneira mais satisfatória (ou menos insatisfatória possível) à sua realidade interna e externa. (CASABONA, 2001).

Conforme a doutrina, o Método de Mediação permite às partes envolvidas um conhecimento ampliado do conflito, no qual, em comum acordo, através da habilitação e execução dos procedimentos é possível construir com qualidade a composição do litígio, de uma forma mais leve, eficaz, mais rápida e que proporciona uma satisfação ou pelo menos a aceitação dos fatos.

2.3 - Questionamentos comuns voltados ao Método de Mediação

O Método de Mediação no Ordenamento Jurídico Brasileiro, como a grande parte das Leis que foram criadas, passaram ou poderão passar por adequações ao longo dos anos, no qual, busca-se melhorias para atingir o objetivo expresso no inteiro teor da matéria. Para entendermos o quanto grande é o Método de Mediação, buscou-se, de forma sucinta, demonstrar alguns questionamentos comuns voltados ao tema:

- Quais conflitos podem ser solucionados através do Método de Mediação?

Qualquer conflito. O Método de Mediação é utilizado, para que haja a resolução do conflito através do diálogo, pelo qual, vai envolver todas as matérias que admitem reconciliação, transação ou acordo. Utiliza-se sua aplicação em qualquer conflito, mas, visto que o Método de Mediação em sua essência busca-se ter um aprofundamento nas relações e soluções dos casos. O mais indicado, é utilizar a mediação para os casos em que as relações entre partes precisam ser preservadas após a resolução do conflito.

- Como optar pelo Método de Mediação?

Existe a Mediação Judicial e Extrajudicial. No caso da Mediação Judicial, o Juiz designará a audiência e, na Mediação Extrajudicial a pessoa envolvida em um conflito ou todas as partes, podem solicitar através de uma Câmara de Mediação e Arbitragem.

- Como funcionam os procedimentos do Método de Mediação?

O diálogo é a base de todo o procedimento, ninguém será obrigado a fazer qualquer acordo. No Método de Mediação, é possível ter diversos meios para concretizar a resolução do conflito, no qual, é dividido em etapas cabendo ao mediador executá-las. Vejamos:

1) **Pré-mediação:** É a primeira etapa que as partes são submetidas. Nela acontecem o período de preparação de todos os procedimentos, no qual, o mediador vai explicar todas as regras que envolvem o Método de Mediação;

2) **Abertura:** Nesta etapa, cabe ao mediador fazer o ambiente da audiência ficar produtivo para o estabelecimento do diálogo pelo qual se mostrará uma relação de confiança no Método, ou seja, acontece para esclarecer eventuais dúvidas e demonstrar para as partes o papel do profissional mediador como condutor do procedimento;

3) **Investigação do conflito:** Essa etapa o mediador, vai ouvir e procurar entender cada situação que envolve o conflito entre as pessoas. Através dos detalhes, é que será possível aprofundar a análise do caso, sem essas informações os mediadores não poderiam definir qual é o problema principal e os secundários;

4) **Agenda:** Esse procedimento, é a forma que o mediador organiza os encontros e conforme as prioridades de cada parte, será estabelecido em termos de importância e urgência. Em cada caso será feito a análise para regular o tempo de cada sessão/audiência, pelo qual, também é estipulado a quantidade de encontros necessários para atingir os objetivos;

5) **Restabelecimento da comunicação:** Essa etapa vai acontecer a depender de como está o andamento, pois, o mediador vai tentar restabelecer a comunicação produtiva entre as partes para atingir os objetivos através do diálogo, pautando sempre na colaboração;

6) **Levantamento de alternativas:** É a etapa em que o mediador vai orientar sobre as possíveis soluções. Vai exigir com que as partes, a partir de tudo o que foi aplicado, consigam ter compreendido as narrativas para solucionar o conflito;

7) **Negociação e escolha de opções:** Nessa etapa, cabe ao mediador promover a negociação, no qual, concretiza a escolha das alternativas levantadas na etapa anterior, que é decidida pelas partes. Tudo isso acontece a partir dos interesses comuns entre as partes, sem qualquer opinião ou sugestão do mediador;

8) **Fechamento:** Por fim, essa é a última etapa dos procedimentos do Método de Mediação, no qual, se faz a conclusão e confecção do acordo.

- Quais as vantagens do Método de Mediação?

Existem diversas vantagens, porém, de forma sucinta, foi elencada as seguintes:

- 1) O Método de Mediação é um ótimo meio para quem procura ter celeridade na solução de conflitos. Além de contar com vários institutos que garantem aos procedimentos confiabilidade. Por exemplo, a autonomia da vontade das partes, informalidade, confidencialidade, controle, flexibilidade entre outros;
- 2) Os procedimentos do Método de Mediação, são simples e flexíveis, permitindo também a construção conjunta de regras que atendam à disponibilidade das partes e suas necessidades. Tudo é pautado no diálogo, com base na autonomia da vontade e no protagonismo das partes. Como conflito pode ser solucionável, as partes é que selecionam as soluções adequadas, visando a solução do conflito;
- 3) O custo-benefício, é um ponto muito atraente. Visto que, diante toda agilidade na resolução do conflito, acaba resultando a economia de tempo e também o menor desgaste emocional.

3 - ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de não Persecução Penal (ANPP), teve início na Resolução n.181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), posteriormente, foi alterada pela Resolução n.183/2018. Atualmente, o ANPP foi implantado no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, no qual, instituiu o art. 28-A do Código de Processo Penal. Partindo da criação do art. 28-A, optou-se por expor as diretrizes e um sutil aprofundamento do tema, para a composição deste artigo. O que está expresso no Caput do art. 28-A:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). (BRASIL,1941).

Existiram muitos questionamentos à época da resolução do CNMP, quanto à índole constitucional do ANPP. A partir da Lei n. 13.964, o instituto foi criado como método consensual, no qual, o legislador incluiu no Código de Processo Penal que o Ministério Público deixaria de promover a acusação, desde que o indiciado assumia as condições do art. 28-A, as quais caso integralmente cumpridas, acarretam a extinção da punibilidade.

O legislador aplicou no sistema criminal brasileiro, a partir da criação do ANPP, uma solução consensual para os casos penais que se encaixam como infrações de médio potencial ofensivo. Para a justiça criminal e para o Ministério Público, isso demonstra um avanço na solução de casos e, conseqüentemente, diminui a quantidade de ações dentro do Poder Judiciário.

3.1 - Experiências com o ANPP

Esse é um relato próprio, baseado no estágio no Ministério Público do Estado do Tocantins na 3ª Promotoria de Justiça da Capital, no qual, o prédio é localizado na cidade de Palmas-TO. Minha experiência com relação ao Acordo de Não Persecução Penal, começou neste ano de 2021 quando ainda tinham que ser estudadas diversas medidas para a aplicação desse Método Consensual.

A explicação para serem feitas novas medidas é, em relação aos contatos com as partes. Visto que, em 2021 ainda estamos passando por a pandemia do Covid-19 e, por esse motivo, toda a logística dos atendimentos tiveram algumas adaptações a fim de garantir os direitos dos envolvidos nesses conflitos da esfera criminal.

3.1.1 - Relato dos trabalhos desenvolvidos

A 3ª Promotoria de Justiça da Capital é responsável por receber os Inquéritos Policiais originados na cidade de Palmas-TO, que são direcionados para a 3ª Vara Criminal e repassados para a análise do Ministério Público Estadual. Após os Inquéritos Policiais chegarem por meio do sistema E-PROC à Promotoria, é feita a verificação por completo de cada caso.

As verificações dos casos são essenciais para conferir as possibilidades de aplicação do Acordo de não Persecução Penal, pois, não são todos os casos que são submetidos ao ANPP. Conforme expresso no art. 28-A existe a obrigatoriedade de o Ministério Público propor o ANPP, ou seja, é necessário separar os casos que cabem o ANPP dos outros que não cabem.

A 3ª Promotoria de Justiça da Capital utiliza o método de planilhas na plataforma do sistema do Google. Esse sistema foi adotado por ser gratuito e também por ser muito funcional, permitindo acessos simultâneos dos colaboradores ao conteúdo das planilhas, buscando um maior controle das informações e ações.

A comunicação com os envolvidos, acontece no primeiro momento por telefone, por ligação e/ou WhatsApp. Se nas informações constantes no Inquérito Policial não forem localizados números de contatos ou se houverem quaisquer problemas com esses contatos, o Promotor de Justiça faz uma busca em um banco de dados de acesso restrito para tentar obter novos dados e caso for frutífero as buscas, seguirá os procedimentos. No segundo momento, caso for infrutífera a tentativa de contato telefônico será expedido um documento para os oficiais do cartório entregarem pessoalmente para a parte.

3.1.2 - Como é feito o Acordo

Após todos os procedimentos iniciais, cabe ao Promotor de Justiça propor o acordo. No cenário atual da pandemia do Covid-19, a maioria dos casos da 3ª Promotoria de Justiça da Capital estão sendo concluídos através do sistema de mensagens WhatsApp, ou seja, o Promotor de Justiça faz a proposta de acordo nos moldes do art. 28-A para a pessoa indiciada que terá um prazo para analisar juntamente com um Advogado ou Defensor Público a proposta.

Após essa análise, a proposta de acordo é devolvida assinada por a pessoa Indiciada e seu procurador para ser protocolada nos Autos, no qual, será marcado uma audiência com o Juiz da Vara responsável para fazer a homologação do acordo,

posteriormente, se o acordo for cumprido em sua integralidade o Inquérito Policial é arquivado.

4 - PAPEL DO ADVOGADO

Um dos principais agentes do Direito, é o Advogado. O papel do advogado traz em evidência a exímia função desse Profissional dentro do Poder Judiciário, que também é de suma importância para o Método de Mediação e para o Acordo de não Persecução Penal. Cabe ao Advogado sempre ajudar a Parte, conforme as normas do Código de Ética e Disciplina disposto pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), mas, quando se estuda o Método Consensuais é possível observar que esse profissional pode ajudar como também pode atrapalhar o seu cliente, caso não o oriente bem com relação a resolução do conflito. O Art. 2º do Estatuto da Advocacia e da OAB dispõe que:

O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

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

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

(BRASIL, 1994).

Nesse contexto, ao adentrarmos nos meandros do Método de Mediação e do Acordo de não Persecução Penal identificamos várias diferenças e algumas semelhanças, no qual, o elo de ligação das partes ao processo passará obrigatoriamente por seu procurador, Advogado/Defensor Público. Esse artigo, fomenta a ideia de que esse profissional sempre deve estar atualizado quanto aos Métodos Consensuais, para que cada vez mais pessoas sejam bem orientadas quanto a existência desses meios alternativos com o objetivo de concretizar a tão almejada solução de conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, teve o intuito de fomentar o conhecimento e elucidar algumas considerações sobre os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que se consolidaram no Ordenamento Jurídico Brasileiro nos últimos anos. Foi pautado no âmbito do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) e no Código de Processo Penal (Artigo nº 28-A do Código de Processo Penal).

Buscou-se descrever de forma concisa e direta, os fatos deparados pelo operador do direito, nos moldes dos Métodos Consensuais do direito brasileiro. Nesse mesmo sentido, analisou-se as novas revoluções processuais, que geraram algumas mudanças para os operadores do direito. O direcionamento para utilização de Métodos Consensuais, foi um dos principais focos deste artigo, no qual, foi voltado para o Método de Mediação e o Acordo de Não Persecução Penal.

Verificou-se também a existência de um elo que liga as partes ao meio jurídico, que é o Advogado. Esse profissional dentro do Poder Judiciário exerce funções que são de suma importância, cabendo a ele estar sempre atualizado com a renovação do meio jurídico.

Portanto, com todos esses desdobramentos que foram derivados dos Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos, revelam que a sociedade brasileira e a Justiça caminham ao encontro da tentativa de solucionar conflitos cabendo aos Operadores do Direito fomentar esses procedimentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988;

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 31 de maio de 2021;

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015;

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e da OAB**. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, Presidência da República. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 31 de maio de 2021;

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 27 de maio de 2021;

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Art. 28-A** do Código de Processo Penal;

BRASIL. **Resolução n.181/2017**. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP); <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 27 de maio de 2021;

BRASIL. **Resolução n.183/2018**. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP); <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 27 de maio de 2021;

CASABONA, Marcial Barreto. **Mediação e lei**. Revista do Advogado, n. 62, p. 86, São Paulo, mar. 2001;

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **Manual de Atuação e Orientação Funcional - Acordo de não Persecução Penal**. Goiânia, 2020;

OAB/MG. **Cartilha de Mediação**. Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG, 2009;

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis** – 4. Ed, p. 203, rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.

A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS E O IMPACTO DO ATUAL CENÁRIO PANDÊMICO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

ADRIANO MORAES ANDRADE:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/AM

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar as normas trabalhistas e sua flexibilização, fazendo uma alusão a questão da pandemia e de que formou impactou os direitos fundamentais do trabalhador. Utilizou-se como metodologia, a pesquisa bibliográfica, sendo possível reunir livros, artigos, monografias e seus respectivos autores a fim de debater sobre o tema ora em comento. A pesquisa se justifica por tratar especificamente sobre os direitos dos trabalhadores, e principalmente sobre o fato de ter ocorrido diversas flexibilizações nas normas da CLT em virtude da Pandemia, dessa forma, como atinge milhões de pessoas, se torna relevante o estudo, além de que, servirá como base para novas pesquisas. Dividiu-se a pesquisa em três itens, quais sejam, os direitos sociais dos trabalhadores; o labor, a remuneração e a dignidade da pessoa humana; e, por fim, a flexibilização dos direitos trabalhistas e os impactos do contrato de trabalho à luz da Pandemia da COVID-19.

Palavras-chave: Flexibilização; Normas; Pandemia; CLT.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. OS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES - 3. O LABOR, A REMUNERAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - 4. A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS E OS IMPACTOS DO CONTRATO DE TRABALHO À LUZ DA PANDEMIA DA COVID-19 - 5. CONCLUSÃO - 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Foram intensos anos de lutas para que os trabalhadores pudessem ter seus direitos resguardados pela Constituição Federal. Anos que puderam lhe proporcionar o direito ao salário-mínimo, o direito a uma melhor condição de trabalho. A carta Magna, na verdade, foi pioneira, entre as brasileiras, a prever como direitos fundamentais os direitos sociais, que, como se verifica, se resumem basicamente nos direitos dos trabalhadores.

Denota-se que, o artigo 6º da atual Constituição Federal, embora coloque o trabalho como direito social, não confere um direito ao trabalho. Este é uma consequência da leitura do inciso IV do artigo 1º, do artigo 1701 e do artigo 1931. Toda

essa construção leva ao reconhecimento de que o direito social ao trabalho leva à efetividade da dignidade humana.

Mas, em virtude da Pandemia, com o objetivo de que fosse preservado os empregos, se trouxe para debate a possibilidade para que fosse flexibilizado as normas trabalhistas. Desse modo, a pesquisa debruçará inteligentemente sobre o Direito do Trabalho, de modo que seja possível averiguar de forma sistemática como os três poderes têm se comportado, no sentido de viabilizar uma adaptação dos empregados e empregadores à realidade laboral.

A pesquisa é relevante tanto para o profissional do Direito quanto para a sociedade, em virtude de tecer considerações sobre a flexibilização das normas trabalhistas em tempos de pandemia, a qual atinge milhares de trabalhadores diretamente, e conseqüentemente, milhares de pais e mães de família.

Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, sendo possível reunir autores com suas respectivas obras de relevância jurídica para que fosse debatido nesta pesquisa, possibilitando realizar um estudo mais técnico e aprofundado.

Dividiu-se a pesquisa em três itens. No primeiro item, os direitos sociais dos trabalhadores, onde se fará uma contextualização histórica sobre a conquista. No segundo item, traçaremos uma análise sobre o labor, a remuneração e a dignidade da pessoa humana; e por fim sobre a flexibilização dos direitos trabalhistas e os impactos do contrato de trabalho à luz da Pandemia da COVID-19.

2. OS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES

Os direitos sociais têm como uma de suas causas formadoras, justamente o liberalismo econômico (talvez advindos dos direitos de primeira geração – ‘liberdades públicas’).

O crescimento econômico trouxe a concentração de riqueza nas mãos de poucos empresários (burgueses) e, em outro aspecto, a massa trabalhadora se viu na miséria, além de sofrerem com as condições de trabalho ruins “tanto para o corpo quanto para o espírito”. Entre a precariedade de tais condições também devem ser mencionados a insalubridade e o trabalho infantil.

Os direitos dos trabalhadores surgiram, então, no escopo de evitar a instabilidade das instituições liberais e garantir a continuidade do desenvolvimento econômico. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 42-43).

No escopo da Revolução Francesa de 1889, a Constituição de 1793 daquele Estado, já apresentava alguma referência nesse sentido, inspirada na ideia de fraternidade e, em 1848, tal nação incluiu na sua lei maior o direito à formação profissional. (LEDUR, 1998, p. 105).

A cronologia histórica dos direitos sociais, surgimento e conceitos, pode ser a seguinte:

As Constituições da fase contemporânea da história passaram a cuidar do homem social ao lado do homem político; e, para fazê-lo, opuseram limites à autonomia da vontade dos indivíduos, em homenagem ao interesse público e à força normativa da realidade (Jellinek). Entretanto, a primeira Constituição a inserir no seu texto importantes direitos para o trabalhador foi a da Suíça, aprovada em 1874 e emendada em 1896. É certo que a Constituição francesa de 1848, de curtíssima vigência, aludiu ao direito do trabalho, à educação profissional e a instituições de previdência; mas não estabeleceu, de maneira objetiva, um elenco de direitos para o trabalhador. Também é certo que a Segunda Declaração dos Direitos do Homem (1793), inspirada no projeto de ROBESPIERRE, limitou o direito de propriedade e atribuiu à sociedade o dever de prover a subsistência de todos os seus membros, inclusive os inaptos para o trabalho e os indigentes; mas não cogitou dos direitos sociais específicos do trabalhador, que são os que nos interessam neste estudo (SÜSSEKIND, 2004., 13).

O México, em 1917, foi o primeiro Estado a dispor, de forma sistemática na sua Constituição, sobre direitos sociais, especificamente através dos direitos dos trabalhadores, como limite de jornada, descanso semanal, sindicalização e greve, indenização pela dispensa, proteção contra acidente de trabalho e, especialmente, garantia de um salário mínimo e à igualdade salarial.

Os mexicanos foram seguidos pelos alemães que tiveram na Constituição de Weimer, em 1919, a base das democracias sociais, servindo de exemplo para nações como Itália, Portugal e Espanha (LEITE, 1997, p. 14-15).

Há, no entanto, pensamento doutrinário contrário acerca das contribuições mexicanas em relação aos direitos fundamentais, sobretudo quanto aos direitos sociais dos trabalhadores:

A Constituição mexicana de 1917 é considerada por alguns como o marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais. Não há razão para isso, mesmo sem registrar que sua repercussão imediata, mesmo na América Latina, foi mínima. Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador (Título VI) Trata-se, pois, de um documento que inegavelmente antecipa alguns desdobramentos típicos do direito social. Nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 46).

A Constituição da Espanha de 1978 previu o direito de trabalhar e de ter livre escolha da profissão, com remuneração suficiente para satisfazer as suas necessidades e de suas famílias. Em Portugal, a partir de 1976, “todos tem direito ao trabalho” e, ainda, o “dever de trabalhar.”

O artigo 7º da Carta portuguesa elenca as normas do direito do trabalho, incluindo direitos sociais trabalhistas no mesmo patamar dos direitos individuais concedidos a todos os cidadãos.

Tal inserção dá a tais normas o status de direitos fundamentais que, segundo o parágrafo 1º do artigo 5º de tal Constituição, tem aplicação imediata. Tal situação é similar a verificada na Lei Fundamental de Bonn (República Federal da Alemanha) em seu artigo 1º, alínea 3 (LEDUR, 1998, p. 116).

As Constituições que o Brasil já promulgou ou outorgou como norma fundamental foram bem diferenciadas em relação aos direitos sociais. A primeira delas, de 1824, após a independência proclamada por Dom Pedro I, foi outorgada e consagrou a filosofia liberal da revolução francesa, deixando de tratar dos direitos sociais do trabalhador, que pressupõem intervenção estatal nas relações contratuais (SÜSSEKIND, 2004, p. 29).

Com o advento da República, o ano de 1891 trouxe a promulgação de uma nova Carta Constitucional, desta vez calcada em ideais federalistas, presidencialista e liberal, muito influenciada pelo pensamento norte-americano. Por isso mesmo, deixou de lado, novamente, os direitos sociais dos trabalhadores, prevendo apenas o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

Após a Revolução de 1930, todas as Constituições pátrias passaram a prever os direitos sociais dos trabalhadores uma vez inaugurados com a legislação decretada por Getúlio Vargas, sobretudo a partir da criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (SÜSSEKIND, 2004, p. 33).

Ao convocar a Assembleia Nacional Constituinte de 1934, Vargas destacou a obrigação positiva do Estado frente às necessidades dos cidadãos:

Todas as atividades humanas são forças sociais agindo negativa ou positivamente. O Estado, que é a sociedade organizada como poder, não lhes deve ficar indiferente, sob pena de falhar à sua finalidade. Impõe-se-lhe, contrariamente, discipliná-la e dirigi-la. Daí a sua intervenção no campo social e econômico, fiscalizando as indústrias e o comércio, desenvolvendo providências de diversa natureza para promover o bem comum.

Foi assim que em 1934 o Brasil teve previsão constitucional¹¹ de isonomia salarial, salário-mínimo, jornada de trabalho limitada a oito horas diárias, férias, repouso semanal, o que significa dizer que a Carta Política da época estava de acordo com os preceitos do estado do bem estar, também conhecido pela expressão inglesa 'Welfare State' (LEITE, 1997, p.17).

Em 1937, a Constituição previu, expressamente, que o trabalho é meio de subsistência do indivíduo, constituindo-se em um bem a ser protegido pelo Estado, assegurando-se condições favoráveis e meios de defesa.

A Constituição de 1988 foi pioneira, entre as brasileiras, a prever como direitos fundamentais os direitos sociais, que, como se verifica, se resumem basicamente nos direitos dos trabalhadores. O artigo 6º da atual Constituição Federal, embora coloque o trabalho como direito social, não confere um direito ao trabalho. Este é uma consequência da leitura do inciso IV do artigo 1º¹³, do artigo 1701 e do artigo 1931. Toda essa construção leva ao reconhecimento de que o direito social ao trabalho leva à efetividade da dignidade humana.

E, assim, é o salário que se apresenta como uma das fundamentais exigências para o estabelecimento de condições dignas de trabalho, devendo ser observados os aspectos de fixação e proteção. (SILVA, 1999, p. 292-297).

3. O LABOR, A REMUNERAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O trabalho é para o homem uma extensão de sua própria natureza. É somente através de seus esforços que o homem possui condições de ser livre e de contemplar sua plena dignidade. Martins Filho (2005, p. 3, grifo do autor) traz boa definição

O trabalho pode ser definido como toda ação humana, realizada com dispêndio de energia física ou mental, acompanhada ou não de auxílio instrumental, dirigida a um fim determinado, que

produz efeitos no próprio agente que a realiza, a par de contribuir para transformar o mundo em que se vive.

Desde a época da caça e pesca, o homem se organizou em divisão de tarefas em prol de todo o grupo. Foi através do elemento de cooperação entre os homens da comunidade primitiva que surgiram as primeiras relações de trabalho (MARTINS FILHO, 2005, p. 3).

Desde os primórdios que somente através do esforço físico-intelectual que os seres humanos conseguiam suas conquistas e, sobretudo, através de seu trabalho que a espécie humana passou a dominar as demais espécies. Aos poucos, o labor humano deixou de ser a simples busca direta pela sobrevivência, passou a representar uma atividade que, realizada, traria uma contraprestação pecuniária que, então, seria utilizada para satisfação das necessidades.

O vocábulo trabalho origina-se do latim "tripaliare" e tem significado de "tortura" e, dessa forma, também significando esforço, cuidado, encargo, fadiga, acaba por representar sofrimentos dos quais os 'ricos' estariam afastados. Somente aqueles 'necessitados' do labor, como forma de garantia da sobrevivência, estariam dispostos a tais atividades (HERKENHOFF, 1994, p. 168).

Para garantia de recebimento de uma contraprestação justa e condizente com o labor prestado e, para uma organização natural acerca do suprimento de tais necessidades, surge, então, o salário, a remuneração do trabalho.

No estado de natureza, Deus ofertou o mundo a toda humanidade para que os homens o possuíssem em comum. Encontrando-se em uma situação de carências, os seres humanos se viram forçados a cultivar a terra com o intuito de beneficiar sua vida. Deles foi então requisitado o trabalho.[...] Os seres humanos receberam de Deus a capacidade do trabalho e seus bens são os frutos desse trabalho. Por isso esses bens devem ser respeitados por todos. Ninguém tem o direito a algo que tenha sido obtido pelo trabalho de outros. Ainda que Deus tenha dado a terra a todos os homens em comum, ele também criou o homem de tal modo que este possa satisfazer suas necessidades apenas por meio de seu trabalho. O trabalho é, portanto, tanto uma condição de sua sobrevivência quanto também a fonte da distribuição do bem que era, na sua origem, comum. (DIAS, 2004, 21-22).

Com o surgimento das classes profissionais, das classes sociais, apareceu a relação entre quem manda e quem deve obedecer, e, finalmente, a relação entre quem quer pagar menos pelo trabalho prestado e entre quem quer receber mais.

A tendência, no embate entre capital e trabalho, é de o patrão exigir o máximo de rendimento com o mínimo de retribuição salarial. Já a intenção dos trabalhadores é inversa, ou seja, é de obter o máximo de vantagens econômicas com o mínimo de esforço produtivo. Nessa discussão, o Estado intervém para proteger o hipossuficiente e estabelecer condições mínimas de trabalho e remuneração. (MARTINS FILHO, 2005, p.9-10).

Analisando esse mesmo aspecto, Sarlet (2005, p. 55) lembra que os movimentos reivindicatórios do século XIX e o reconhecimento progressivo de direitos que atribuíram ao Estado o comportamento ativo de realização da justiça social foram originários do impacto da industrialização e dos graves problemas sócioeconômicos que a acompanharam.

O homem passa a ser, então, um trabalhador, entendido tal como aquela pessoa física que utiliza suas energias mentais e intelectuais em proveito próprio ou alheio e com objetivo de um resultado econômico ou não (LEITE, 1997, p. 27).

O trabalho deve ser muito mais do que a busca pelo sustento financeiro. É, também, motivo de convivência social, de crescimento pessoal, de bem-estar próprio. Hoje em dia, ressalvadas algumas questões, é possível escolher o labor a ser prestado, as profissões são desenvolvidas e há inúmeras maneiras de o homem bem utilizar o seu intelecto ou sua capacidade física em prol de sua própria dignidade.

O reconhecimento social do trabalho não se resume ao salário, eis que envolve outras dimensões, mais amplas, ligadas à ética, à cultura, às múltiplas faces do poder, ao prestígio comunitário, etc. No entanto, é o salário a mais relevante contrapartida econômica do trabalho empregatício, o que faz com que garantir tal recebimento é harmonizar o Direito à realização da dignidade do ser humano (DELGADO, 2004, p. 72).

De qualquer forma, é a ocupação profissional que faz com que o homem crie, inove, melhore suas condições de vida, faça planos para o futuro, construa para as futuras gerações. José Felipe Ledur (1998, p. 95-96) conclui acerca da ligação entre o trabalho e a dignidade humana:

Importa ressaltar, desde logo, a conexão que há, do ponto de vista constitucional, entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a regra que assegura o direito ao trabalho. Como já frisado com insistência, o art. 1º, III, da Constituição

inclui a dignidade da pessoa humana entre os Fundamentos da República Federativa do Brasil. Já o art. 170, caput, da Constituição deixa claro que a existência digna está intimamente relacionada ao princípio da valorização do trabalho humano. O confronto entre ambas as normas evidencia que a dignidade da pessoa humana é inalcançável quando o trabalho humano não merecer a valorização adequada. [...] É lícito concluir que somente pela realização do direito ao trabalho previsto no art. 6º da Constituição é que se terá preenchido o conteúdo reclamado pelos princípios mencionados.

Desde 1946 a dignidade da pessoa humana já vinha inserida entre as consequências do trabalho. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos veio a reconhecer a mesma associação. O reconhecimento como valor fundamental a ser protegido pelas Constituições, no entanto, se deu após as grandes guerras que submeteram o gênero humano à degradação, desrespeito aos direitos de primeira geração, sobretudo da liberdade. O convívio entre as pessoas exigiu tais reconhecimentos (LEDUR, 1998, p. 83-86).

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de direitos e garantias fundamentais, normas basilares da nação. Antes desse extenso rol, no entanto, o constituinte estabeleceu, entre os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, justamente a proteção da dignidade da pessoa humana.

[...] a consciência do status de excelência que coloca o homem acima dos demais seres vivos que habitam a face da terra, em original e irreduzível dignidade. Isso se materializou, no plano normativo das instituições, na concepção que erige a dignidade humana em fonte de direitos fundamentais de tal natureza que somente são passíveis de declaração, reconhecimento e promoção. Nunca de negação, cerceamento, ou mesmo de constituição ou simples outorga pelo Estado. De seu característico valor moral, alheia à regulação pelo Direito, na ordem política, a dignidade da pessoa humana passou, pois, a norma jurídica positiva, obrigando o Estado a preservá-la e a protegi-la. Além de tratar-se de um direito inviolável e inalienável, o respeito à dignidade humana converteu-se em princípio supremo a presidir a ação estatal. (LEDUR, p. 81)

Mas para que o trabalho pudesse dar ao cidadão tudo aquilo que ele procura e espera como contraprestação de seus esforços, foi necessário estabelecer a garantia de uma renda mínima, em quantia relativa à valoração de seu trabalho.

Em relação aos preceitos éticos elencados no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, verifica-se que a dignidade da pessoa é consequência imediata e lógica de uma boa remuneração.

A dignidade da pessoa humana se relaciona diretamente com um salário-mínimo que supra as necessidades dispostas no artigo 7º da Carta Política, pois é em conformidade com tais circunstâncias que será medido o grau de respeito à dignidade do cidadão e de sua família.

A conclusão inicial, como facilmente prevista, é de que, em uma sociedade onde a renda mínima não consegue sequer garantir a alimentação saudável ao trabalhador e sua família, obviamente que a dignidade humana não estará sendo devidamente resguardada, como bem conclui Barroso (2001, p. 296, grifo do autor):

Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Pasar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana.

Sendo somente através de 'dinheiro' que as pessoas conseguem, em regra, suprir seus anseios, é o recebimento de um salário mínimo e digno o mais importante dos objetivos dos trabalhadores.

A Constituição cidadã não garante apenas um salário mínimo individual que atende as necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte, mas também estabelece, no plano da legislação ordinária (Consolidação das Leis do Trabalho – artigos 76 e 81) a fixação de um salário-mínimo familiar e socialmente digno, que atenda as necessidades vitais básicas com educação, saúde, lazer e previdência social, do trabalhador e de sua família (PRUDENTE, 1998).

Para Carmen Camino (1999, p. 180), existe diferença entre a concepção econômica e a concepção social do salário. Na primeira visão é apenas um dos componentes do custo de produção e da prestação de serviços. Na segunda, no entanto, é o meio de subsistência do trabalhador.

Ao que tudo indica, a Carta Magna de 1988, acolheu a segunda concepção. A ideia do constituinte foi de garantir ao cidadão que o resultado do seu trabalho, sua remuneração, fosse suficiente para que o mesmo pudesse adquirir e conservar

necessidades vitais mínimas, tanto suas quanto de sua família. O texto constitucional tratou de ampliar o conceito já existente na Consolidação das Leis do Trabalho.

Nessa linha de pensamento, pode-se lembrar Amartya Sen (2001, p. 79-80, 84), que refere a existência de um conjunto de 'funcionamentos' que variam desde uma nutrição adequada, a uma boa saúde, até realizações mais complexas com ser feliz, ter respeito próprio, participar da comunidade, entre outros. Esses, segundo o autor, levam a um 'conjunto capacitário' que garante ao indivíduo a escolha entre as vidas possíveis. E, em relação ao bem-estar, num contexto de pobreza extrema em economias em desenvolvimento, tais capacidades de funcionamento estão relacionadas a estar bem nutrido, bem abrigado, livre de doenças e morte prematuras, etc.

Em conclusão, garantir ao cidadão o acesso aos direitos sociais – suas necessidades vitais mínimas como educação, saúde, habitação, etc., e, igualmente, lhe prestar uma remuneração condizente com seus esforços humano é tornar eficaz o princípio da dignidade da pessoa humana.

4. A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS E OS IMPACTOS DO CONTRATO DE TRABALHO À LUZ DA PANDEMIA DA COVID-19

Há mais de 01 ano estamos vivenciando a pandemia do COVID-19, que desencadeou diversos problemas, principalmente na saúde pública e na economia dos países. Decorreu-se por conta da alta taxa de transmissão e a contaminação de forma acelerada, havendo, desse modo, um descontrole.

No dia 30 de janeiro de 2020, foi declarado a situação de emergência de Saúde Pública Internacional, por meio da Organização Mundial da Saúde, tendo como base o próprio Regulamento Sanitário Mundial, delineado pela OPAS-OMS. Atingiu globalmente a partir do mês de março de 2020, onde passou a ser considerado uma Pandemia, havendo diversas recomendações para que fosse enfrentado rigorosamente o referido contágio,

Após tal decisão da OMS, muitos países passaram a controlar suas fronteiras, bem como o traslado de pessoas, alguns de maneira mais branda, e outros de maneira mais rigorosa, impondo isolamento social a sua população como medida emergencial, visando frear a velocidade do contágio (BORTOLOTTI, GIACOMET E CANGARO, 2020).

No Brasil, a pandemia chegou no final de fevereiro do ano de 2020, onde confirmou-se o primeiro caso da referida doença. E por conta disso, sendo a saúde de competência concorrente entre o governo federal, estadual e municipal, medidas passaram a ser adotados para que fosse combatido o avanço da Pandemia. No momento que está sendo realizado esta pesquisa, até o presente momento, o total de casos ultrapassa 16 milhões, e a quantidade mortes acima de 450 mil. (PAHO, 2020).

Lamentavelmente o número extraordinariamente impactante. Desse modo, o Brasil vive uma crise sanitária, sem precedentes e estarrecedora. De acordo com Scalzilli, Spinelli e Tellechea (2020, p. 17),

Pode-se dizer que se trata de crise de liquidez apenas nos efeitos, pois, na origem, é consideravelmente mais grave : pessoas se isolaram ; indústria, comércio e serviços fecharam as portas; consumidores desapareceram. Verificou-se uma ruptura na oferta e na demanda de bens e serviços, com a paralisação de cadeias produtivas inteiras. A economia entrou em convulsão.

Evidentemente que, por conta dessa crise, as proporções sobrevieram de escalas globais, causando-se milhares de mortes em todos os países onde a população fora acometida pela doença. Impactou-se negativamente a econômica no mundo inteiro, gerando uma crise jamais vista na história. Denota-se que, em decorrência da Pandemia, os efeitos dela na economia ainda durarão muito tempo nos países. Incluindo-se, portanto, o Brasil que antes mesmo da Pandemia já vivia uma grave crise nas finanças.

Noutro giro, outra situação negativa que decorreu por conta da pandemia, foi a questão das proibições de atividades de milhares de empresas, resultando-se em uma quantidade absurda de extinção de contratos de trabalhos. A Organização Internacional do Trabalho calcula que somente no Brasil, por conta da crise agravada, mais de 25 milhões de pessoas poderão ficar sem emprego.

Importante ressaltar que os direitos de cunho trabalhista têm o seu reconhecimento constitucional e que surgiu em decorrência de uma luta social árdua e longa. Diante disso, mesmo que estejamos enfrentando uma grave crise, é fundamental que os princípios da justiça social sejam respeitados.

Meireles (2020, p. 201) afirma que,

(...) a Constituição suprimiu o direito de as partes interessadas, em contrato individual, pactuarem a redução da jornada de trabalho e a diminuição dos salários. Limitou a autonomia da

vontade do trabalhador em sua própria proteção, em especial em momentos de maior vulnerabilidade. (MEIRELES, 2020, p.201)

Em virtude da Pandemia e a conseqüente decretação do estado de calamidade pública por meio do Decreto nº 6/2020, que notadamente impactaram diretamente nas relações de trabalho, foi crucial que o Estado viesse a intervir através de medidas urgentes e emergentes para que os empregos fossem efetivamente preservados

No ano de 2020, editou-se as Medidas Provisórias de nºs. 927 e 936, ambas do ano de 2020, pelo Governo Federal, onde através disso, foi possível por força de lei que fosse criado medidas trabalhistas. Estas medidas relacionavam-se com a proteção do emprego e renda do empregado, além, evidentemente, de proteger as instituições empresariais.

O isolamento social como bem se sabe, ocorre a restrição e proibição de alguns setores econômicos que não são considerados atividades essenciais. Desse modo, os faturamentos das empresas desses setores foram extremamente baixos, resultando-se em instabilidade, que poderiam prejudicar diretamente os contratos de trabalho.

Assim, por meio do Estado foi autorização que pudesse haver a suspensão dos contratos de trabalho e também a redução do salário sem que houvesse a participação direta dos sindicatos. Podendo haver dessa forma, um acordo individual entre o funcionário e o empregador, para que pudesse ser convencionado a redução tanto da jornada de trabalho quanto do salário. Essa autorização foi confirmada pelo STF que no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (6.363) reconheceu que as medidas provisórias ora impostas são constitucionais, e excepcionalmente podem ser validade diante de uma grave crise vivenciada no país.

As medidas ora em comento foram convertidas na Lei n. 14.020/2020, dispondo que haveria a possibilidade de redução, enquanto perdure a calamidade pública. E que as indenizações aos trabalhadores, teria como base o valor do seguro-desemprego, onde Estado se comprometeria a fazer o pagamento para que a relação empregatícia fosse preservada.

Dessa forma, mais do antes, hoje, a flexibilização dessas normas de cunho trabalhistas se demonstra essenciais e indispensáveis, pois permite a segurança jurídica seja mantido, possibilitando manter também o equilíbrio econômico para que se tenha a conseqüente diminuição dos impactos em decorrência da suspensão das atividades econômicas.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa atendeu rigorosamente os objetivos ora traçados. Destrinchou tecnicamente e juridicamente a questão dos direitos sociais dos trabalhadores, dando ênfase a contextualização histórica e a luta social por dias melhores. Por conseguinte, denotou-se inteligentemente uma correlação entre o labor, salário e dignidade da pessoa humana.

Diante das análises realizadas, chegou-se ao problema ora proposto, qual seja, vislumbrar doutrinariamente e legalmente o processo de flexibilização das normas trabalhistas em decorrência da pandemia da COVID-19.

Observou-se que diante da gravidade da crise econômica e sanitária, foi crucial que o Estado editasse determinadas medidas provisórias que possibilitassem preservar o emprego, atendendo rigorosamente o princípio da justiça social e o princípio da dignidade.

6. REFERÊNCIAS

BORTOLOTTO, Guilherme Bettiato; GIACOMET, Natasha; CALGARO, Cleide. APLICACÃO DO FATO DO PRÍNCIPE NAS RELACÕES TRABALHISTAS EM RAZÃO DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA GERADA PELA PANDEMIA DO COVID-19. In: COVID-19: DEMOCRACIA E PODER. Itajaí-sc: UNIVALI, 2020. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 24 de maio de 2021. p. 215.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.363. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>>. Acesso em: 07/09/2020. BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 5 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DIAS, Maria Clara. Os Direitos Sociais Básicos: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos. Porto Alegre: EDUPUCRS, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2016.

HERKENHOFF, João Baptista. Curso de Direitos Humanos. v.1. São Paulo: Santuário, 2011.

LEDUR, José Felipe. A Realização do Direito ao Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Constituição e Direitos Sociais dos Trabalhadores. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho. 27 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019

MEIRELES, EDILTON. DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS NA PANDEMIA E O NÃO RETROCESSO SOCIAL. In: Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus. Coordenação e organização de Saulo José Casali Bahia e Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins. São Paulo: Editora Iasp, 2020. Volume 2.

ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE BRASIL-OMS. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Atualizada em 08 de setembro de 2020.

Disponível em:
<https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em: 25 de maio de 2021

PRUDENTE, Antônio Souza. Salário mínimo inconstitucional . Jus Navigandi, Teresina, a. 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1156>>. Acesso em: 05 fev. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, v. I, n. 1, ano I, abril de 2001. Disponível em:

<<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>> Acesso em 25 de novembro de 2021.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 3ª ed. ampl e atual. Até 0/10/2003. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PERÍODO DE PANDEMIA CAUSADO PELA COVID 19.

ELIZABETH DE OLIVEIRA CAMPOS MACIEL:
Bacharelada em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO
(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa se propõe a trazer uma análise sobre a realização da audiência de custódia implementada em 2015 com a resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça e as medidas utilizadas durante o período de Pandemia do Covid 19, se houve prejuízo, que meios foram utilizados para a realização das audiências sem risco para nenhum dos envolvidos.

Palavras-chave: Audiência de Custódia, Pandemia, Covid 19

ABSTRACT: This research aims to provide an analysis of the custody hearing implemented in 2015 with resolution 213/15 of the National Council of Justice and the measures used during the Covid 19 Pandemic period, if there was damage, what means were used to carry out hearings without risk to any of those involved

KEYWORDS: Custody Hearings, Pandemic, Covid 19.

1- INTRODUÇÃO

A audiência de custódia desde 2011 vem sendo discutida destacando como principais pontos a preservação dos direitos humanos e dos direitos constitucionais nos quais está garantida a liberdade e a presunção da inocência do indiciado.

O assunto a ser tratado será a audiência de custódia que se refere a um dispositivo legal do Código de Processo Penal no Art. 306, §1, que busca realizar a apresentação do preso em flagrante mais rápido a autoridade competente para apreciar sobre as circunstâncias que ocorreram à prisão.

A audiência de custódia faz parte de uma das medidas que buscavam solucionar e combater a superlotação e o encarceramento exacerbado que permeia o Brasil, e sanar as arbitrariedades praticadas contra o preso, possibilitando a liberdade do criminoso após passar por audiência de custódia (BRASIL, 2016).

Sendo que sua origem se deu em decorrência da alteração proposta pela redação da lei 12.403 de 2011, que propôs a mudança do Código de Processo Penal, pois possibilitou a implementação de medidas cautelares alternativas diferentes da prisão, em que os magistrados só deveria determinar a reclusão do acusado em casos extremos ou após julgamento (ANDRADE & ALFEN, 2016)

No mesmo sentido o projeto de lei do Senado Federal (nº 554/2011) também sugeriu a modificação do Código de Processo Penal, que regularia expressamente a obrigação de se realizar a audiência de custódia no prazo de 24 horas ao infrator preso em flagrante (LOPES JR, 2018).

Introduzindo assim no âmbito normativo o instrumento da audiência de custódia que se dá nos casos de prisão em flagrante ao qual o infrator da lei é apresentado no máximo do transcorrer de 24 horas a autoridade competente para serem avaliadas as condições da prisão e as possíveis ilegalidades (BATISTA, 2017).

No final do ano de 2019, foi registrado o primeiro caso de Covid 19 na China, a partir disso, todo o país entrou em estado de alerta, preparando estratégias para o combate do vírus. No Brasil o primeiro relato aconteceu em fevereiro de 2020, a OMS recomendou distanciamento social, uso de máscara, evitar qualquer tipo de aglomeração e o isolamento daqueles que estivessem com suspeitas.

Neste contexto será realizada uma reflexão da problemática sobre como aconteceram às audiências de custódia no período da pandemia. Sendo assim o trabalho se propõe a analisar e discutir sobre os meios utilizados para a realização das audiências, se houve algum tipo de prejuízo e quais os meios utilizados para que a audiência de custódia acontecesse de uma forma segura.

2-CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A audiência de custódia é o instrumento processual de garantia que já era previsto no Tratado Interamericano de Direitos Humanos, o tratado foi promulgado pelo Brasil no ano de 1992.

Sendo assim no Brasil a audiência de custódia teve a sua implementação em 2015 com engajamento do Conselho Nacional de Justiça em sua resolução de nº 213 que realizou a delimitação normativa da Audiência de Custódia, fundamentado se no item 3 do artigo 9º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como no item 5 do artigo 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que também é conhecido como "*Pacto de São José Da Costa Rica*" (BRASIL, 2015).

Todavia foi no ano de 2019 com a implementação da Lei 13.964/19 que foi incorporado ao Código de Processo Penal Brasileiro a realização da Audiência de Custódia. Segundo o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), a prática da realização da Audiência de Custódia estimou uma redução de metade do número de presos antes de chegarem ao fim do processo, e isso significa uma economia de cerca de 4,3 bilhões de reais anualmente. Além destes pontos, também evita a construção de presídios, o que acarreta ainda mais a economia no País.

O Ministro Ricardo Lewandowski declarou:

“Com a adoção da audiência de custódia em todos os tribunais, deixaremos de prender anualmente cerca de 120 mil pessoas, representando uma enorme economia para o erário, da ordem de R\$ 4,3 bilhões por ano, que poderão ser destinados à saúde pública, à educação ou a outras ações em prol da sociedade.” (Ministro Ricardo Lewandowski, ADPF 347, 9 de setembro de 2015).

Importante relatar também, que o Brasil sendo o 4º país que mais encarcera no mundo, e cerca de 40% dessa população carcerária são de detentos sem condenação definitiva. Cada preso custa em média por ano uma média de 36 (Trinta e seis) mil reais ao seu Estado, chegando a consumir cerca de 21,6 bilhões de reais só com o sistema carcerário, diante desses fatos, fica claro a importância das audiências de custódia, para que evitem prisões preventivas desnecessárias.

Houve um debate se a prisão e a autoridade policial seriam ou poderiam ser a garantidora prevista, mas isso foi superado pela precisão e incorporação da norma na resolução do CNJ e posteriormente no CPP, determinado que todo preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão.

2.1- RESOLUÇÃO 213/15 CNJ

O Conselho Nacional de Justiça em sua Resolução 213/15, traz o embasamento legal do procedimento a ser empregado na audiência de custódia, e ainda que tenha sido superada essa resolução pela previsão trazida no Processo Penal, é importante dizer que a regulamentação do instituto ainda encontra-se na resolução 213/15.

À norma traz que o preso em flagrante tem que ser apresentado em até 24 horas da sua comunicação de sua prisão a autoridade judicial sendo ouvido as circunstâncias em que se deu a prisão.

O preso em flagrante é encaminhado para a unidade prisional específica, tendo aplicação da prisão preventiva, a audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público, Juiz, Defensoria Pública e advogado caso tenha sido constituído para defesa, não será permitido à presença dos responsáveis pela prisão ou da investigação, pois, serão respeitados todos os direitos fundamentais e do processo penal.

A audiência será registrada em cadastro no Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), na qual o juiz fará uma entrevista com o preso, a fim de esclarecer o procedimento e analisar o caso concreto indagando sobre as circunstâncias e o tratamento realizado pelos agentes de segurança, se foi realizado corpo de delito, e se existe alguma legalidade para ser sanado, importante ressaltar que não se trata sobre o mérito da questão na audiência de custódia.

Após realizar a oitiva do conduzido, do Ministério Público e a defesa técnica o Juiz deferirá medidas sobre a prisão e a decisão e a aplicação do artigo 310 ou 319 do Código De Processo Penal que poderá resultar no relaxamento da prisão em flagrante, na concessão da liberdade provisória sem ou com a imposição de medida cautelar alternativa à prisão, ou quando ocorrer o arquivamento do inquérito, a pessoa presa em flagrante delito será prontamente colocada em liberdade, mediante a expedição de alvará de soltura, e será informada sobre seus direitos e obrigações, salvo se por outro motivo tenha que continuar presa. (RESOLUÇÃO 213/2015 do CNJ)

A partir da explanação sobre a audiência de custódia observa que a audiência de custódia se tornou obrigatório assim analisa irregularidades que possa a vir ocorrer desde a prisão ao processo, além de defender os direitos humanos e a liberdade.

3- CONCEITO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O significado de Custódia está ligado com proteção e guarda, ou seja, ação ou efeito de proteger. Assim, conceitua-se audiência de custódia como um instrumento pelo qual a autoridade competente vai analisar em que circunstâncias ocorreu a prisão em flagrante em menor tempo possível. "A pessoa presa será conduzida à presença de um juiz para ser ouvido, momento em que o magistrado decidirá sobre as medidas cautelares previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal" (ANDRADE E ALFEN,2016).

Nesse mesmo sentido, Paiva relata:

[...]A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o

Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura[...] (PAIVA, 2015, p. 31).

Já Fonseca e Alflen em sua Doutrina relatam que Audiência de Custódia se trata de:

[...] mecanismo de controle sobre a atividade de persecução penal realizada pelo estado, em especial, sobre as instituições encarregadas dos atos anteriores ao ajuizamento da ação penal condenatória [...] evitar-se-ia, com isso, o risco de incidência de um dos principais problemas verificados nessa fase inicial da persecução penal que é a ocorrência de maus-tratos e torturas aos indivíduos que houvessem sido presos em flagrante [...] por ordem de forças estatais diversas do Poder Judiciário. (ANDRADE, 2016, p. 16).

A partir da explanação sobre a audiência de custódia observa que a sua atual obrigatoriedade, como forma de que se analisem irregularidades que possa a vir ocorrer desde a prisão ao processo, além de defender os direitos humanos e a liberdade.

3.1. DEFESA AOS DIREITOS

Sendo que a audiência de custódia vem em defesa aos direitos fundamentais da ampla defesa e contraditório, bem como a presunção da inocência e da liberdade. Na Constituição Federal no Artigo 5, caput, incisos LIV, LV e LVII da CRFB/88 trazem princípios importantes para a discussão do tema, como o princípio da presunção da inocência, onde só será considerado culpado por crime cometido depois de sentença transitada em julgada e o princípio do contraditório e da ampla defesa no qual permite a dúvida até a sentença.

A audiência de custódia surgiu com intuito de dificultar prisões ilegais ou desnecessárias, tentar impedir uso de torturas, emprego de violência no ato da prisão, permitindo um acesso ao juiz de forma rápida e oferecer ao individuo uma possível chance de revisão da prisão.

Além do fato primordial de desafogar o sistema carcerário do Brasil, buscando assegurar os direitos fundamentais do preso, evitando fatos corriqueiros em que o acusado fica em cárcere por meses podendo chegar a anos até que seja direcionado a presença de uma autoridade judicial.

Houve muitas divergências sobre a audiência de custódia, onde houve argumentos que discordaram da implementação da mesma, relatavam que só serviria para facilitar a soltura de presos, e que a audiência seria como uma confirmação de que o preso sempre sofreria tortura na realização das prisões.

É importante ressaltar, que na realização da audiência por si só, não vai determinar que o preso seja liberado, existem requisitos a serem preenchidos, se o juiz entender que justifica a prisão, não há obrigação em soltura do preso, o que existe é uma verificação da situação do indivíduo ali presente na realização da audiência.

Um dos principais pontos importantes da realização da audiência de custódia é a permissão do preso em ter acesso rápido ao juiz, para que ele possa contar a sua visão dos fatos, tudo acontece de uma forma mais humanizada, dando voz a esse indivíduo. Claro que isso não significa que haja desatenção por parte de quem escuta, mas, reduz a distância e burocracia para que entre o preso e a autoridade judicial competente.

Aliás, a audiência de custódia sofreu muitas críticas, não é difícil encontrar casos em que a pessoa presas de forma injusta relatou que não tiveram seu direito garantido de serem ouvidas pelos julgadores, ou que foram simplesmente ignoradas quando tiveram a chance de falar. Não é difícil encontrar casos de que o acusado ficou trancado por muito tempo até que fosse levado à presença de um juiz, muitas vezes nem havendo a realização da audiência de custódia.

Foi com a lei anticrime que conferiu uma nova redação ao artigo 287 do Código de Processo Penal, onde inseriu a realização da audiência de custódia:

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Nesse ponto, vale uma observação, mesmo que o artigo descrito anteriormente diga que cabe se o crime for inafiançável, acho importante ressaltar que deveria ser entendido que a audiência de custódia é necessária tanto para crimes afiançáveis como

os inafiançáveis, tendo em vista que o seu objetivo da realização não altera a depender do crime cometido.

O artigo 310 do CPP, também sofreu alteração, conforme abaixo apresentado:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

[...]

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.964, de 2019). [...]

Importante ressaltar que a audiência de custódia não se limita apenas á prisões em situação de flagrância, entende-se também a outros tipos de prisões, pois os abusos podem ocorrer em qualquer forma de prisão. Outro ponto de suma importância, é que a não apresentação do preso a autoridade judicial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sem que haja uma justificativa plausível, acarretará a ilegalidade da prisão, conforme está descrito no Artigo 310, **§ 4º do CPP:**

[...] **§ 4º** Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). [...]

Acho importante pensar que mesmo após o prazo de 24 horas previsto no artigo descrito anteriormente, a realização da audiência de custódia deveria ser realizada, tendo em vista que é em favor da pessoa presa, e todos os aspectos relevantes devem ser levados ao conhecimento do juiz.

É de muita importância à realização da audiência seja de forma presencial, para melhorar a condição dos presos, humanizando e que possa ser permitido que eles tenham seus direitos garantidos, porém através de decisões do STF (Supremo Tribunal Federal) e do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), permitiram a realização de audiência de custódia por meio de videoconferência ao se tratar de Comarcas distantes uma da outra com um único juiz, ou houver perigo para a segurança, desde que sejam devidamente justificadas e dentro do prazo adequado.

4- AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA DURANTE A PANDEMIA DE COVID 19

No dia 08 de dezembro de 2019 em um hospital de Wuhan, na China foi registrado os primeiros casos da doença. Em janeiro de 2020 a OMS admitiu o grande risco de uma epidemia mundial. Países do mundo inteiro entraram em estado de alerta contra a doença e começaram a planejar estratégias de combate caso se propaga o vírus.

Foi em fevereiro de 2020 que constataram o primeiro caso de Covid 19 no Brasil, decretaram em todo o país a pandemia que abalou a todos, surgiu de forma brusca e até mesmo inesperada, uma doença completamente infecciosa causada pela Corona vírus da Síndrome Respiratória Aguda Grave, tendo como sintomas mais comuns febre, tosse seca, cansaço e em casos mais graves podem evoluir para pneumonia grave com insuficiência respiratória, septicemia, falência dos órgãos e morte.

O CNS (Conselho Nacional de Saúde), através da Recomendação nº 036, de 11 de maio de 2020, decretou distanciamento social para não propagação desenfreada do vírus, sendo um dos principais métodos difundido como forma de redução do contágio.

Recomendou também evitar todo e qualquer tipo de aglomeração, uso obrigatório de máscara quando necessário sair de casa e isolamento social de todas as pessoas que apresentarem algum tipo de suspeita de contaminação ou sintomas da doença.

Segundo o site O globo, no Brasil já passou de 477 mil mortes causadas por esse vírus, ficando atrás apenas dos Estados Unidos que são mais de 598 mil mortes, os números são alarmantes e assustadores, pessoas estão morrendo, famílias estão sofrendo, a situação financeira do país está um verdadeiro caos.

Diante do ocorrido, houve decretação por vários tribunais, de medidas que se adequassem as recomendações da ONS, para assim evitar a propagação do vírus, criando ferramentas para que as audiências fossem feitas de forma virtual, e em alguns casos até suspendendo a realização das audiências de custódia, em razão da pandemia.

4.1 ATUAÇÕES DA ADVOCACIA DURANTE A PANDEMIA – COVID – 19

Em 06 de fevereiro de 2020, foi implementado a Lei nº 13.979, que dispõe sobre as medidas adequadas para o enfrentamento da emergência decorrente da corona vírus. Com o objetivo de proteção da coletividade, a Lei decretou isolamento, separação das pessoas contaminadas, bagagens, mercadorias, restrição de atividades a fim de evitar contaminação do vírus, além disso, o uso de máscara de proteção como item obrigatório.

Com o intuito de garantir o acesso à justiça neste período emergencial, no dia 19 de março de 2020, a Resolução nº 313, dispõe sobre as medidas para enfrentamento, em uma das medidas ficou suspenso o atendimento presencial de partes, advogados e interessados, os tribunais passaram a disciplinar o trabalho remoto de magistrados, seus servidores, colaboradores para elaboração de decisões e sentenças, minutas, e atividades administrativas.

Na Justiça Criminal, ficou proibida a circulação de pessoas no interior dos Fóruns do Tocantins por tempo indeterminado, os atendimentos deveriam ser realizados de forma telepresencial, e através de plataformas, telefones de contato, o que acarretou enormes prejuízos, chegando a ser inconstitucional o fato de ficar todo esse período sem a realização de audiência de custódia. Ficou implementado período de tele trabalho, que ficou suspenso até o dia 14 de julho de 2020. Na portaria de nº 61, instituíram uma plataforma emergencial de videoconferência para que as audiências no período de isolamento fossem realizadas.

Apenas no dia 1º de junho de 2020, com a Resolução de nº 322 que estabeleceram a retomada dos serviços jurisdicionais, mantendo o atendimento virtual para os casos possíveis. As audiências de custódia foram retomadas, com os tribunais fornecendo os equipamentos de proteção para evitar a propagação do vírus, como máscaras, álcool em gel, para todos os servidores e envolvidos no ato.

As demais audiências devem ser realizadas, sempre que for possível por meio de videoconferência pelo sistema Webex/CISC, observando o artigo 18 da Resolução CNJ nº 185/2017. A realização de audiências de custódia na Resolução nº 329, Art. 19 ficou vedado à realização da audiência por meio de videoconferência, conforme artigos

287 e 310, do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ n° 213/2015. Ao ser realizado de forma presencial devem observar o distanciamento, limite de pessoas no local, com ambiente arejado, janelas e portas abertas e todos os cuidados de prevenção do Covid 19, a partir disso, os presos em flagrante voltaram a ter seu direito resguardado de ser apresentada a autoridade judicial no prazo de até 24 horas.

5- CONCLUSÃO

Assim podemos concluir que audiência de custódia desde sua implementação com a resolução 213/2015 trouxe uma nova perspectiva ao processo penal em defesa dos direitos humanos e a liberdade do preso e das ilegalidades nas prisões em flagrante.

Sendo um meio muito eficiente como é demonstrado pelo relatório realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em 2019 que afirma que 44% das audiências de custódia realizadas o acusado é colocado em liberdade com uma medida provisória diferente da prisão em estabelecimento penitenciário.

A pandemia que assolou nosso País trouxe desespero e tristeza, o número de mortes foram assustadores, no momento da realização desse trabalho já passavam de 477 mil mortes no Brasil, medidas extraordinárias tiveram que ser tomadas. Houve sim, prejuízos pelo período de não realização de audiência de custódia, o que podemos considerar um atraso a tudo que foi lutado para conseguir. Porém, repensaram e voltaram à realização presencial das audiências, tomando todos os cuidados e precauções possíveis.

E que devido o momento de pandemia não foi possível ter acesso aos dados mais recentes das audiências de custódia realizadas assim comprometendo um pouco a pesquisa, mas não minimizando a relevância do assunto presente na pesquisa.

6- REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca & ALFEN, Pablo Rodrigo, organizadores. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica** [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos, Porto Alegre: FMP, 2016.

PAIVA, Caio, Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro. 1 ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito.2015. p. 31.

BRASIL: Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Brasília: CNPJ, 2015. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso em fevereiro de 2021

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001

CARNEIRO, Maria Alice dos Santos. **O REFLEXO DA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**. Direito Penal, Data 09/05/2019: Disposto em:
<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10942/O-reflexo-da-implementacao-da-audiencia-de-custodia-no-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em fevereiro de 2021

CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em março de 2021

DAMASIO, Jesus de. **Direito Penal**. Vol.1: Parte Geral- 33 ed- São Paulo: Saraiva, 2012.

RECOMENDAÇÃO N° 036, DE 11 DE MAIO DE 2020, Disponível em:
<http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020> Acesso em junho de 2021.

<https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/coronavirus-com-recorde-de-mortes-brasil-fica-atras-apenas-dos-eua-nos-obitos-em-24-horas-24418513> Acesso em junho de 2021.

MANUAL INFORMATIVO DE ATUAÇÃO NA ADVOCACIA DURANTE A PANDEMIA COVID-19, Disponível em:
https://legado.oabto.org.br/files/download/20200605111930_manual_covid_04_05.pdf. Acesso em abril de 2021

PROVIMENTO N ° 10/2020, Disponível em: <https://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Provimento-n-10-2020-CGJCE.pdf> . Acesso em maio de 2021.

LEI N° 13.964 DE 2019, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em maio de 2021

RESOLUÇÃO N° 213 DE 2015, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf> Acesso em abril de 2021

LEI 13.979 DE 2020, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm Acesso em março de 2021

RESOLUÇÃO N° 313, DE MARÇO DE 2020, Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249> Acesso em março de 2021

PORTARIA N° 61, DE MARÇO DE 2020, Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3266> Acesso em abril de 2021

RESOLUÇÃO N° 322, DE JUNHO DE 2020, Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3333> Acesso em abril de 2021

RESOLUÇÃO N° 329, DE JULHO DE 2020, Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400> Acesso em abril de 2021

RESOLUÇÃO N° 185, DE MARÇO DE 2017, Disponível em: [https://www.trt1.jus.br/documents/21078/9877201/Resolu%C3%A7%C3%A3o+CSJT+185.2017/4623ffa8-509e-4a6d-b369-5792baf66975#:~:text=MAR%C3%87O%20DE%202017.-,RESOLU%C3%87%C3%83O%20CSJT%20N%C2%B0%20185%2C%20DE%2024%20DE%20MAR%C3%87O%20DE,Trabalho%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias](https://www.trt1.jus.br/documents/21078/9877201/Resolu%C3%A7%C3%A3o+CSJT+185.2017/4623ffa8-509e-4a6d-b369-5792baf66975#:~:text=MAR%C3%87O%20DE%202017.-,RESOLU%C3%87%C3%83O%20CSJT%20N%C2%B0%20185%2C%20DE%2024%20DE%20MAR%C3%87O%20DE,Trabalho%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.). Acesso em maio de 2021.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10652455/artigo-310-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941> Acesso em maio de 2021;

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf> Acesso em junho de 2021.

PSICOPATIA E PENA DE PRISÃO

TASSIA BENTES SALIGNAC: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus- CEULM/AM

RESUMO: A presente pesquisa é destinada não apenas à população carcerária em geral, mas também, e principalmente, aos operadores do sistema jurídico-penal. Está vinculada à Violência, como área de concentração, e à Psiquiatria e Violência, como linha de pesquisa. Nesse contexto, já num primeiro momento e de forma ampla, é conveniente esclarecer que o que se pretende pesquisar é a relação da pena privativa de liberdade com os criminosos acometidos de Transtorno de Personalidade Antissocial. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, onde reunimos livros e artigos com seus respectivos autores para que pudéssemos discutir o assunto em questão. No primeiro item será analisado o Transtorno de Personalidade Antissocial, seu conceito, os aspectos gerais, a etiologia, os critérios diagnósticos. No segundo item, serão abordadas as formas de punição possíveis no Direito Penal brasileiro, analisadas as funções da pena, e também do Direito Penal, a fim de que se possa determinar se a pena de prisão aplicadas ao acometidos de transtorno antissocial é adequada e eficaz.

Palavras-chave: Psicopatia; Pena; Prisão.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa é destinada não apenas à população carcerária em geral, mas também, e principalmente, aos operadores do sistema jurídico-penal. Está vinculada à Violência, como área de concentração, e à Psiquiatria e Violência, como linha de pesquisa. Nesse contexto, já num primeiro momento e de forma ampla, é conveniente esclarecer que o que se pretende pesquisar é a relação da pena privativa de liberdade com os criminosos acometidos de Transtorno de Personalidade Antissocial.

Em razão da necessidade decorrente da inexistência de tratamento jurídico específico para esses indivíduos é que se estabelece como objetivo geral da presente pesquisa determinar se a pena privativa de liberdade cumpre sua função, quando imposta a indivíduos acometidos de Transtorno de Personalidade Antissocial.

Ao objetivo geral, que contribui para demonstrar a necessidade de se desenvolver a presente pesquisa e aponta para um possível benefício que o estudo poderá trazer à população em geral, somam-se os objetivos específicos, que podem

ser descritos como os objetivos da pesquisa propriamente ditos, e consistem em analisar os fundamentos médicos, psicológicos e jurídicos que conferem aos indivíduos portadores de psicopatia, a condição de imputáveis, não obstante a existência de uma psicopatologia; investigar se a pena privativa de liberdade cominada a esses indivíduos é, ou não, adequada e eficaz, consideradas as suas funções e os fins a que se destina, enquanto sanção jurídico-penal; determinar quais as consequências da aplicação da pena privativa de liberdade, seja ou não eficaz, para indivíduos acometidos de transtorno antissocial.

No primeiro item será analisado o Transtorno de Personalidade Antissocial, seu conceito, os aspectos gerais, a etiologia, os critérios diagnósticos. No segundo item, serão abordadas as formas de punição possíveis no Direito Penal brasileiro, analisadas as funções da pena, e também do Direito Penal, a fim de que se possa determinar se a pena de prisão aplicadas ao acometidos de transtorno antissocial é adequada e eficaz.

2. DO TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL

A falta de consenso na área médica acerca de questões relativas aos transtornos de personalidade eleva a importância do assunto, da mesma forma que instiga a pesquisa a respeito. Isso porque os transtornos de personalidade não importam somente à Psicologia e à Medicina, mas também tem grande relevância na área jurídica, uma vez que os seus portadores são propensos à prática delitiva, sobretudo os portadores de transtorno de personalidade antissocial.

Além dessa razão justificadora do interesse das ciências jurídicas pelos transtornos de personalidade, a relevância do seu estudo para as áreas médica e psicológica é incomensurável, uma vez que os portadores apresentam grandes chances de desenvolver vários quadros psicopatológicos, incluindo episódios depressivos, transtornos de ansiedade e dependência química. Ainda, a coexistência de um quadro de transtorno da personalidade complica o tratamento e agrava o prognóstico de outros transtornos psiquiátricos (TABORDA et al, 2015), porquanto o paciente normalmente tem dificuldade em se relacionar estavelmente com o psiquiatra e em seguir a prescrição medicamentosa regularmente. A esse respeito, pode-se afirmar que:

Os TEP são atualmente considerados como anomalias do desenvolvimento psicológico que impedem a integração entre os afetos e as tendências de modo contínuo e persistente, de tal maneira que, apesar da capacidade mental poder situar-se em limites normais, os indivíduos que os apresentam evidenciam maior impulsividade ou descontrole dos impulsos, sentimentos deficitários de empatia e de consideração pelos demais,

incapacidade de sentir culpa ou remorso pelos atos danosos infligidos a outras pessoas, e para alguns transtornos, é freqüente a incursão criminal (MORAES, 2001).

Os transtornos de personalidades estão divididos em várias categorias, o que é didaticamente conveniente, mas desagrada a muitos profissionais, porquanto a categorização implica uma descontinuidade entre os diversos tipos de transtorno, bem como entre o transtorno e a normalidade, quando, na verdade, não existe um limite nítido entre uma personalidade considerada normal e outra considerada transtornada. Além disso, o indivíduo pode apresentar um quadro clínico caracterizado por um predomínio de manifestações de um determinado tipo de transtorno de personalidade, mas com a presença simultânea de características de um outro tipo (TABORDA et al, 2015).

Assim, pode-se afirmar que os transtornos específicos de personalidade estão assim divididos: transtorno paranoide da personalidade; transtorno esquizoide da personalidade; transtorno antissocial da personalidade; transtorno emocionalmente instável da personalidade (tipo impulsivo e tipo borderline); transtorno histriônico da personalidade; transtorno anancástico da personalidade; transtorno ansioso (esquivo) da personalidade; e transtorno da personalidade dependente. De todos esses, o que se analisará nesta pesquisa é o transtorno de personalidade antissocial, em razão de sua estreita relação com as ciências jurídicas e de sua relevância para a psiquiatria e psicologia jurídica, não obstante a importância de outros transtornos da personalidade para essas áreas.

2.1 CONCEITOS

Não há consenso sobre o conceito do termo transtorno. De acordo com a CID-101 (OMS, 2013), trata-se da existência de um conjunto de sintomas ou comportamentos clinicamente reconhecível associado, na maioria dos casos, a sofrimento e interferência com funções pessoais. A partir daí, pode-se considerar os transtornos de personalidade com um tipo de transtorno mental, o que também não é unânime entre médicos e psicólogos.

De acordo com Taborda, Chalub e Abdalla Filho (2015), os transtornos de personalidade não são doenças mentais, em razão de sua natureza duradoura e das constantes manifestações clínicas e comportamentais, além de representarem extremos de uma variação da personalidade que provoca um desajuste do indivíduo no meio em que ele está inserido. Ao que se vê, não se trata propriamente da incidência de um processo patológico em um determinado momento da vida do indivíduo, mas de um traço permanente, que caracteriza a personalidade e o modo de vida do sujeito.

2.2 CRITÉRIOS DIAGNÓSTICOS

A primeira descrição clínica abrangente dos portadores de transtorno de personalidade antissocial foi fornecida em 1941, por Hervey Cleckley, para quem o psicopata era um indivíduo não explicitamente psicótico, mas cuja conduta era caótica e tão pouco sintonizada com as exigências da realidade e da sociedade, que indicavam uma psicose subjacente (GABBARD, 2018). Os critérios de Cleckley para psicopatia eram os seguintes:

1. Encanto superficial e boa "inteligência"
2. Ausência de delírios e outros sinais de pensamento irracional
3. Ausência de "nervosismo" ou manifestações psiconeuróticas
4. Inconfiabilidade
5. Falsidade e falta de sinceridade
6. Falta de remorso ou vergonha
7. Conduta anti-social inadequadamente motivada
8. Fraco juízo crítico e incapacidade de aprender com a experiência
9. Egocentrismo patológico e incapacidade de amar
10. Pobreza geral nas reações afetivas importantes
11. Perda específica de insight
12. Falta de reciprocidade nas relações interpessoais em geral
13. Conduta extravagante e desagradável com, e às vezes sem, bebida
14. Raramente chega ao suicídio
15. Vida sexual impessoal, trivial e pouco integrada
16. Fracasso ao tentar seguir qualquer plano de vida (GABBARD, 2018).

Em 1968, a DSM-II alterou a nomenclatura para personalidade antissocial, e, em 1980, a DSM-III alterou consideravelmente o transtorno de personalidade antissocial, em relação à descrição original de Cleckley. De acordo com as críticas de Gabbard, o DSM-III estreitou o foco do transtorno para uma população criminoso, propensa a estar ligada a grupos com situação socioeconômica inferior, oprimidos e desfavorecidos; além de serem os critérios tão atóxicos, que ofereciam pouco mais que descrições comportamentais de atividades comumente encontradas em criminosos, o que os autores da DSM-III-R tentaram reparar acrescentando a expressão “falta de remorso” aos critérios (GABBARD, 2018).

De acordo com o DSM-IV-TR, a característica essencial do Transtorno Antissocial de Personalidade é um padrão global de desconsideração e violação dos direitos alheios, que inicia na infância ou no começo da adolescência e continua na vida adulta, conforme indicado por pelo menos três dos seguintes quesitos: falha em adaptar-se às normas legais, propensão para enganar, impulsividade, agressividade, desrespeito pela segurança própria ou alheia, irresponsabilidade vinculada ao trabalho ou finanças e ausência de remorso ou culpa (OLIVEIRA, 2012).

A CID-10, instrumento oficial de diagnóstico médico aceito mundialmente, destaca como aspectos mais comuns do Transtorno de Personalidade Antissocial a frieza emocional, imediatismo, desprezo pelas regras e normas, tendência ao uso de drogas, culpa os outros por seus atos, mentiras e tendência para enganar os outros, incapacidade para sentir culpa, dificuldade para aprender com as punições e uso de racionalizações (OMS, 2013).

3. DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Ao iniciar a leitura da obra *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault (2014), pode-se ter uma breve noção de como eram punidos os delitos na antiguidade e de como as penas eram aplicadas. As atrocidades cometidas eram tamanhas, que, contemporaneamente, é difícil conceber que efetivamente ocorriam tais barbáries com a conivência e, mais do que isso, com a aprovação dos governantes e da população. Esta última, inclusive, aclamava, pois acreditava ser o castigo aplicado, indiscutivelmente cabível e justo. No dizer de Cesare Beccaria (2014), homens dotados dos mesmos sentidos e sujeitos às mesmas paixões sentem prazer em julgar os criminosos, têm prazer em seus tormentos, dilaceram-nos com solenidade, aplicam-lhes lentas torturas e os entregam ao espetáculo de uma multidão fanática que goza com suas dores.

Na Idade Média, conforme Bitencourt (2017), Henri Sanson, o verdugo de Paris, escrevendo as suas memórias, faz a seguinte afirmação: ‘Até 1971 a lei criminal é o

código da crueldade real'. Daí se percebe, que àquela época, a finalidade do Direito Penal tendia à provocação do receio coletivo de sofrimento de uma sanção:

A noção de liberdade e respeito à individualidade humana não existia e as pessoas ficavam ao arbítrio e à mercê dos detentores do poder, que, por sua vez, debatiam-se na instabilidade reinante, típica, por outra parte, dos Estados que procuravam organizar-se institucionalmente. Não importa a pessoa do réu, sua sorte, a forma em que ficavam encarcerados. Loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças esperam, espremidos entre si em horrendos encarceramentos subterrâneos, ou em calabouços de palácios e fortalezas, o suplício e a morte (BITENCOURT, 2017).

De acordo com o entendimento dos autores da época, em especial Ferri, era imperioso analisar e considerar a personalidade do agente do delito, com base na qual o delinquente haveria de ser afastado da sociedade, necessariamente, ainda que fosse inimputável por qualquer razão.

Daí surgiu o Sistema Binário de aplicação da pena, pelo qual a regra seria a aplicação de pena ao sujeito ativo de crime, e a concomitante aplicação de medida de segurança, em se tratando de agentes de maior periculosidade, que careciam de observação, antes de retornar ao convívio social. Atualmente, o ordenamento jurídico penal brasileiro, em razão da adoção do Sistema Vicariante de aplicação da pena, veda essa dupla penalização, reservando a medida de segurança aos agentes inimputáveis.

O estado de barbárie legalizada com o qual convivia a sociedade não podia mais prosperar. Os cidadãos decidiram, então, sacrificar parte de sua inútil liberdade, para que pudessem ter segurança na fração que restasse. A soma de todas as pequenas porções de liberdade cedidas pelos cidadãos deu origem à soberania, e aquele sob cuja responsabilidade estavam tais liberdades, foi proclamado o senhor do povo, e deveria não apenas resguardá-las, mas também protegê-las. Para tanto, eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis.

Finalmente, a aplicação da pena começa a sofrer um processo de humanização, eis que passa a se considerar não somente a fria retribuição da sociedade ao mal praticado, mas as razões que eclodiram em uma determinada conduta típica, abandonando, assim, a concepção de que a imposição de penas cruéis seria um mal imperioso. Tal fato acabou por desencadear uma série de conflitos para a teoria

retribucionista, sem, entretanto, fazer com que esta perdesse forças ou fosse reavaliada por seus seguidores.

3.1 DAS ESPÉCIES DE PENA

Até chegar à classificação atual, as penas impostas aos autores de delitos eram as mais variadas e desumanas possíveis. Conforme mostra a doutrina, havia condenações à pena de galés, inclusive perpétuas; trabalhos forçados em minas, pedreiras e construções de obras públicas; pena de morte, em larga escala, variando a forma de execução, de acordo com a época e os costumes do povo: alguns forçavam o suicídio, outros atiravam o condenado às feras ou na fogueira, outros matavam aos poucos, impondo agonia espantosas, enterrando vivos os infelizes, esquartejando-os, ou atirando-os de precipícios, o que ocorria em todas as partes do mundo (PRADO, 2020). Inclusive no Brasil, conforme Feu Rosa (2020):

Aqui no Brasil mesmo, consta que Maurício de Nassau, em Recife, condenou e executou uma família que manteve contato com os portugueses – o que era terminantemente proibido pelo invasor holandês – da seguinte forma: amarrou todos em cima dum varal, em praça pública e mandou colocar brasas ardendo em cima dos corpos; as brasas foram corroendo as entranhas dos réus lentamente, durante cinco dias, até que morreram.

Ao invés das penas de morte, o condenado poderia sofrer outras penas corporais, onde tinha os olhos perfurados, as mãos ou os pés amputados, a língua cortada, eram castrados ou tinham o nariz ou as orelhas cortadas. Além dessas, aplicadas para punir crimes menos graves, existiam, também, as penas infamantes, como o pelourinho, em que o condenado permanecia amarrado no centro da praça pública, exposto aos olhares de todos; o poste da vergonha e a marca a fogo, onde carimbavam o criminoso com determinado sinal nas costas ou nas nádegas para ficar indelevelmente marcado. Havia, ainda a condenação ao exílio, à deportação e ao degredo, que importavam no afastamento temporário ou definitivo do réu, do meio social, sendo transportado, para ilhas isoladas ou para colônias penais distantes (FEU ROSA, 2020).

Tudo isso sem mencionar que a pena não ficava limitada à pessoa daquele indivíduo que cometeu o ilícito penal, sendo que toda a sua família era, no mais das vezes, atingida direta ou indiretamente pela condenação, tendo que suportar as penas infamantes, ser privada de seu patrimônio ou acompanhar o apenado, quando imposto o exílio.

Assim, na Idade Média, os soberanos do povo eram quem decidiam sobre a imposição e a aplicação das sanções criminais, o que era feito de acordo com a classe social e com o nível econômico do acusado, de maneira que algumas penas poderiam ser substituídas por prestações em metal ou espécie, restando a pena de prisão, excepcionalmente, para aqueles casos em que os crimes não tinham suficiente gravidade para sofrer condenação à morte ou a penas de mutilação (BITENCOURT, 2017).

Atualmente, o sistema jurídico-penal brasileiro prevê três espécies de pena passíveis de serem aplicadas: multa, restritiva de direito e privativa de liberdade. Esta última é a que será abordada na presente pesquisa, a fim de que se possa estabelecer conclusões acerca de sua adequação e eficácia, quando imposta a indivíduos acometidos de transtorno de personalidade antissocial, bem como as consequências dessa imposição.

3.1.1 DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Reservada, dentro do sistema penal contemporâneo, para os crimes de maior gravidade, ou, pelo menos, àqueles cuja pena imposta é mais elevada, o que, a princípio, faz pressupor que se trata de delito de maior potencial ofensivo, a pena privativa de liberdade já mereceu maiores louvores, seja no tocante à sua eficácia, seja no que concerne ao seu modo de execução.

Nem tão antiga quanto a pena de morte, nem tão recente quanto as penas restritivas de direitos, a pena privativa de liberdade teve sua origem no século XVI, generalizando-se no século XIX de tal forma que, na atualidade, constitui o núcleo central de todos os sistemas punitivos, como não poderia deixar de ser, já que em se tratando de Direito Penal, o mesmo perderia totalmente a autoridade, e não teria mesmo fundamento, se não estipulasse determinada sanção a uma conduta prevista (ZAFFARONI, 2021).

A pena privativa de liberdade imposta ao condenado como castigo não representa a realidade da época em que passou a ser aplicada, pois somente foi assim admitida em decorrência da influência do Direito Canônico, que acreditava ter a prisão o poder de expiar o réu de seu crime.

Contemporaneamente, embora venha sendo cada vez mais criticada, a pena privativa de liberdade ainda é necessária, e será até que a sociedade encontre um outro meio de sancionar os crimes, mais eficaz e menos gravoso ao condenado. De acordo com o texto do Código Penal vigente, a pena privativa de liberdade divide-se em duas modalidades: reclusão e detenção, embora sem grandes diferenciações entre ambas. O artigo 33 fixa, unicamente, que a reclusão deve ser cumprida em regime fechado,

semiaberto ou aberto, enquanto a detenção só pode ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. No que se refere à execução, não existem diferenças entre as duas espécies de pena.

Apesar de todas as transformações que sofreu, desde a antiguidade, quando era considerada uma forma de custódia para impedir a fuga do acusado, até ser considerada como uma forma de punição, passando, após, pelo processo de humanização, a pena privativa de liberdade enfrenta hoje, novamente, uma grave crise, não apenas no Brasil, mas em todos os países (FEU ROSA, 2020). Nesse sentido, Prado (2020) refere que (...) conquanto se reconheça o fracasso da pena de prisão, esta continua a ser o eixo em torno do qual gira todo o sistema penalógico somente por não se ter ainda encontrado o modo de substituí-la integralmente.

Assim, apesar das fundadas críticas que vêm sofrendo, é na pena privativa de liberdade que a população continua depositando todas as esperanças de diminuição da criminalidade e da violência. Em sua ignorância jurídica, acredita a sociedade que é através da imposição de penas cada vez mais rigorosas e longas que se atingirá os fins sociais e o bem-estar geral.

3.2 DAS FUNÇÕES DA PENA DO DIREITO PENAL

Num primeiro momento e sem que se aprofundasse o estudo do Direito Penal, poderia se dizer que a sua principal função é a proteger a sociedade da criminalidade, e, conseqüentemente, punir os responsáveis pela prática de condutas lesivas à paz social. Porém, combater o crime não é tarefa do Direito Penal, cabendo à família, à escola e à própria comunidade a responsabilidade na luta contra a violência e a criminalidade.

Assim, se faz necessário delimitar qual seria a função específica e exclusiva do Direito Penal, embora a doutrina não seja pacífica acerca do assunto. Toledo (2012) entende que o Direito Penal deve estar norteado pela ideia de retribuição justa, razão pela qual só pode ser um Direito Penal de fundo ético, considerando como objetivo fundamental da norma penal a tutela de bens, valores e interesses, para além dos quais inexistiria tutela possível, bem como norma penal.

Welzel (2017) diz que a tarefa do Direito Penal é a proteção dos elementares valores ético-sociais da ação e só por extensão a proteção de bens jurídicos, ao passo em que afirma o caráter fragmentário e limitado dessa proteção. Com outra visão, Toledo (2012) enxerga no direito penal um ordenamento de proteção e de paz para as mais essenciais relações humanas, por isso que a sua tarefa é a proteção da vida comunitária do homem, na sociedade.

Dessa forma, não obstante as divergências entre os doutrinadores, a tarefa imediata do direito penal é de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos, no que está empenhado todo o ordenamento. E aqui se percebe o caráter subsidiário do Direito Penal, porquanto a proteção penal existe somente quando a proteção de outros ramos do direito está ausente, falha ou revela-se insuficiente, ou se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresenta certa gravidade: até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*.

O que fatalmente vem ocorrendo é o abandono dessa que é a missão do Direito Penal, com a adoção de outras funções. Isso para que se permita criar cada vez mais novos tipos penais, a despeito de controlar e reprimir o aumento da criminalidade, mas simplesmente vulgarizando o Direito Penal. De acordo Zaffaroni e Pierangeli (2021), a intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivência harmônica, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança.

3.2.1 RETRIBUIÇÃO

A transformação pela qual passou o Estado, com o surgimento do mercantilismo, deixando de ser absoluto e impondo uma revisão na concepção de Estado, fez surgir o Estado burguês, tendo como base a teoria do contrato social. O Estado, então, passou a ser expressão soberana do povo, em razão do quê a pena passa a ser concebida como retribuição à perturbação da ordem adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida (BITENCOURT, 2017), conforme propõe a expressão encontrada em todos os livros de direito penal: ao mal do crime, o mal da pena (*punitur cuia peccatum est*) (PAGANELLA, 2020).

No direito contemporâneo, a retribuição como função da pena é inconcebível, por remeter justamente ao período da vingança e do Talião. Não se pode considerar lícito que a liberdade e os direitos daquele que delinuiu sejam cerceados a título de retribuição pura e simples a uma determinada conduta. Isso porque, aceitar a retribuição do mal com o mal implica “legitimação” da vingança pelo Estado, dispensando-se o ofendido de manchar ele próprio as mãos com o sangue da vítima (PAGANELLA, 2020).

Dessa forma, Paganella Boschi (2020) entende que a concepção da pena como retribuição sem limites atende muito bem aos interesses dos regimes totalitários, porque permite ao legislador que criminalize as condutas que bem entender, arredando o interesse na discussão sobre o conteúdo ético que relaciona os

fundamentos e os limites do direito de punir. Por tais razões é que se pode afirmar que caráter retributivo da pena não encontra respaldo em nenhum Estado de Direito democrático contemporâneo, justamente por ser desprovido de qualquer senso moral e de justiça. Se admitido, implica necessariamente em retroceder na luta pela humanização das penas e do seu modo de execução.

3.2.2 RESSOCIALIZAÇÃO

Foi entre teorias clássicas, positivas e críticas, com ideias defendidas por Kant, Carrara, Garofalo e Carnevale, e tendências alternativas que surgiu a Escola Correcionalista, liderada por Roeder. Para os correcionalistas, a suprema finalidade da pena era a readaptação social do criminoso, sua regeneração, sua recuperação física e moral e a sua reabilitação para o trabalho, devolvendo aos agentes de delitos a possibilidade de produzir e ser útil (FEU ROSA, 2020). A ideia central era a de devolver ao criminoso a esperança de poder prosseguir convivendo com seus pares, harmoniosamente, após ter se arrependido da conduta ilícita que praticou e, mais do que isso, estar recuperado das tendências criminógenas que o impulsionaram, quando da comissão do delito.

Para essa teoria, o delinquente é visto como um ser incapaz para o Direito e a pena como um meio para o bem, isto é, o criminoso é um ser limitado por uma anomalia de vontade, sendo que o delito é o seu sintoma mais evidente e a pena um bem (PRADO, 2020). Feu Rosa (2020) afirma que o criminoso, muitas vezes, era o resultado de doenças sociais, produto de péssimas condições econômicas e educacionais, reflexo da vida no submundo das favelas povoadas de marginais da pior espécie, fruto do ambiente familiar e da maldita herança de doenças hereditárias e degenerativas.

Com o passar do tempo, embora existisse uma aceitação de que as penas só se justificam por estarem orientadas por finalidades construtivas, integradoras e de recuperação do criminoso para o retorno ao convívio social, o termo ressocialização passou a ser entendido de diferentes formas, de acordo com os fins das ideologias de cada um (PAGANELLA, 2020). Dessa forma, apesar de ter sido, de início, largamente aceita nos círculos jurídicos, não demorou muito para se perceber que a ressocialização como função da pena, fracassaria, necessariamente, já que é flagrante o contra censo existente no fato de se querer readaptar um indivíduo à sociedade, segregando-o e isolando-o dessa mesma sociedade.

Por tais razões, assim como a função retributiva, a função ressocializadora da pena acabou por se mostrar ineficaz e inadequada, justamente por estar dissociada e contrariar valores e teorias inerentes a princípios basilares do Direito Penal. Tobias

Barreto⁸⁵, em 1892, deixava no ar a seguinte questão: a sociedade e o Estado, escondendo os criminosos atrás dos muros de suas instituições totais, estariam imbuídos do efetivo propósito de corrigi-los e de torná-los melhores?

Nesse contexto, há que se mencionar que o ideal ressocializador também fracassou. Assim, prosseguem os doutrinadores, procurando encontrar fundamentos para o jus puniendi, já que a pretensão punitiva do Estado aos agentes de condutas típicas, pelo que se depreende da evolução histórica do Direito Penal e das penas, não deixará de existir, ainda que novas transformações ocorram, modificando as atuais espécies de penas e seu modo de execução.

4 CONCLUSÃO

Depois do estudo do transtorno de personalidade antissocial e da pena de prisão, pode-se afirmar que ambos são elementos que se sobrepõem na teoria e na prática tanto psiquiátrica, quanto psicológica e jurídica. O indivíduo acometido de transtorno de personalidade antissocial apresenta graves desajustamentos nas relações sociais, com frequente prática de atos violentos e atividade criminosa, com altos índices de reincidência, o que justifica a relação desse transtorno com o mundo jurídico-penal. Por tais razões, o diagnóstico correto dessa psicopatologia é de fundamental importância, bem como a aplicação de um tratamento harmônico, tanto na esfera médica-psicológica, quanto jurídica.

Embora o transtorno antissocial não possa ser considerado uma doença mental, mas sim uma anomalia de desenvolvimento, conforme se concluiu, as características desta anomalia indicam que se a aplicação de medida de segurança não é recomendável ao criminoso, a pena de prisão também não é adequada, nem eficaz. Vale lembrar que, no ordenamento jurídico atual, esses sujeitos não são considerados nem imputáveis, nem inimputáveis, mas semi imputáveis. Na prática, isso representa uma redução na pena a ser aplicada, em até dois terços (parágrafo único do artigo 26 do Código Penal), e o cumprimento da mesma em estabelecimento prisional comum.

5. REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 47.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 08.

FEU ROSA, Antônio José Miguel. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 408.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Petrópolis: Vozes, 2014, 262 p.

GABBARD, GLEN O. Psiquiatria psicodinâmica: baseado no DSM-IV. 2. ed., Porto Alegre: Artes Médicas, 2018.

MORAES, Talvane de. Org. Ética e Psiquiatria Forense. Rio de Janeiro: IPUB-CUCA, 2001. p. 107.

OLIVEIRA, Otávio de Passos. Loucura moral: os parcialmente imputáveis. In: CORONEL, Luis Carlos I.; BARROS, Carlos A. S. M. de. Psiquiatria legal para o leigo. Porto Alegre: Conceito, 2012. p. 106-110.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10. Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. Porto Alegre: Artes Médicas, 2013

PAGANELLA BOSCHI, José Antônio. Das penas e seus critérios de aplicação. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 105.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 295

TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA FILHO, Elias. Psiquiatria forense. 3ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2015, p. 281.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 06.

WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 14. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

AS NORMAS REGULAMENTADORAS NO DIREITO DO TRABALHO: NR-10, APLICAÇÃO E SUAS ALTERAÇÕES

MANUEL GOMES ANDRADE JUNIOR:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus, Aelbra Educação Superior – Graduação e Pós-Graduação S.A

FRANCISCO AFONSO DOS SANTOS JÚNIOR²⁰

RESUMO: O estudo abordou as regras que tratam do tema saúde e segurança no trabalho com serviços em eletricidade e seu entorno. Enfatizou a importância, a contribuição dos três poderes na solução do problema, envolvendo atores e sociedade, incluindo o aprimoramento e até inovação dos processos industriais no sentido de melhores condições com um ambiente de trabalho seguro. Propõe-se a avaliar um breve histórico de concepção das Normas Regulamentadoras (NR), atualmente vinculadas ao Ministério da Economia e Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, tendo como concentração entender a (NR-10), neste Direito. Realizou-se pesquisa bibliográfica, considerando além das contribuições dos autores, a evolução de leis, Súmulas e edições de normas específicas para o Direito do Trabalho. Observou-se o papel da sociedade nesse processo, pois através do Sistema Tripartite Paritário formado por representantes do governo, trabalhadores e empregadores que demonstrou ser possível evoluir com a inovação e criação de normas conexas. Concluiu-se que o processo de edição, modificação, tratar-se de uma combinação de fatores, envolvendo a sociedade de maneira geral, política e jurídica.

Palavras-chave: segurança, saúde, eletricidade, (NR-10), periculosidade.

ABSTRACT: The study addressed the rules that address the issue of health and safety at work with electricity services and their surroundings. He emphasized the importance, the contribution of the three powers in solving the problem, involving actors and society, including the improvement and even innovation of industrial processes towards better conditions with a safe working environment. It is proposed to evaluate a brief history of the conception of the Regulatory Norms (NR), currently linked to the Ministry of Economy and the Special Secretariat for Welfare and Labor, with a focus on understanding the (NR-10), in this Law. A bibliographical research was carried out, considering, in addition to the authors' contributions, the evolution of laws, summaries

²⁰ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva, CNP, Brasil. Possui Especialização em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA, Brasil.

and editions of specific norms for Labor Law. The role of society in this process was observed, as through the Tripartite Parity System formed by government representatives, workers and employers, it proved to be possible to evolve with innovation and the creation of related norms. It was concluded that the editing and modification process is a combination of factors, involving society in general, politically and legally.

Keywords: safety, health, electricity, (NR-10), dangerousness premium

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Breve histórico sobre os direitos dos trabalhadores e as normas; 2. As normas regulamentadoras amparo legal; 3. A importância da nr-10. O que os dados revelam? 4. Nr-10, conformidade com a segurança no trabalho e compensações; 5. Nr-10 e suas alterações; 6. Conclusão; 7. Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa aborda sobre as Normas Regulamentadoras – (NR), busca informações se há demonstração de preocupação dos legisladores ou requisição da sociedade para o aprimoramento dos processos e melhores condições de trabalho, no sentido de evitar doenças ocupacionais ou até mesmo acidentes fatais. A pesquisa foi baseada no histórico da criação das normas conexas ao tema, concentrado na (NR-10), que trata da segurança em instalações e serviços em eletricidade. Conhecer os direitos e deveres individuais e coletivos dos trabalhadores e dos empregadores nestas atividades é de fundamental importância para ingressar no âmbito trabalhista e perícia judicial. É observar se o direito evolui com a rapidez e dinâmica com que a sociedade se molda.

Diante desse contexto, pretendeu-se compreender as normas específicas que podem definir o resultado final de uma reclamatória trabalhista. De fato, um contrato de trabalho não envolve somente o dispositivo em si, mas fatores que podem comprometer a empresa e até mesmo o trabalhador, quando o expõe a risco de acidente. Como exemplo, um trabalhador contratado para laborar como eletricista, mas fica nervoso ao subir em escadas, pois tem medo de altura. Estes e outros fatores a serem pesquisados nos remetem à hipótese de que deve haver uma equipe multidisciplinar nas avaliações de interesse das partes, empregado e empregador para protegê-los. Dessa forma, aprovados os aptos aos trabalhos nos quais há a efetiva capacidade técnica, física, mental, em gozo de boa saúde para a função pretendida. Basicamente, o estudo foi direcionado a responder os seguintes questionamentos: a) Por que de fato surgiram as Normas Regulamentadoras e qual a relação com o Direito do trabalho? b) Qual o amparo legal para essas normas? c) Qual a importância dessa

norma NR-10? d) Quais os benefícios trazidos aos empregados e empregadores? e) Como são feitas as alterações na NR-10 e quem precisa aprová-las?

Os empregadores concomitantemente aos empregados têm o dever de zelar pela segurança do trabalho. Portanto, informando-se sobre as normas não deve resultar em prejuízos graves a estes atores, observando com mais ênfase a proteção nos serviços em eletricidade. Pretende-se realizar pesquisas na forma bibliográfica para esclarecer a motivação, evolução, modificação e utilização das (NR), especificamente a (NR-10) no Direito do Trabalho como proteção dos direitos básicos do trabalhador, incluídos nos direitos fundamentais da teoria do mínimo existencial.

1.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS DOS TRABALHADORES E AS NORMAS

A Revolução Industrial (1760 a 1840), não foi o marco na história sobre o tema de saúde e segurança do trabalho. Mas foi nesse período em que se alterou o cenário dos locais de trabalho e gerou novos e graves problemas com a produção em série, uma vez que expôs a fragilidade do homem frente à competição desleal com as máquinas (OLIVEIRA, 2011, p. 56). Estas alterações demonstram ter motivado as disparadas das disputas sobre inovações, processos mais rápidos, produção em massa, porém não muito preocupados com a segurança dos trabalhadores, pelo que é confirmado da história. Com a invenção da máquina a vapor, implantação precária de indústrias em galpões, início da linha de montagem e produção, os valores da segurança e saúde ocupacional foram deixados em segundo plano e trabalhadores eram submetidos a jornadas desgastantes sem descanso, com baixos salários e condições ambientes em baixa qualidade (PEREIRA, 2005, p. 15).

Não havia a satisfação dos direitos fundamentais mínimos aqueles grupos, confrontando o que trata a teoria do mínimo existencial. A submissão a um ambiente e em condições degradantes era uma violência contra a dignidade humana, comparando ao cenário atual.

Com o surgimento do Código Civil, aprovado pela Lei n. 3.070 de 1º de janeiro de 1916, mais tarde apontadas correções pela Lei 3.725 de 15 de janeiro de 1919, foi criado o dispositivo legal sobre **locação de serviços**, que foi o antecedente do contrato de trabalho da legislação posterior (PASSIBOM, 2001, p. 19, grifo nosso). Esse contrato ainda não significava garantia com relação à integridade em aspecto amplo do trabalhador.

Alguma importância começou a ser criada somente após a contribuição do Decreto Legislativo n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, com a chamada (Lei Elói Chaves), determinando a criação de Caixa de Aposentadoria e Pensões (PEREIRA, 2005, p. 18).

Ficou conhecida como a **primeira lei da previdência**⁽²¹⁾, de 1923, permitia a aposentadoria aos 50 anos (grifo nosso). Mas essa medida relevante tão somente tratava de questão social à Teoria mínima existencial, ainda faltava melhoria no ambiente de trabalho para evitar acidentes e cobrar mais medidas de segurança dos empregadores e treinamento aos trabalhadores.

Nesse ínterim, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT foi sancionada pelo presidente Getúlio Vargas, em 1º de maio de 1943, tornou única a legislação existente e dois anos antes, em 1.941, criou a então Justiça do Trabalho, na época, no estado do Rio de Janeiro.

Quando a CLT passou a vigorarem 1943, ainda não havia legislação especial para controle e fiscalização das condições a que o trabalhador era submetido. O que havia na prática, nos antigos costumes era o homem quem deveria adaptar-se às necessidades do trabalho e não este ser favorável aquele. A referência na identificação desta etapa ocorreu no ano de 1.957, foi quando um comitê misto da OIT/OMS⁽²²⁾ estabeleceu a definição dos objetivos da saúde ocupacional (OLIVEIRA, 2011, p. 63):

“A Saúde Ocupacional tem como finalidade incentivar e manter o mais elevado nível de bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores em todas as profissões; prevenir todo prejuízo causado à saúde destes pelas condições de seu trabalho; protegê-los em seu serviço contra os riscos resultantes da presença de agentes nocivos à saúde; colocar e manter um trabalhador em um emprego que convenha às suas aptidões fisiológicas e psicológicas e, resumo, adaptar o trabalho ao homem e cada homem ao seu trabalho”.⁽²³⁾

Uma das possíveis soluções que observamos na história, foi a de criar fundos para compensação financeira aos trabalhadores, sendo uma obrigação individual. A Constituição Federal de 1967 fez por estatizar um Seguro contra Acidentes do Trabalho - SAT, transferindo o risco que era individual para sociedade (PEREIRA, 2005, p. 18). Logo, esta passou ser mantenedora financeira dos trabalhadores a título de

(21) Senado Federal. Notícias. Primeira lei da previdência, de 1923, permitia aposentadoria aos 50 anos. Dados obtidos do site <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/primeira-lei-da-previdencia-de-1923-permitia-aposentadoria-aos-50-anos>>. Acesso em 18 de nov. de 2020.

(22) OIT - Organização Internacional do Trabalho e OMS - Organização Mundial de Saúde

(23) OLIVEIRA, 2011, p. 63, *apud* NOGUEIRA, Diogo Pupo. Incorporação da saúde ocupacional à rede primária de saúde. *In*: FISCHER, Frida M.; GOMES, Jorge da Rocha e COLACIOPPO, Sérgio (org.). Tópicos de saúde do trabalho. São Paulo: Hucitec, 1989. p. 223.

aposentadoria. As modificações continuaram ocorrendo no sentido de pressionar mais o empregador quanto ao cumprimento dos poucos regulamentos existentes. Em 15 de março de 1965, foi editado um Decreto n. 55.841, com finalidade descrever poderes como o de fiscalizar as empresas quanto ao cumprimento dos dispositivos legais e regulamentares, conforme texto:

Art. 1º O sistema federal de inspeção do trabalho, a cargo do Ministério do Trabalho e Previdência Social, sob a supervisão do Ministro de Estado, tem por finalidade assegurar, em todo o território nacional, a aplicação das disposições legais e regulamentares, incluindo as convenções, internacionais ratificadas, dos atos e decisões das autoridades competentes e das convenções coletivas de trabalho, no que concerne à duração e às condições de trabalho bem como à proteção dos trabalhadores no exercício da profissão⁽²⁴⁾

Em seguida, com a edição da Lei n. 6.514 de 22 de dezembro de 1977, deu nova redação à CLT no Capítulo V do Título II, a Segurança e Medicina no Trabalho, legislação que foi regulamentada pela Portaria Ministerial n. 3.214 de 8 de julho de 1978, na qual aprovou as Normas Regulamentadoras – NR (PEREIRA, 2005, p. 18).

Para chegar à edição de uma NR foi preciso montar um Sistema multidisciplinar envolvendo os interessados:

A Portaria n. 1.127, de 02 de outubro de 2003, discorre que as NRs pertinentes à segurança e medicina do trabalho deverão ser elaboradas por meio de um princípio básico, o Sistema Tripartite Paritário, formado por representantes do governo, trabalhadores e empregadores, levando em consideração as etapas, como a definição de temas; elaboração de texto técnico básico; publicação de texto técnico básico no DOU; instalação do Grupo de Trabalho Tripartite - GTT - e aprovação e publicação no DOU (BEVILACQUA et al, 2019, p. 266).

Foi a partir dessa égide que as primeiras normas tiveram forma, mas somente contemplava dispositivos até a NR-28. Desta forma, na sequência de suas edições, desde 1978, registra-se até a presente data em que este trabalho está sendo elaborado somam 37 NR(s), com a NR-02 e NR-27 Revogadas, conforme quadro 1, com a lista

⁽²⁴⁾ Câmara dos Deputados. Decreto Lei n. 55.841, de 15 de março de 1965. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-55841-15-marco-1965-396342-publicacaooriginal-1-pe.html>>, acesso em 18 de nov. de 2020.

completa, contendo a enumeração, descrição, situação atual da norma e datas de suas modificações:

Quadro 1 – Lista de Normas Regulamentadoras – NR(s)

Norma	Descrição	Situação atual	Última modificação
NR-01	Disposições gerais	Texto vigente	Portaria SEPRT 915, de 30/07/2019.
NR-01	Disposições gerais e gerenciamento de riscos ocupacionais	Novo texto	Início de vigência - 1 (um) ano a partir da publicação da Portaria SEPRT nº 6.730, de 9 de março de 2020.
NR-02	Inspeção prévia	Revogada	Revogada pela portaria SEPRT n.º 915, de 30 de julho de 2019, publicada no DOU de 31/07/2019.
NR-03	Embargo ou interdição	Texto vigente	Portaria SEPRT 1069, de 23/09/2019.
NR-04	Serviços especializados em engenharia de segurança e em medicina do trabalho	Texto vigente	Portaria MTPS 510, de 29/04/2016.
NR-05	Comissão interna de prevenção de acidentes	Texto vigente	Portaria SEPRT 915, de 30/07/2019.

NR-06	Equipamento de Proteção Individual – EPI	Texto vigente	Portaria MTb 877, de 24/10/2018.
NR-07	Programa de controle médico de saúde ocupacional	Texto vigente	Portaria MTb 1031, de 06/12/2018.
NR-07	Programa de controle médico e saúde ocupacional – PCMSO	Novo texto	Início de vigência - 1 (um) ano a partir da publicação da Portaria SEPRT nº 6.734, de 9 de março de 2020.
NR-08	Edificações	Texto vigente	Portaria SIT 222, de 06/05/2011.
NR-09	Programa de prevenção de riscos ambientais	Texto vigente	Portarias SEPRT n.º 1.358 e 1.359, de 09 de dezembro de 2019.
NR-09	Avaliação e controle das exposições ocupacionais a agentes físicos, químicos e biológicos	Novo texto	Início de vigência - 1 (um) ano a partir da publicação da Portaria SEPRT nº 6.735, de 10 de março de 2020.
NR-10	Segurança em instalações e serviços em eletricidade	Texto vigente	Portaria SEPRT 915, de 30/07/2019.
NR-11	Transporte, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais	Texto vigente	Portaria MTPS 505, de 29/04/2016.

NR-12	Segurança no trabalho em máquinas e equipamentos	Texto vigente	Portaria SEPRT 916, de 30/07/2019.
NR-13	Caldeiras, vasos de pressão e tubulações e tanques metálicos de armazenamento	Texto vigente	Portaria SEPRT 915, de 30/07/2019.
NR-14	Fornos	Texto vigente	Portaria SSMT 12, de 06/06/1983.
NR-15	Atividades e operações insalubres	Texto vigente	Portaria SEPRT n.º 1.359, de 09 de dezembro de 2019.
NR-16	Atividades e operações perigosas	Texto vigente	Portaria SEPRT n.º 1.357, de 09 de dezembro de 2019.
NR-17	Ergonomia	Texto vigente	Portaria 876, de 24/10/2018.
NR-18	Condições e meio ambiente de trabalho na indústria da construção	Texto vigente	Portaria MTb n.º 261, de 18 de abril de 2018.
NR-18	Segurança e saúde no trabalho na indústria da construção	Novo texto	Início de vigência - 1 (um) ano a partir da publicação da Portaria SEPRT n.º 3.733, de 10 de fevereiro de 2020.
NR-19	Explosivos	Texto vigente	Portaria 228, de 24/05/2011.

NR-20	Segurança e saúde no trabalho com inflamáveis e combustíveis	Texto vigente	Portaria SEPRT n.º 1.360, de 09 de dezembro de 2019.
NR-21	Trabalhos a céu aberto	Texto vigente	Portaria GM 2037, de 15/12/1999.
NR-22	Segurança e saúde ocupacional na mineração	Texto vigente	Portaria MTb 1085, de 18/12/2018.
NR-23	Proteção contra incêndios	Texto vigente	Portaria SIT 221, de 06/05/2011.
NR-24	Condições sanitárias e de conforto nos locais de trabalho	Texto vigente	Portaria 1.066, de 23/09/2019 do Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho.
NR-25	Resíduos industriais	Texto vigente	Portaria SIT 253, de 04/08/2011.
NR-26	Sinalização de segurança	Texto vigente	Portaria MTE 704, de 28/05/2015.
NR-27	Registro profissional do técnico de segurança do trabalho	Revogada	Revogada pela Portaria n.º 262, de 29 de maio de 2008, publicada no DOU de 30/05/2008
NR-28	Fiscalização e penalidades	Texto vigente	Portaria SEPRT n.º 9.384, de 06 de abril de 2020.

NR-29	Norma regulamentadora de segurança e saúde no trabalho portuário	Texto vigente	Portaria MTE 1080, de 16/07/2014.
NR-30	Segurança e saúde no trabalho aquaviário	Texto vigente	Portaria MTE 1186, de 20/12/2018.
NR-31	Segurança e saúde no trabalho na agricultura, pecuária silvicultura, exploração florestal e aquicultura	Texto vigente	Portaria MTE 1086, de 18/12/2018.
NR-32	Segurança e saúde no trabalho em serviços de saúde	Texto vigente	Portaria SEPRT 915, de 30/07/2019.
NR-33	Segurança e saúde nos trabalhos em espaços confinados	Texto vigente	Portaria SEPRT 915, de 30/07/2019.
NR-34	Condições e meio ambiente de trabalho na indústria da construção, reparação e desmonte naval	Texto vigente	Portaria SEPRT 915, de 30/07/2019.
NR-35	Trabalho em altura	Texto vigente	Portaria SEPRT 915, de 30/07/2019.
NR-36	Segurança e saúde no trabalho em empresas de abate e	Texto vigente	Portaria MTb 1087, de 18/12/2018.

	processamento de carnes e derivados		
NR-37	Segurança e saúde em plataformas de petróleo	Texto vigente	Portaria SEPRT n.º 1.412, de 17 de dezembro de 2019.

Fonte: Adaptado de (BRASIL, 2019)

As Normas Regulamentadoras ou NR, já descritas no Quadro 1, são um conjunto de disposições e procedimentos técnicos, relacionados à segurança e à saúde do trabalhador em determinada atividade, função ou área de atuação, editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE (BEVILACQUA, 2019, p. 266). Atualmente, essa Pasta é vinculada ao Ministério da Economia, chamado de Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, atribuição conforme leciona os incisos I e II, alíneas "b e f", do art. 71 do Anexo I, do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019.

2. AS NORMAS REGULAMENTADORAS AMPARO LEGAL

Em síntese histórica sobre as NR é possível aferir que estas foram aprovadas dez anos antes da CF/88. Demonstrado com a edição da Lei n. 6.514 de 22 de dezembro de 1977, que deu nova redação à CLT no Capítulo V do Título II, a Segurança e Medicina no Trabalho e regulamentada pela Portaria Ministerial n. 3.214 de 8 de julho de 1978, com a aprovação das Normas Regulamentadoras (PEREIRA, 2005, p. 18).

Com a promulgação da CF/88, foi recepcionada a proteção aos trabalhadores com a confirmação das normas referentes ao direito do ambiente de trabalho seguro. O art. 7º, da CF/88, enumera como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, os incisos: XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, **por meio de normas de saúde, higiene e segurança;** XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O dispositivo do inciso XXII, art. 7º, da CF/88, foi a confirmação para a existência de normas que regulamentassem a relação de trabalho, bem como a fiscalização pelo Estado.

O amparo é amplo principalmente ao envolver o meio ambiente de trabalho. Pois a nossa Constituição atual contempla previsão em um capítulo específico sobre a proteção do meio ambiente que é o art. 225, CF/88, considerado um dos fatores fundamentais à garantia da saúde, quiçá o mais importante, porque nele preconizando que no meio ambiente geral está compreendido o meio ambiente do trabalho, segundo (SILVA, 2007, p. 126).

A CLT recebeu alteração dada pela Lei n. 6.514 de 22 de dezembro de 1977, com a Seção IX, Das Instalações Elétricas, fez por modificar três artigos 179, 180 e 181, sendo que este último preconiza o conhecimento básico do trabalhador eletricitário em primeiros socorros. Esta mesma lei também deu nova redação ao art. 200 da CLT, dando poderes ao Ministério do Trabalho para estabelecer dispositivos complementares, estando entre eles as NR(s), para a proteção dos trabalhadores e no artigo 201 as penalidades de multa em caso de descumprimento que são maiores quando se tratar de segurança do trabalho.

3. A IMPORTÂNCIA DA NR-10. O QUE OS DADOS REVELAM?

É principalmente importante à saúde, para autores como SILVA (2007, p. 109), "A saúde do trabalhador é um direito humano, um valor fundamental do sistema jurídico, alicerçado no princípio ontológico da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um bem jurídico que compõe o catálogo das necessidades básicas do ser humano, na teoria do mínimo existencial." Ele também fala que "como um direito essencial, deve a saúde ser entendida como o mais completo bem-estar físico-funcional da pessoa, em seus aspectos negativo e positivo. São dois os aspectos essenciais, de acordo com Silva: o de abstenção e o de prestação, com as medidas de prevenção estipuladas pelas normas. A NR-10 refere-se às atividades não somente dos eletricitários, mas dos serviços em seu entorno, objetiva sua aplicação entre outros, na operação, manutenção das instalações elétricas e quaisquer trabalhos realizados nas proximidades de uma área que haja risco choque-elétrico, conforme item da norma, item 10.1.2. (BRASIL, 2019).

Dados da Abracopel de 2020, com ano base 2019, revelam que naquele ano foram 697 acidentes fatais envolvendo eletricidade. As informações apontam o número de mortes por região do país, nesta ordem: Centro Oeste 73, Norte 86, Sul 109, Sudeste 142 e Nordeste 287 mortos.

De acordo com a pesquisa, em 2018, São Paulo ficou na primeira posição e o estado da Bahia em segundo lugar, mas que em 2019 os dois estados mudaram de

posição novamente em um ranking por acidentes fatais envolvendo eletricidade no Brasil. (ABRACOPEL, 2020, p. 28).

Registrou-se que do total de 697 mortes relacionados a acidentes envolvendo eletricidade, não necessariamente no ambiente de trabalho, em informações gerais. Mas é importante destacar que deste total mortos, 325, ou seja, cerca de 47%, possuíam idades entre 21 e 40 anos (ABRACOPEL, 2020, p. 29).

Evidencia que demonstra falta de observância com os cuidados básicos envolvendo os riscos elétricos, essa falta grave, prejudica toda a sociedade, afeta a coletividade, a família principalmente.

4. NR-10, CONFORMIDADE COM A SEGURANÇA NO TRABALHO E COMPENSAÇÕES

Inicialmente, é importante destacar que a NR-10 só é aplicada onde as instalações elétricas são alimentadas por níveis de tensão acima da extra-baixa tensão. Na definição, extra-baixa tensão em corrente contínua, as normalmente encontradas em baterias, é de 120 Volts DC, Para corrente alternada acima de 50 V AC, item da norma 10.14.6 (BRASIL, 2019).

O trabalhador está em conformidade com a NR-10, desde que este tenha participado: 1. Curso básico - Segurança em Instalações com Eletricidade, para trabalhadores autorizados, carga horária mínima de 40h, vinculado a uma programação mínima; 2. Curso complementar – Segurança em Sistema Elétrico de Potencia – SEP, com carga horária mínima de 40h e também com uma programação mínima, ambas constante do ANEXO III, da NR-10 (BRASIL, 2019).

Além dos dois cursos obrigatórios, a norma prevê um treinamento de reciclagem bienal e sempre que ocorre: a) troca de função ou mudança de empresa; b) retorno de afastamento ao trabalho ou inatividade, por período superior a três meses e; modificações significativas nas instalações elétricas ou troca de método, processo e organização do trabalho. Sedo que a carga horária depende do item alterado das alíneas "a", "b", e "c", itens da norma 10.8.8.2 e 10.8.8.3 (BRASIL, 2019).

Já foi destacado que no art. 181, da CLT, da importância de o trabalhador que está autorizado NR-10 conhecer técnicas básicas de primeiros socorros. Pois cabe também aos trabalhadores zelar pela saúde de outras pessoas que podem ser envolvidas no trabalho; responsabilizar-se perante a empresa pelos cumprimentos das disposições legais, regulamentos e normas internas de segurança da empresa; comunicar imediatamente ao responsável técnico sobre uma situação de risco para sua saúde e de outras pessoas, item da norma 10.13.4 (BRASIL, 2019).

A responsabilidade da empresa nesse processo é principalmente fornecer boas condições de trabalho, manter documentações atualizadas, os colaboradores informados sobre os riscos a que estão expostos, inclusive, impõe que estes sejam instruídos quanto aos procedimentos e medidas de controle contra os riscos elétricos adotados. Na ocorrência de um acidente o empregador deve propor medidas preventivas e corretivas para evitá-los.

A CLT traz previsão sobre atividade que por sua natureza, método de trabalho, implica em risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador, como: inflamáveis, explosivos ou energia elétrica, art. 193, da CLT (BRASIL, 2012). Ou seja, eletricitários têm direito a adicional de periculosidade 30%, à luz do § 1º do art. 193 da CLT e também conforme já pacificado pela Súmula n. 191, do TST:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO (cancelada a parte final da antiga redação e inseridos os itens II e III) - Res. 214/2016, DEJT divulgado em 30.11.2016 e 01 e 02.12.2016

I – O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais.

II – O adicional de periculosidade do empregado eletricitário, contratado sob a égide da Lei nº 7.369/1985, deve ser calculado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial. Não é válida norma coletiva mediante a qual se determina a incidência do referido adicional sobre o salário básico.

III - A alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei nº 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência, de modo que, nesse caso, o cálculo será realizado exclusivamente sobre o salário básico, conforme determina o § 1º do art. 193 da CLT (BRASIL, 2016, Súmula. n. 191)

Vale destacar que conforme determina o § 1º do art. 193 da CLT, com a alteração promovida pela Lei nº 12.740/2012, esta não deve afetar os trabalhadores que percebiam vantagens antes da *vacatio legis* desta, justamente para garantir a segurança jurídica, que a lei não vai retroagir para suprimir direito adquirido, constante na parte III.

Em casos de dúvidas, para o trabalhador ter ou não o direito, o comando legal oferecido pela CLT, exige prova pericial anterior por engenheiro ou médico do trabalho, de acordo com o disposto no art. 195 da CLT.

Referente ao adicional de periculosidade é importante saber a exposição ao agente que o motiva, ou seja, essa exposição pode ser eventual, permanente e intermitente, sob a égide da Súmula 364, dispõe:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (inserido o item II) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

I - Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003)

II - Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, §1º, da CLT). (BRASIL, 2016, Súmula. n. 364)

A compensação de 30% como adicional de periculosidade não elimina o risco a saúde do trabalhador, mas é importante ser destacada, pois o motivo destas Súmulas já é indícios de *fumus boni iuris* no ambiente de trabalho.

5. NR-10 E SUAS ALTERAÇÕES

Assim como qualquer norma, a NR-10 está passando por processo de modernização, inclusive, ano de 2020, no sítio da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, vinculada ao Ministério da Economia, teve histórico de que promoveu consulta pública para a participação da sociedade a sugerir modificações de melhorias a NR-10. Ficou aberto prazo entre 09 de janeiro a 09 de fevereiro, na presente data, não se tem definição por ter sido ano atípico, afetado pela pandemia do vírus *Sars-CoV-2*.

As alterações mais recentes da NR-10 foram feitas através da Portaria n.º 915, de 30 de julho de 2019, passando a vigorar este ano de 2020. Com as mudanças foram três Dispositivos Revogados, como segue:

10.13.1. Estabelecia - as responsabilidades quanto ao cumprimento desta NR são solidárias aos contratantes e contratados envolvidos;

10.14.1. Chamado direito de recusa. Os trabalhadores devem interromper suas tarefas exercendo o direito de recusa, sempre que constatarem evidências de riscos graves e iminentes para sua segurança e saúde ou a de outras pessoas, comunicando imediatamente o fato a seu superior hierárquico, que diligenciará as medidas cabíveis;

10.14.5 A documentação prevista nesta NR deve estar, permanentemente, à disposição das autoridades competentes (BRASIL, 2019).

A motivação para os itens revogados de nada afeta nos direitos e deveres, pois todos estes dispositivos encontram-se propostos na NR-01.

6. CONCLUSÃO

Os breves fatos históricos revelaram que era dos operários a responsabilidade de laborar adaptando-se às máquinas e não estas para com aqueles, sem regras explícitas sobre segurança, não sendo diferente com serviços em eletricidade. As leis e normas que versam sobre o tema atualmente, incluindo a NR-10, vieram a suprimir essa lacuna de dispositivos legais que antes não se tinha definição de responsabilidade ora o Estado, o trabalhador e até sociedade, onde esta última era responsável por arcar com um seguro para que os trabalhadores pudessem se aposentar aos 50 anos, surgindo a primeira lei da previdência. Mesmo com todas as leis e normas de prevenção, acidentes ainda ocorrem, segundo o anuário da Abracopel 2020, não somente com eletricitários, pois é demonstrado que o conhecimento de NR-10 ficou mandatário para a classe de empregados e empregadores, seria ideal o compartilhamento à sociedade sobre regras básicas de segurança. No caso dos empregados eletricitários, como compensação à exposição aos riscos elétricos, ele deve receber 30% de adicional de periculosidade sobre o salário base, direito consagrado no art. 193, §1, da CLT, desde que comprovada com perícia a exposição. Quanto às alterações, além de ser uma prerrogativa legal dos órgãos vinculados ao Poder Executivo, a legislação prevê a participação da sociedade

também, através do Sistema Tripartite Paritário formado por representantes do governo, trabalhadores e empregadores, observando a *vacatio legis* de um ano neste processo. Por derradeiro, o tema pode ser motivador para investigação mais detalhada de todas as 37 NR, pesquisa abrangente para quem tem interesse em estudos futuros relacionados à perícia no Direito do Trabalho.

7. REFERÊNCIAS

ABRACOPEL, Associação Brasileira de Conscientização para os Perigos da Eletricidade. Anuário estatístico de acidentes de origem elétrica 2020. Ano base 2019. Disponível mediante cadastro em: <www.abracopel.org.br>. Acesso em: 06 nov. de 2020.

BEVILACQUA, Bruna Cristine de Souza. et al. Acidente do trabalho coletivo: necessidade de instituição de uma cultura preventiva = Accidentofcollectivework: necessityofinstitutionof a preventiveculture. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 65, n. 100, t.1, p. 261-295, jul./dez. 2019. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/169514>>. Acesso em: 05 nov. de 2020.

BRASIL. Tribunal Supremo do Trabalho. Súmula n. 191. Res. 214/2016. Súmulas da Jurisprudência Uniforme. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Supremo do Trabalho. Súmula n. 364. Res. 209/2016. Súmulas da Jurisprudência Uniforme. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, publicado no DOU em 9 de agosto de 1943.

BRASIL. Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, publicada no DOU, de 23 de dezembro de 1977.

BRASIL. Lei nº 12.740, de 08 de dezembro de 2012. Altera o art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, publicada no DOU, de 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho – Norma Regulamentadora nº 10. Segurança em instalações e serviços em eletricidade, Portaria nº 915, de 30/07/2019 (D.O.U. de 31/07/2019 – Seção 1). Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-10.pdf>. Acesso em: 05 de nov. de 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego – Portaria 3.214 de 8 de junho de 1978. Aprova as Normas Regulamentadoras – NR – do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho, publicada no DOU, de 6 de julho de 1978.

OLIVEIRA, Sebastião Geral de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 6. ed. rev. e atual. São Paulo. LTr, 2011.

PEREIRA, A. D. Tratado de segurança e saúde ocupacional: aspectos técnicos e jurídicos, volume I: NR-1 a NR-6. São Paulo. LTr, 2005.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A saúde do trabalhador como um direito humano. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 31, p. 109-137, jul./dez. 2007. Disponível em:
<<https://hdl.handle.net/20.500.12178/105309>>. Acesso em: 05 de nov. de 2020.

ANÁLISE DE PARÂMETROS PARA A ESTIMATIVA INDENIZATÓRIA POR REPARAÇÃO CIVIL DA PERDA DE UMA CHANCE

LAIANE RODRIGUES DE SOUZA:
Bacharelanda em Direito pela
Faculdade Serra do Carmo.

GUSTAVO ABREU

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho científico trata da Teoria da Perda de uma Chance, analisando como tal teoria vem intervindo na Responsabilidade Civil do Brasil. Ademais, tem por propósito a abordagem dos parâmetros para a quantificação indenizatória por reparação civil da perda de uma chance, onde é comumente conhecido no Brasil pela doutrina como dano consequente, pesquisando os requisitos que o qualificam, quais sejam a culpa, o dano e o nexo causal; com a intenção de explicar as hipóteses da teoria em comento e a aplicabilidade da indenização nesse caso. Procura compreender também o alcance do requisito dano como forma principal para a efetivação da natureza reparatória dessa responsabilidade. Em suma, será feita uma breve análise acerca de sua origem, observando o posicionamento da jurisprudência e doutrina. A metodologia utilizada é a pesquisa qualitativa, de ordem exploratória, utilizando para tanto a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, possibilitando o conhecimento em casos verdadeiros de aplicabilidade da teoria em questão no Brasil.

Palavra Chave: Chance perdida - Dano – Jurisprudência - Responsabilidade civil - Teoria.

ABSTRACT: The present scientific work deals with the Theory of Loss of a Chance, analyzing how this theory has been intervening in Civil Liability in Brazil. Furthermore, its purpose is to approach the parameters for the quantification of indemnity for civil reparation for the loss of a chance, where it is commonly known in Brazil by the doctrine as consequential damage, researching the requirements that qualify it, which are the fault, the damage and the causal link; with the intention of explaining the hypotheses of the theory in question and the applicability of the indemnity in this case. It also seeks to understand the scope of the damage requirement as the main way to carry out the remedial nature of this liability. In short, a brief analysis of its origin will be made, observing the positioning of jurisprudence and doctrine. The methodology used is qualitative research, of an exploratory nature, using bibliographic, documentary and jurisprudential research for this purpose, enabling knowledge in real cases of applicability of the theory in question in Brazil.

Keyword: Chance lost - Damage - Liability - Case law - Theory.

1. INTRODUÇÃO

Na medida em que os anos foram passando, a compreensão do que é responsabilidade civil foi amadurecendo. Um dos resultados desse amadurecimento foi o surgimento da teoria da perda de uma chance na França, na década de 1960.

Apesar da escassez de estudos doutrinários sobre o tema e da parca utilização da presente teoria por parte da doutrina brasileira pelos tribunais pátrios, a perda de uma chance expandiu pelo mundo todo, deixando evidente que quanto mais evoluída a sociedade, mais ela se utiliza da responsabilização civil para garantir a reparação aos injustamente lesados.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Assim como a responsabilidade civil se desenvolveu, igualmente evoluiu a sociedade. Seus conceitos, seus requisitos e teses nasceram em razão da determinação social, de modo que, para melhor elucidação, faz-se imprescindível uma abordagem histórica sobre a temática.

De acordo com Aguiar Dias (1997, p. 13), a responsabilidade civil evidencia-se cada vez mais com o desenvolvimento da sociedade, uma vez que estabelece relação com todas as decisões dos seres humanos.

A consternação que surge no ímpeto da vítima ao ser lesado é intrínseca à própria natureza do ser humano.

De fato, no começo da civilização, momento da qual foram surgindo os grupos e clãs, quando o indivíduo era lesado, o modo de punição ao ofensor era a vingança coletiva, que se representava pela reação do grupo todo (DINIZ, 1999).

Logo após, o tipo de vingança aplicada era a privada, tendo como característica a reação da própria vítima em face do agressor. Neste período nasceu a pena de Talião, quando se utilizava das próprias mãos para obter justiça.

Fazendo uso desta pena, tem-se também o Código de Hamurabi, Manu e Hebreu.

No âmbito do direito romano, a Lei das XII das Tábuas (ano 462 a.C.) não mudaram as condutas daquele tempo, como se observa pela máxima: "*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*" (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo)" (DINIZ, 1999. P. 16).

Além disso, o direito romano também trazia a possibilidade da composição cobrada, estabelecendo para cada caso um montante pecuniário devido por aquele que ofendeu em favor do lesado, base para a presente expectativa de indenização por reparação de danos (KFOURI NETO, 2001).

Logo adiante, ainda no âmbito do direito romano, nasceu a "*Lex Aquilia de damno* (ano 286 a.C.)" a qual tinha como característica o intento de castigar à pessoa que causasse lesão a outrem. Foi quando a ideia de reparação monetária se estabeleceu de forma definitiva (PEDROTTI, 1990).

Nesta ocasião, manifestaram-se os três elementos que são alicerces da responsabilidade civil, quais sejam, o *damnum*, ou lesão da coisa; a *iniuria*, ou ato que contradiz o direito; e a *culpa*, quando o dano tinha ligação com a ação do agente, seja ela na modalidade dolosa ou culposa. Observa-se que a convicção de dolo foi configurada tão somente na idade média, com a criação do que seria culpa.

Uma das grandes influenciadores para os demais países foi a doutrina francesa. Tendo como pioneiro na legislação moderna, o jurista francês Domat, autor do livro *Lois Civiles*, inaugurou o princípio geral da responsabilidade Civil, sendo oposto ao sistema antes escolhido de enumeração dos casos em que haveria composição exigida (DINIZ, 1999).

Domat conceituou a culpa como base causadora da responsabilidade penal do agente. Diante do Estado e da responsabilidade civil, diante da vítima. A culpa contratual teve seu conceito como sendo resultado de quebra das cláusulas que versa sobre as obrigações do referido contrato.

Tais fundamentos estiveram presentes no Código de Napoleão, que teve influência sobre todas as leis modernas no que diz respeito à responsabilidade civil. A partir daí, todas as formulações teóricas e práticas partem da premissa de culpa, presente no diploma legal em comento.

Todavia, com o passar dos dias, em meados do século XX, nasceram vários debates acerca da teoria da culpa, em virtude do aparecimento de novos casos em que já não se sanava de forma satisfatória os inconvenientes relativos à responsabilidade civil. Uma vez que o cálculo da quantificação da indenização já estava obsoleto e

entendia-se que era necessário mudar a forma da quantificação para que se chegasse a um valor mais justo.

2.2 DOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Com o intento de resguardar o ressarcimento de danos injustos, o ordenamento jurídico brasileiro sagrou a responsabilidade no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, mais precisamente nos artigos 186 e 927, *caput*, ambos do Código Civil de 2002.

De acordo com os dispositivos apresentados, verifica-se que para o estabelecimento da responsabilidade civil se faz necessário o preenchimento de alguns pressupostos.

Sergio Cavalieri (2009, p. 70) aduz que “a responsabilidade civil requer a existência de uma conduta culposa, nexa causal e um dano, dispensando o elemento culpa quando se tratar de responsabilidade objetiva”.

2.2.1 Da conduta

A conduta é o primeiro requisito para análise da responsabilidade civil. A ação humana seja ela omissiva ou comissiva, tem importância para o direito quando faz nascer algum efeito jurídico.

Tão somente poderão ser civilmente responsabilizadas as pessoas naturais ou jurídicas. Uma ação da natureza que porventura vier a causar danos, esta não gera responsabilidade civil.

O ato é uma ação positiva, onde o indivíduo realiza alguma ação; a omissão, de outra forma, é uma ação negativa, deixando o indivíduo de realizar determinada ação que deveria ter praticado. Cavalieri Filho (2009, p.24) analisa acerca da omissão:

A omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever esse que pode advir de lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.

A essência da conduta é a voluntariedade, que se efetiva no poder de escolha do agente imputável, com discernimento imprescindível para optar por aquilo que faz. Assim sendo, ato voluntário é toda ação consciente, controlada ou dominada pela vontade (WALD *et al*, 2011, p. 80)

No concernente à voluntariedade da conduta, explica Pablo Stolze e Pamplona Filho (2008, p. 28):

Em outras palavras, a voluntariedade, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão-somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (caucada na idéia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação.

Sendo assim, arbítrio não se confunde com culpa, tendo que aquela estar presente em hipóteses de responsabilidade subjetiva e objetiva. A respeito da culpa, esta precisará ser provada tão somente nas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva.

2.2.2 Da culpa

A culpa está presente no rol de requisitos da responsabilidade civil, visto que preceitua o art. 186 do código civil que o ato ou omissão do indivíduo precisa ser de livre e espontânea vontade ou que haja, ao menos, "negligência" ou "imprudência". Nesse contexto, obtempera Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 315):

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil.

De acordo com Maria Helena Diniz (2012), a culpa em sentido macro compreende: o dolo, que é o ferimento de forma consciente do dever jurídico, a culpa em sentido micro, definida pela imprudência, imperícia ou negligência, sem qualquer deliberação de ferir um dever jurídico.

Assim, no campo da responsabilidade civil, o indivíduo é responsável pelos efeitos de sua ação, sem se questionar se o resultado lesivo entrou nas hipóteses do infrator (CAVALIERI FILHO, 2009).

No ordenamento jurídico brasileiro, conforme explanado no decorrer do presente trabalho, reza a regra geral que o dever indenizatório pelos atos ilícitos decorreda culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do indivíduo.

Neste sentido, Esclarece Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 315):

Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmação de que ele podia e deveria ter agido de outro modo.

A lei civil atual prevê a aplicabilidade da responsabilidade civil na modalidade objetiva em determinadas hipóteses, conforme demonstrado anteriormente.

No concernente à responsabilidade objetiva se faz desnecessário a configuração do elemento culpa, sendo necessária a comprovação tão somente do dano e o nexo de causalidade. Mais adiante examinaremos com mais profundidade da responsabilidade objetiva.

2.2.3 Do dano

O dano é tido pela doutrina como o principal elemento para a configuração da responsabilidade civil. Sem dano não há responsabilidade civil.

Até mesmo nas hipóteses de violação das cláusulas contratuais, o inadimplemento de uma das partes causa ao outro algum dano presumido.

É dizer: “sem a ocorrência deste elemento [dano] não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade” (GAGLIANO *et al*, 2008, p. 35).

Sem o estabelecimento da lesão ao bem jurídico, sendo tal bem patrimonial ou extrapatrimonial, não se configura o dano, uma vez que para ressarcir ou compensar tem que ter algo pra ser ressarcido ou reparado.

Alguns doutrinadores brasileiros formularam conceitos a respeito do dano. Nessa ideia, tem-se o conceito construído por Carvalieri Filho (2009, p. 71):

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

2.2.4 Do nexo causal

O nexos de causalidade é a ligação da conduta do agente com o dano sofrido pela vítima. Assim, aquele que causou o dano somente será responsabilizado por sua conduta se esta conduta realmente for a causa da lesão sofrida. Nessa ótica, Maria Helena Diniz (2012, p. 129) esclarece:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.

Embora pareça ser relativamente fácil conceituar o nexos causal, grande foi a complexidade para identificar o nexos de causalidade em hipóteses que contenham outras causas sucessivas, onde se vislumbra uma cadeia de causas e efeitos, para vislumbrar tal dificuldade, Gonçalves (2012, p. 351) exemplifica da seguinte forma:

Suponha-se que um prédio desaba por culpa do engenheiro que foi inábil; o desabamento proporcionou o saque; o saque deu como consequência a perda de uma elevada soma, que estava guardada em casa, o que, por sua vez, gerou a falência do proprietário. O engenheiro responde por esta falência?

Perante a problemática explanada, nasceram teorias para definir o nexos de causalidade, tendo a teoria da equivalência das causas como a teoria pioneira, com ampla aplicabilidade no âmbito penal, inclusive tendo seu conceito expresso no Artigo

13 do código penal (BRASIL, 1940), o qual estatui que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Assim sendo, em outras palavras, a teoria supracitada considera todas as causas, sendo direta ou indiretamente que possa vir ocasionar o dano.

Na tentativa de avançar na temática, no século XIX, surge a teoria da causalidade adequada e tem como princípio a condição adequada e determinante no acontecimento do dano para que tenha importância. Sobre o tema, elucida Cavalieri Filho (2009, p. 48):

Diferentemente da teoria anterior, esta faz distinção entre causa e condição, entre os antecedentes que tiveram maior e menor relevância. Estabelecido que várias condições concorreram para o resultado, e isso é feito através do mesmo processo mental hipotético (até aqui as teorias seguem os mesmos caminhos), é necessário agora verificar qual foi a mais adequada. Causa será apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando-se as demais.

Desta maneira, examina-se a conduta que causou tal evento lesivo descartando-se as outras, por intermédio do método indutivo, indicando qual a causa é a mais adequada, que teve maior destaque na constituição do dano.

2.3 DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA, OBJETIVA E PELO RISCO

Neste tópico será feita uma breve análise dos conceitos de responsabilidade subjetiva; objetiva; e pelo risco, tendo como base o Código Civil, mais precisamente do artigo 927 e vai até o artigo 954, entre outros dispostos avulsos.

A responsabilidade civil subjetiva é aquela compreendida no pressuposto da culpa, e no Código Civil do Brasil, poder ser vislumbrada como cláusula geral, no artigo 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.” (CÓDIGO CIVIL, 2002) conjugado como artigo 927 “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Assim sendo, o indivíduo que cometer um ato ilícito, consistente na violação do espaço de outrem por um ato ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, será obrigado a compensar o dano realizado.

Ao analisar a expectativa da responsabilidade civil subjetiva, Caio Mário Silva Pereira (1990, p. 35) obtempera:

“A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características.

Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente”.

Segundo a afirmação de Sergio Cavalieri Filho sobre a responsabilidade Civil Subjetiva, “o elemento culpa, provada ou presumida, é indispensável para ensejar o dever de reparar o dano” (2012, p. 150).

Por outro lado, a responsabilidade civil na modalidade objetiva é aquela que basta tão somente ser configurado o dano, para que tenha a obrigação do ressarcimento, dispensando a prova da culpa e, em regra, presume o acontecimento de ato ou conduta ilícita, dano e nexos de causalidade.

José Aguiar Dias (1979, p. 94 e 95), ao expor a diferença entre a responsabilidade na modalidade subjetiva e objetiva, afirma com convicção que: “No sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou melhor, esta indagação não tem lugar”.

De acordo com Maria Helena Diniz (2004, p. 48):

“A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi molumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*).”

No direito pátrio, a responsabilidade objetiva nasceu através de leis especiais. Nos dias de hoje, o Código Civil categoricamente conceituou a responsabilidade civil objetiva trazendo muitas hipóteses nas quais é dispensado o elemento culpa, como excesso de direito (Art. 927 c/c art. 187), a atividade de risco por fato do serviço (artigo

927, parágrafo único), responsabilidade dos incapazes (art. 928), pelo fato do produto e de outrem (artigo 931 a 933), por fato da coisa e do animal (artigos 936 a 938).

Segundo grandes teóricos franceses do Direito Social do início do século XX, a exemplo de Louis Josserand (1941. P. 557), o causador do risco seria o próprio segurador, distinguindo o elemento culpa da responsabilidade civil.

Desta forma, excluindo o elemento subjetivo da culpa na responsabilidade civil, obtempera Felipe Kirchner (2010, p. 629):

“amplia-se o número de casos passíveis de serem ressarcidos e se responsabiliza o agente que, por explorar atividade econômica, tem as condições materiais de repartir os prejuízos entre a coletividade beneficiária da manutenção da própria fonte de risco”.

Não obstante, elencada no artigo 927, parágrafo único, do código civil, a responsabilidade civil pelo risco, admite que será obrigado o ressarcimento equivalente ao dano, a despeito da culpa, vejamos:

Art. 927, parágrafo único - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim sendo, a responsabilidade civil pelo risco parte da premissa de que quem auferir um benefício com a ação tomada deve arcar de igual forma com o ônus.

No estudo do artigo 927, nasceram pelo menos cinco teorias, quais sejam:

a) Teoria do risco-proveito – que tem como base a ideia de que a obrigação da reparação está vinculada ao proveito alcançado por aquele indivíduo que pratica atividade lesiva, ou seja, quem adquire proveito da atividade deve se responsabilizar pelos riscos que ela carrega;

b) Do risco integral– é a teoria que tem por base a obrigação do ressarcimento, mesmo que não seja configurado o nexos causal, não sendo admitida a exclusão da responsabilidade sequer quando demonstrado a culpa exclusiva da parte lesada caso fortuito ou força maior e ou fato de terceiro;

c) Do risco mitigado – é uma modificação da teoria do risco integral redimindo da responsabilidade, nos casos fortuitos ou força maior;

d) Do risco profissional –que, por sua vez, estabelece a obrigação de ressarcir a partir da lesão ocasionada na diligência da atividade trabalhista ou empresarial, cogitando-lhes os riscos inerentes a tais atividades; e,

e) Do risco-criado - tem como base a criação do risco por tão somente desempenhar certa atividade, ou seja, o risco é ligado à atividade, assim sendo, se o indivíduo não cumprir certa atividade que causar risco ao dano a outrem, terá que se responsabilizar pelas consequências da lesão (SCHREIBER, 2015, P. 28 e 29).

Em determinadas situações, nas conhecidas atividades com risco inerente, há uma modificação de critério, passando o nobre legislador a acolher a teoria objetiva, tendo em vista o grande número de acidentes nesses setores, embasado na teoria do risco criado, levando em consideração a dificuldade de produção de provas por parte do lesado.

Assim sendo, diante o exposto, pode-se verificar no direito pátrio um movimento que de inclina pelo afastamento da importância da culpa como elemento predominante da responsabilidade, para uma inclinação cada vez mais evidente para as hipóteses de responsabilidade objetiva.

3.TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance trata-se de um dos elementos da responsabilidade civil, em que é analisada a perda de uma oportunidade que o agente teria, caso não fosse interrompido, tirando a chance de obter êxito, em algum determinado objeto ou propósito.

É um elemento do Código Civil Brasileiro que passou a ser implantado no nosso ordenamento jurídico, foi estudado pelos franceses desde a década de 60 e hoje em dia tem aplicabilidade em todo o mundo.

Essa teoria teve influência do código civil francês, e passou a ser imprescindível nas ações de responsabilidade civil, tendo em vista a perda de uma chance de alcançar um benefício, ou seja, a impossibilidade de alcançar um objetivo provável.

Essa teoria tornou-se conhecida com a aplicação em uma decisão da corte francesa, que utilizou esse conceito para dirimir um caso de erro médico, onde o mesmo teria diagnosticado equivocadamente, retirando da vítima suas chances de curar sua doença, e que acabou ocasionando em sua morte. Levou-se em consideração, a chance que o paciente tinha se tivesse sido tratado de forma correta.

Nota-se que houve uma chance caso o médico tivesse utilizado o procedimento correto, porém aquele procedimento não seria fundamento suficiente para garantir que o paciente iria sobreviver. Ou seja, a teoria da perda de uma chance trata-se de uma oportunidade que poderia ter sido alcançada, mas não o suficiente para ter a certeza que irá acontecer. E é nesse momento em que se enquadra a teoria, pois ela busca reparar a chance perdida da possível conquista positiva do resultado final.

Percebemos que a perda de uma chance busca a responsabilização de devolver a chance perdida, e não o objetivo que almejava. Assim sendo, a responsabilidade trata de suprir a oportunidade de alcançar o objetivo e que a indenização não poderá ser de acordo com o bem que se buscavam, mas sim proporcional à chance em que o indivíduo tinha de alcançar seu objetivo.

Percebe-se que essa teoria nasceu na dificuldade de comprovar o dano causado ao agente, ou seja, o nexo de causalidade, que são: o dano, conduta culposa e o nexo de causa entre ambos, pois quando se tem a perda de uma chance, o agente está em um procedimento buscando um benefício, e que foi impossibilitado no meio desse procedimento. Dessa forma não há como comprovar se o agente iria conseguir o que buscava, porém sua chance de saber o resultado foi tirada.

Não se admite as Perdas incertas ou pouco prováveis no nosso direito, logo é buscado algo, com efeito, que certamente iria acontecer, mas ficou impedido na sua concretização devido ao fato danoso.

O termo perda de uma chance segundo o dicionário jurídico de Diniz (2017, p.645) significa:

Frustração de uma chance de obter um benefício esperado pela vítima por ato do lesante, o que gera o dever de indenizar. Por exemplo, pintor que, impedido de expor suas obras, perde a chance de ser premiado por ato culposo do transportador de suas telas, e tem direito de receber indenização pelo prejuízo sofrido (Le Tourneau).

Portanto ensina Alsina Bustamante Apud Gondim (1997, p.21) que:

A chance configura um dano atual, não hipotético é ressarcível quando implica uma probabilidade suficiente de benefício econômico que resulta frustrado pelo responsável, e pode ser valorada em si mesma, presidindo do resultado final incerto, em seu intrínseco valor Econômico de probabilidade.

Conclui-se que a perda de uma chance não deve, em hipótese nenhuma, ser meramente hipotética, tendo que existir atual certeza de que houve uma impossibilidade de realizar um ganho ou evitar uma perda. Esta certeza consiste na comprovação de que a chance (oportunidade) que se perderia se concretizar, mas que restou infrutífera em virtude da conduta danosa do agente.

Assim sendo, não se trata de uma certeza absoluta, mas também não pode haver decisão baseada em dados hipotéticos nesse caso, trata-se de grau de probabilidade que deverá ser analisado em cada caso pelo juiz.

Portanto uma nova visão do direito sobre a responsabilidade civil, no qual admite a responsabilização do agente, pela conduta danosa omissiva ou comissiva que prejudique um resultado futuro possível e provável.

3.1 CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE:

De acordo com o entendimento majoritário da doutrina especializada, a definição da chance perdida tem uma relação harmônica entre o dano decorrente da chance perdida e o dano final.

Assim sendo, se o resultado final for de natureza patrimonial, então o dano que decorre da perda da chance será definido como dano material, na qualidade de dano emergente. Por outro lado, caso o dano final tiver natureza jurídica extrapatrimonial, então assim será o consequente da chance perdida.

Nesse seguimento, passa-se a examinar os critérios de quantificação da perda de uma chance. Primordialmente será observado o critério do coeficiente redutor, utilizado quando a chance perdida tiver natureza jurídica de caráter patrimonial, e, logo após, analisar-se-á a quantificação em hipóteses em que a chance perdida tiver caráter extrapatrimonial.

3.1.1 O Coeficiente Redutor

A chance represente tão somente uma probabilidade em relação à consecução do todo, cuja obtenção restou infrutífera pela intervenção do evento danoso, assim sendo, o valor ressarcitório pela perda da chance com certeza será menor ao do dano final.

Portanto, para chegar ao valor indenizatório da perda da chance “tem que ser levado em conta o grau de probabilidade de ter alcançado aquele benefício ou evitado as perdas se o ato ilícito não tivesse ocorrido” (CARVALHO, 2011, p. 311).

O valor indenizatório nesse caso deverá ser proporcional à possibilidade do resultado almejado. Desta forma, o valor deve ser determinado tomando-se como requisito o valor total do resultado e sobre tal, incidido o percentual de redução proporcional às probabilidades de ganho do resultado final desejado.

Assim, para o cálculo do *quantum* indenizatório nos casos da chance perdida, tem-se que aplicar sobre o valor total da apuração o coeficiente redutor correspondente à probabilidade que este resultado iria alcançar antes do dano.

No concernente à aplicação do coeficiente redutor (HIGA, 2012, p. 135):

Deve-se, pois, formular um juízo de qual seria o resultado final obtido e minorá-lo conforme a probabilidade dessa hipótese se concretizar. É uma operação singela, a princípio, materializada na equação “ $PC = RF \times P$ ”, na qual “PC” significa o valor da Perda da Chance, “RF”, o Resultado Final esperado, e “P”, a Probabilidade de concretização do resultado final – que será o coeficiente de redução.

Desta forma, por intermédio da aplicabilidade do coeficiente redutor (probabilidade) mostra-se inviável chegar a uma quantificação da chance de forma a estabelecer os dois princípios externadas alhures, quais sejam, o princípio de que o valor da chance perdida será menor ao valor do final desejado e o princípio de que este *quantum* diz respeito ao valor total da chance perdida, pois se tem que aplicar o princípio da reparação integral à teoria da perda de uma chance.

Um grande exemplo e talvez o mais conhecido quando se trata da teoria da perda de uma chance, é o julgamento do REsp nº 788.459, julgado pela Quarta turma do STJ, mais conhecido como “caso do show do milhão”, vejamos a Ementa:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (REsp

788459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334)

Em suma, no emblemático caso ora mencionado, a parte autora da ação havia participado do “show do milhão”, uma atração composta por 15 perguntas e o prêmio máximo era de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Caso a autora lograsse êxito em todas as perguntas teria seu prêmio equivalente à totalidade, qual seja, de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Ocorre que após acertar uma sequência de 14 perguntas, faltando apenas a última para arrematar o prêmio total, a última pergunta era a seguinte: “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? 1) 22%; 2) 2%; 3) 4%; 4) 10%”.

A autora então preferiu não responder e resguardar o prêmio ora garantido, caso desistisse de responder, que era de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por concluir que a pergunta da forma que foi produzida, não havia resposta.

Todavia, por entender que a produção da atração teria agido de má-fé ao elaborar o questionamento que não tinha uma resposta possível, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 não traz em seu texto tal percentual do território reservado à comunidade indígena, a Parte autora ajuizou uma ação indenizatória requerendo o ressarcimento do valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil), pela perda da chance de lograr êxito na última pergunta, tendo em vista a má fé da produção.

Em primeira instância, a parte autora logrou êxito, tendo seu pedido deferido, entendendo que no caso concreto caberia a aplicação da teoria da perda de uma chance, contudo, condenou a atração ao pagamento de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil).

Conforme bastante explicado anteriormente, a indenização pela perda de uma chance sempre será um valor proporcional, ou seja, um valor inferior ao montante que a parte poderia receber se caso não houvesse o dano.

Houve, portanto, um equívoco na quantificação do ressarcimento. Contudo, o Tribunal de Justiça da Bahia manteve a sentença incólume, indeferindo a apelação da empresa ré.

Assim sendo, a empresa apresentou um Recurso Especial ao STJ, por acreditar que houve violação no artigo 402 do código vigente.

O recurso especial nº 788459, foi conhecido e parcialmente provido, reduzindo a indenização de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para R\$ 125.000,00 (cento e vinte

e cinco mil reais) entendendo que a probabilidade de acerto caso a pergunta tivesse sido elaborada de forma correta, era de 25% (vinte e cinco por cento), tendo em vista que havia quatro alternativas, e somente uma correta.

O acórdão ora mencionado é de grande importância, pois tem o coeficiente redutor aplicado com o intento de chegar na chance perdida, afastando os entendimentos equivocados das instâncias inferiores.

Todavia, nem sempre a aplicabilidade do coeficiente redutor será fácil, tendo em vista que alguns casos um ou alguns dados poderá não está presente demandando um exame mais afino.

Diante a probabilidade da complexidade, Flávio da Costa Higa (2012) aconselha que quando os requisitos da fórmula não estiverem explícitos, tem-se que utilizar a teoria da diferença para as hipóteses em que não tiver a possibilidade do cálculo exato, e deve-se se utilizar da estatística como um auxílio à quantificação da probabilidade.

3.1.2 Quantificação da chance de natureza extrapatrimonial

Como já fora explanado, a definição da perda de uma chance possui uma relação íntima com a definição do dano final. Desta forma, se o resultado final for de natureza patrimonial, conseqüentemente o dano terá natureza jurídica de dano material, devendo ter como critério o método do coeficiente redutor.

Noutra senda, se o dano final for extrapatrimonial, assim também será a chance perdida. Há uma grande possibilidade de o dano conseqüente ser totalmente extrapatrimonial, segundo Flávio da Costa Higa (2012).

De acordo com Glenda Gonçalves Gondim (2010), quando a chance perdida é empregada no dano moral é mais complexo mensurar o valor do ressarcimento. A partir de estudo da jurisprudência brasileira, a autora conclui que os requisitos para o cálculo de danos morais decorrentes da perda de uma chance são os mesmos adotados na fixação do dano moral comum, não provenientes da teoria da perda de uma chance.

Observaremos um exemplo de um caso concreto, no qual a Elizangela Pereira ingressou com uma ação indenizatória requerendo que uma empresa de cursos pré-vestibulares, qual seja, Bento Pré Vestibular, retire seu nome dos órgãos de proteção ao crédito que se deu por um débito indevido e que a empresa seja condenada a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

Em que pese tratar-se de pedido ordinário de danos morais, as mesmas razões de decidir aplicam-se também à fixação de indenizações pela perda de uma chance de natureza extrapatrimonial.

O juiz em concedeu a liminar determinando o cancelamento do protesto e a exclusão do nome da Requerente frente aos órgãos de proteção ao crédito, bem como a condenação ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) referente aos danos morais.

Contudo, não satisfeita com o *Quantum* indenizatório proferido pelo juiz de primeira instância, Elizangela Pereira resolveu apelar, requerendo a majoração da indenização para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Vejamos o voto do Relator Desembargador Vicente Barroso de Vasconcellos, presidente da décima quinta câmara cível do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, julgamento da apelação cível nº 70070310388, 19 de Outubro de 2016:

“No que concerne ao *quantum* indenizatório, deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, não deixando de observar, outrossim, a natureza punitiva e disciplinadora da indenização (REsp 203.755/Sálvio).

A par destas considerações, levando em conta os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 545.436/Marco Bellizze, AgRg no REsp 1.436.158/João de Noronha e AgRg no AREsp 489.262/Maria Isabel Gallotti) em casos semelhantes, o valor do débito que originou o protesto/inscrição, o grau de culpa da parte ré, o tempo de permanência do registro, a repercussão do fato danoso, bem como as demais peculiaridades presentes no caso concreto, tenho que a indenização a título de danos morais fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) mostra-se inadequada, devendo ser majorada para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor proporcional ao grau de culpa da parte ré, ao porte financeiro das partes e à natureza punitiva e disciplinadora da indenização.

Por tais razões, dou provimento ao apelo para fixar o valor devido a título de danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que deverá ser atualizado pelo IGP-M a partir da data da publicação desse v. acórdão até o pagamento, e acrescido de juros de mora a contar da citação; nada havendo a alterar com relação aos ônus sucumbenciais fixados na sentença.”

A despeito do imenso trabalho em definir requisitos para a conclusão do *quantum* compensatório no caso do dano extrapatrimonial, Glenda Gondim (2010, p. 146) destaca requisitos de suma importância para tal análise, quais sejam: “análise da extensão do dano, o grau de culpa e questões relativas à capacidade econômica financeira do ofensor e do ofendido, que devem ser razoáveis à chance perdida e não ao resultado final”.

Essas são as palavras de Flavio Higa (2012, p. 134) acerca do presente tema:

Deveras, não obstante a vasta produção doutrinária e jurisprudencial, a temática que envolve, v.g., a quantificação do “dano moral” experimenta certo menoscabo no mundo acadêmico, não porque perdeu importância, mas, justamente, por ter levado à fadiga os juristas, sem que houvesse aquiescência sobre os fundamentos desse tipo de responsabilidade.

Assim sendo, conclui-se que a fixação quantitativa do ressarcimento da chance de natureza extrapatrimonial deve-se operar pelos mesmos critérios e fundamentos que inspiram o arbitramento da indenização pelo dano moral comum.

Todavia, é de suma importância obter que na arbitrariedade da quantificação da perda de uma chance está se indenizando a proporcionalidade de chance de ganho do resultado final, ou seja, de forma alguma indenizando o total do resultado final desejado, como bem explicado no decorrer do presente artigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inevitável a constatação de que a responsabilidade civil é imprescindível para a sociedade atual, tendo em vista o seu progresso em massa e as numerosas lides delas decorrentes.

Em sua conjuntura têm-se a conduta do agente, o dano e o nexo causal. Destacando-se na medida em que a sociedade evoluiu e evolui, passou-se a aceitar,

em certas hipóteses determinados por lei, a excludente do elemento culpa. Contudo, em geral, o ordenamento jurídico pátrio exige que contenha a presença de todos os três elementos.

No que se refere ao Dano, este é o elemento primordial, tendo em vista que sem o dano, não há possibilidade de realização da reparação a ser realizada pelo ofensor. Refere-se aos interesses violados daquele que sofreu o dano.

Em contrapartida, tem-se o nexo de causalidade entre a conduta do infrator e a lesão sofrida pela vítima, que deve ser claramente constatado.

Nas hipóteses que conter dúvidas acerca da evidência do dano, mas é certa a conduta, mas é absoluto que a conduta do agente resultou prejuízos ao lesado, admite-se a indenização por perda de chances.

A teoria da perda de uma chance surgiu na França e ao longo do tempo vem evoluindo pelo mundo, tendo como intento principal o ressarcimento do lesado de um dano.

Em primeiro momento, ocorrerá a conduta do agente ocasionadora da chance perdida, restando claro o nexo causal entre ambas.

A visão clássica do dano e o nexo de causalidade serão examinados de formas diferentes, contudo, somente admite-se o ressarcimento se constar presentes estes elementos, que tão somente apenas serão analisados de forma distinta, levando em consideração as várias hipóteses e não o resultado final.

Em razão disso, é possível a admissibilidade desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro, conforme consta na jurisprudência atual, ainda que escassa, fundamenta de forma precisa e efetiva tal teoria.

Referente ao *quantum* indenizatório haverá casos em que a sua fixação pelo juiz será mais fácil, apresentando-se muitas vezes como um mero cálculo matemático, e em outros não.

Nos casos mais complexos, o juiz deve se valer da equidade para fixar um valor que julgar justo ao caso. Todavia, o que tem que ser sempre levado em consideração é que o ressarcimento diz respeito tão somente a chance perdida e não a vantagem final desejada.

Assim sendo, em suma, essa indenização visa ressarcir a vítima pela chance perdida, tendo que ser examinado a probabilidade e não o dano como um todo ou a perda total.

Os fatos do caso concreto tem que ser examinados com muito cuidado pelo juiz, para que assim seja indenizada somente a chance que restou impedida, excluindo-se danos eventuais, tendo o valor proporcional à chance que se perdeu e desta forma impedindo um novo dano ao culpado, se porventura concretizar o enriquecimento ilícito por parte da vítima.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 19 de Mar de 2021.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acessado em: 17 de mar. 2021.

CARVALHO, Daniela Pinto de Carvalho. **Thomas Kuhn e o novo paradigma da responsabilidade civil em busca da reparação da perda de uma chance.** *Ciência Jurídica - Ad Litteras et Verba*, Brasília, ano XXV, volume 158, páginas 292 – 313, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8ª edição. São Paulo. Atlas, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10ª edição. São Paulo. Atlas, 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade civil.** 2º Volume. Rio de Janeiro. Forense, 1979.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** 10ª edição, volume 2. Rio de Janeiro. Forense, 1997, p. 13.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 13ª. Edição, volume 7. São Paulo. Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário Volume 03. Rio de Janeiro.** Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Responsabilidade civil.** 6ª edição. São Paulo. Saraiva, 2008.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 10ª edição. São Paulo. Saraiva, 2012.

GONDIM, Alsina Bustamante Apud. **Teoria General de La Responsabilidad Civil**. França. Abeledo – Perrot, 1997.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Curitiba, mar. 2010. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/23451/1/dissertacao%20perda%20chance.pdf>. Acessado em: 20 de Mar. 2021.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil: a perda de uma chance no direito do trabalho**. 1ª edição. São Paulo. Saraiva, 2012.

JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Volume 86, nº 454. Rio de Janeiro. Forense, 1941.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4ª. Edição, revista e atual. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p. 39.

PEDROTTI, Irineu Antonio. **Responsabilidade Civil**. Volume 1. São Paulo, Universitária de Direito Ltda, 1990, p.10.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6ª edição. São Paulo. Atlas, 2015.

SILVA PEREIRA, Caio Mario da. **Responsabilidade Civil de Acordo Com a Cf de 88**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 1990, p. 35.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 788.459**. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>. Acessado em: 19 de Mar. 2021.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, BrunnoPandori. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo. Saraiva, 2011.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70070310388**. Decima Quinta Câmara. Relator: Desembargador Vicente Barroso de Vasconcellos. Julgamento: 19 de outubro de 2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/398610501/apelacao-civel-ac-70070310388-rs/inteiro-teor-398610517>. Acessado em: 12 de Mai. 2021.

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A ADI 4.125/TO

VÍVIAN GABRIELLA NUNES DE LIMA:
Bacharelada em Direito da Faculdade Serra do Carmo.

LÍVIA HELENA TONELLA²⁵

(orientador)

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo estudar o controle de constitucionalidade e a possibilidade de modulação dos seus efeitos. Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro segue a premissa do regime da sanção da nulidade, que dita que toda norma inconstitucional material ou formalmente deverá ser declarada nula, fulminando, *ab initio*, todas as relações jurídicas nela arrimadas. Dessa forma, impende verificar, mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a fundamentabilidade para uma possível flexibilização do dogma constitucional da nulidade. Ao final, para ilustrar, será analisada a modulação de efeitos ocorrida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.125, na qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que a vontade constitucional seria a flexibilização do dogma da nulidade, a fim de preservar a segurança jurídica e o excepcional interesse social.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Dogma da Nulidade. Modulação de Efeitos. Segurança Jurídica. Excepcional Interesse Social.

ABSTRACT: This scientific article aims to study the control of constitutionality and the possibility of modulating its effects. It is known that the Brazilian legal system follows the premise of the nullity sanction regime, which dictates that any material or formal unconstitutional rule must be declared null, fulminating, *ab initio*, all legal relations established therein. Thus, it is important to verify, through bibliographical and jurisprudential research, the justification for a possible flexibilization of the constitutional dogma of nullity. At the end, to illustrate, the modulation of effects that occurred in the Direct Action of Unconstitutionality No. 4,125 will be analyzed, in which the Federal Supreme Court understood that the constitutional will would be the

²⁵ Orientadora: Doutoranda em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Bacharel em Direito e Biologia pela Universidade Estadual de Maringá. Professora da Faculdade Serra do Carmo – FASEC e Universidade Federal do Tocantins-UFT.

flexibilization of the nullity dogma, in order to preserve legal certainty and the exceptional social interest.

Keywords: Constitutionality Control. Dogma of Nullity. Effects Modulation. Legal Security. Exceptional Social Interest.

INTRODUÇÃO

A Lei Constitucional é considerada como o alicerce para todo o ordenamento jurídico pátrio. Tem-se, portanto, que a norma constitucional possui uma qualidade hierárquica e formal superior às demais legislações.

Assim sendo, não se pode admitir que adentre ao ordenamento jurídico uma norma maculada pela inconstitucionalidade, pois isso configuraria uma desobediência à supremacia da constituição.

Ocorre, contudo, que, não raras vezes, surgem leis e/ou atos normativos eivados material ou formalmente de inconstitucionalidade, os quais contrariam a supremacia do texto constitucional. Assim, para a preservação da higidez da constituição, criou-se o instituto denominado controle de constitucionalidade.

O dito controle pode ser operado de forma preventiva ou repressiva. A primeira refere-se a um controle de constitucionalidade no âmbito do processo legislativo, de forma a verificar antes da vigência do texto legal se suas formalidades e seu conteúdo material se encontram pautados e de acordo com o que preconiza o texto constitucional. O segundo, por sua vez, consiste na operação do controle de constitucionalidade após a promulgação de uma lei ou ato normativo, de forma que, se for verificado qualquer vício que atente contra a norma máxima, eles serão declarados inconstitucionais e, conseqüentemente, expurgados do ordenamento jurídico.

Com a declaração de inconstitucionalidade, abstrai-se certos questionamentos: a) após a declaração da inconstitucionalidade, as relações jurídicas pautadas na lei impugnada deverão ser mantidas ou fulminadas? b) As Leis ou atos normativos declarados inconstitucionais são nulos, anuláveis ou inexistentes? c) Quais as conseqüências de cada um? d) Se fulminadas, onde estão pautados a segurança jurídica e o interesse social?

Portanto, o presente trabalho visa analisar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a entender quais as teorias mais adotadas.

Inicialmente, adentrar-se-á ao estudo do controle de constitucionalidade como um todo, abordando-se, preambularmente, a evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e os conceitos básicos aplicáveis à espécie. Após, abordar-se-á propriamente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a possibilidade de modulação em razão da preservação da segurança jurídica ou do excepcional interesse social. Além disso, para melhor visualização do tema, analisar-se-á a modulação realizada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.125/TO.

Por fim, registra-se que, para alcançar o fim almejado, utilizar-se-á de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, mediante do método hipotético-dedutivo.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Conceito

O controle de constitucionalidade é um mecanismo de correção instituído para a verificação dos atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a saber se estes estão adequados em seus requisitos formais e materiais à norma constitucional.

Verifica-se, portanto, que o controle de constitucionalidade é instrumento indispensável para a preservação do estado salutar da Constituição Federal, na medida em que seu objetivo consiste em verificar as inconstitucionalidades existentes no ordenamento jurídico, as quais tendem a vulnerar e violar a ordem constitucional instalada.

Para Bulos (2011), “Controle de constitucionalidade é o instrumento de garantia da supremacia das constituições”, com o objetivo de examinar se os atos executivos, legislativos e jurisdicionais são compatíveis com a excelsa carta.

Em perfeita analogia, Bulos (2011) acrescenta que, “Enquanto a inconstitucionalidade é a doença que contamina o comportamento desconforme à constituição, o controle é o remédio que visa restabelecer o estado de higidez constitucional”.

Não diferente é o magistério de Silva (2008), *in verbis*:

Para defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades, a própria Constituição estabelece técnica especial, que a teoria do Direito Constitucional denomina de *controle de constitucionalidade das leis*, que, na verdade, hoje, é apenas um aspecto relevante da *Jurisdição Constitucional*.

Ademais, depreende-se que a norma constitucional mesmo sendo, em sentido formal e hierárquico, superior às demais legislações de um ordenamento, ela necessita de um instrumento de controle, para os casos em que se verifiquem uma violação à sua supremacia.

Ressalte-se, por oportuno, que, segundo Novelino (2020), o controle de constitucionalidade atinge, em sentido amplo, os atos legislativos (leis, propriamente ditas), jurisdicionais (regimentos internos dos tribunais) e executivos (medidas provisórias e deliberações administrativas em geral), sendo que, se houver a constatação de inconstitucionalidade em qualquer deles, serão passíveis do controle de constitucionalidade, que, como cediço, tem por objetivo preservar a supremacia constitucional.

Ademais, diante dos conceitos apresentados, torna-se imperioso, para melhor aprofundamento ao tema, o conhecimento sobre a supremacia das constituições, tema este que será objeto de abordagem do próximo tópico.

1.2 A Supremacia das Constituições

A necessidade do controle de constitucionalidade só existe se sua aplicação se der em sistema normativo organizado e hierarquizado, mediante uma regra central, a qual estabelece critérios para elaboração das demais legislações aplicáveis naquele ordenamento, bem como as concede validade. Nesse diapasão, segue a lição de Simão (2010):

A constituição representa a base de todo o ordenamento jurídico. É a norma orientadora dos poderes constituídos. Para garantir essa função basilar e orientadora, ou seja, para assegurar que essa norma seja respeitada, surge o Sistema de Controle de Constitucionalidade.

No mais, para a existência do controle, a regra central (constituição) deve estar dotada de supremacia e rigidez. Na primeira, tem-se que esta deve ser superior às demais, estando, assim, em posição hierárquica mais elevada. A segunda, por sua vez, cinge-se à seara formal, estabelecendo uma maior dificuldade para a modificação do texto constitucional do que para a produção e a alteração das demais legislações presentes no ordenamento jurídico.

Dessa forma, conclui-se que a norma central, a qual tem a função basilar e orientadora, bem como é suprema e rígida, necessita, para assegurar as características supramencionadas, da existência de um controle, qual seja, no nosso ordenamento, o Controle de Constitucionalidade.

Superado o conceito de controle de constitucionalidade, bem como o que estabelece a supremacia das constituições, adentrar-se-á especificamente ao estudo do controle jurisdicional de constitucionalidade, que é exatamente o âmago do presente artigo científico.

2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL

As normas jurídicas, tendo em vista a supremacia da constituição, devem ser, em princípio, consideradas constitucionais. Isso decorre do fenômeno chamado de presunção de constitucionalidade.

Nesse sentido, “toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela” (BITTENCOURT, 1949).

Ocorre, contudo, que “nem sempre a presunção de constitucionalidade é capaz de evitar as *situações inconstitucionais*” (BULOS, 2011) e, por essa razão, é que existe o controle de constitucionalidade.

Diferentemente do controle político, que é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, o exercício do controle de constitucionalidade jurisdicional é, por óbvio, exercido pelo Poder Judiciário e é, hodiernamente, o controle adotado como regra nos diversos ordenamentos jurídicos.

Para melhor entendimento, colhe-se o magistério de Silva (2008) sobre o assunto:

O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado judicial review nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.

Bulos (2011) acrescenta, por sua vez, que o exame da compatibilidade de leis e atos normativos é tarefa árdua e que exige, a um só tempo, técnica e imparcialidade, sendo, pois, elogiável tal atribuição de preservar a higidez constitucional reservar-se, em princípio, ao Poder Judiciário.

De acordo com Novelino (2020), esse importante papel reservado ao Poder Judiciário pode ser exercido de duas maneiras distintas: a primeira, de forma concreta, isto é, por via de exceção (incidental), especificamente denominada de controle difuso-concreto; a segunda, de forma abstrata, por meio de ação própria para tal fim, tratando-se, pois, do famigerado controle concentrado-abstrato.

2.1 Do Controle Difuso e seus Efeitos

Com origem no direito norte-americano (*Marbury v. Madison*) e consagrado no Brasil desde a primeira Constituição Republicana (1891), o controle de constitucionalidade difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário e é deduzido em controvérsia envolvendo direitos subjetivos, de forma que a verificação da constitucionalidade caracteriza-se como um incidente para a formação do juízo de convicção a respeito da pendenga (NOVELINO, 2020).

Logo, o controle de constitucionalidade difuso é o meio suscitado pela parte para que o Judiciário verifique a constitucionalidade de eventual lei ou ato normativo como forma de resolver a controvérsia que lhe é colocada.

De acordo com Moraes (2009), “o controle de constitucionalidade difuso, conforme já estudado, caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário”.

E é justamente por ser exercido de forma incidental que, sendo uma lei o ato normativo declarado inconstitucional em sede de controle difuso, nada obsta que qualquer outro tribunal ou juiz possa reconhecê-los como constitucional e, conseqüentemente, aplicá-los a outro caso concreto, já que os efeitos daquela decisão somente se repercutem às partes do litígio.

Sobre o tema, impende destacar a esclarecedora lição de Silva (2008), nos seguintes termos:

[...] A arguição de inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera procedimento *incidenter tantum*, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade [...]

Verifica-se, portanto, que a lei ou ato normativo viciado pela inconstitucionalidade, quando declarada num caso concreto, isto é, em sede de controle difuso, não deixa de existir, podendo, até mesmo, ser entendida por outros juízes ou tribunais como constitucional, dada a sua eficácia *inter partes* (excepcionando-se os casos declarados pelo Supremo Tribunal Federal, já que há uma

tendência de abstrativização do controle concreto – ADI 3.406/RJ, ADI 3.470/RJ, Recurso Extraordinário nº 197.917/SP).

No que toca à eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, entende a doutrina majoritária que a relação jurídica pautada na lei inconstitucional encontra-se fulminada desde o seu nascedouro, surtindo, pois, efeitos *ex tunc* (SILVA, 2008).

Isso porque, no ordenamento jurídico brasileiro, considera-se, em regra, que a lei ou ato normativo que afronta a Constituição Federal não deve produzir nenhum efeito, já que, desde a sua indevida edição, afigura-se material ou formalmente viciada.

Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto, mediante o controle difuso, traz consigo, conforme asseverado nas citações supra, efeitos *ex tunc*, os quais retroagem até o nascimento da inconstitucionalidade e aniquila todas as relações jurídicas nela pautadas.

2.2 Do Controle Concentrado e seus Efeitos

Por seu turno, o controle concentrado foi precipuamente idealizado por Hans Kelsen, tem origem na Constituição da Áustria (1920) e foi introduzido no direito pátrio pela Constituição de 1934 (NOVELINO, 2020).

Diferentemente do que ocorre no controle difuso (incidental), o controle concentrado de constitucionalidade se efetiva por via de ação própria, dirigida à Excelsa Corte, conforme art. 102, inciso I, alínea 'a', da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Enquanto o controle de constitucionalidade difuso se efetiva por um incidente das partes na relação processual, tem-se, no controle de constitucionalidade concentrado, um processo objetivo (via de ação) de fiscalização da constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Diante desse panorama, vislumbra-se que no controle concentrado “a preocupação maior é a defesa da regularidade da ordem constitucional” (BULOS, 2011).

E a declaração de inconstitucionalidade por meio do exercício do controle jurisdicional concentrado enseja os seguintes efeitos: a) erga omnes (gerais); b) *ex tunc* (retroativos); c) vinculantes; e d) ripristinatórios.

De acordo com Bulos (2011), a declaração abstrata de inconstitucionalidade tem efeitos genéricos e automáticos, alcançando indistintamente a todos (*erga omnes*), impondo dever de observância à compreensão firmada (vinculante), revigorando normas aparentemente revogadas (repristinatório) e fulminando desde a origem toda e qualquer consequência derivada do ato declarado inconstitucional (*ex tunc*).

Vislumbra-se, portanto, que, quando em controle concentrado, há uma maior preocupação com a higidez do ordenamento jurídico constitucional, uma vez que a decisão que declara a inconstitucionalidade em sede de controle concentrado se aplica a todos e não apenas às partes de um caso em concreto, vincula obrigatoriamente os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário (excepcionando-se o próprio Supremo Tribunal Federal), reintegra ao ordenamento jurídico normas aparentemente revogadas pela legislação declarada inconstitucional e nulifica todos os atos e relações jurídicas nela pautadas.

Ressalta-se, entretanto, que o regime da sanção da nulidade não é absoluto, já que o Supremo Tribunal Federal pode, em sede de controle constitucionalidade, modular os efeitos de suas decisões que eventualmente declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, de modo a consagrar uma flexibilização quanto aos efeitos da dita declaração (MORAES, 2009).

Desse modo, vencida a parte de considerações gerais aplicadas ao controle de constitucionalidade, oportuno adentrar ao tema principal do presente trabalho, que é justamente a possibilidade de modulação dos efeitos no controle concentrado de constitucionalidade.

3. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Base Legal

A possibilidade de modulação está claramente respaldada no art. 27 da Lei nº. 9.868/99, *in verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A propósito, torna-se salutar mencionar:

(...) Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado 'in concreto' se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional (ADI 3.022, Rel. Joaquim Barbosa, *DJ*, 18 ago. 2004).

Depreende-se, portanto, que o dogma da nulidade pode ser excepcionado em virtude de uma análise realizada pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a vislumbrar qual seria, no caso em apreço, a vontade constitucional, ou seja, poderá a Excelsa Corte, de modo lógico-razoável, com supedâneo no princípio constitucional da segurança jurídica ou do excepcional interesse social, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

3.2 Objetivo e Requisitos Legais

A modulação tem por objetivo “adequar a eficácia das sentenças de inconstitucionalidade às situações da vida, mitigando a excessiva rigidez que pode advir desse contexto” (BULOS, 2011, p. 349).

Ocorre que o art. 27 da Lei nº. 9.868/99, além de expressamente prevê a possibilidade de modulação, instituiu duas exigências, que deverão ser atendidas concomitantemente.

A primeira consiste numa exigência formal-procedimental, a qual dita que o Supremo Tribunal Federal só poderá determinar a modulação pelo voto de, no mínimo, 8 (oito) ministros.

Para que ocorra a declaração de inconstitucionalidade, é necessário o quórum de instalação de, no mínimo, 8 (oito) ministros (art. 22, da Lei nº. 9.868/99), bem como a manifestação de maioria absoluta dos membros pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade (art. 23, da Lei nº. 9.868/99). Vê-se, portanto, que, para modulação dos efeitos, não basta apenas o quórum de maioria absoluta, mas deve-se atingir, em sede de manifestação, o mesmo número de ministros do quórum de instalação.

A segunda, por outro lado, condiz a uma exigência material-substancial, que condiciona a modulação somente por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Desse modo, torna-se possível verificar que a mitigação do dogma da nulidade pelo Supremo Tribunal Federal é uma decisão de suma importância, porque, ao mesmo tempo em que enfraquece o dogma da nulidade, também macula o princípio da supremacia da constituição.

Nesse mesmo trilhar, cabe ressaltar o que ensina MORAES (2009, p. 759), *in verbis*:

Em relação à amplitude dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal poderá afastar a regra geral no sentido dos efeitos gerais (*erga omnes*), para afastar a incidência de sua decisão em relação a algumas situações já consolidadas (garantia da segurança jurídica), ou ainda para limitar, total ou parcialmente, os efeitos temporais da declaração (*ex tunc*) ou os efeitos repristinatórios da decisão, declarando a validade de alguns atos praticados na vigência da norma.

Com efeito, a flexibilização do dogma da nulidade confere a possibilidade da sentença conceder eficácia *ex nunc*. Assim, todos os atos arrimados na lei inconstitucional não seriam, de pronto, declarados nulos.

3.3 Da Ponderação de Interesses

Ressalta-se que a decisão moduladora do Supremo Tribunal Federal deve estar pautada num juízo de ponderação, a fim de viabilizar a preservação da higidez constitucional.

Insta salientar que a modulação de efeitos “trata-se de opção interpretativa excepcional fundada em razões de segurança jurídica e interesse social, cuja finalidade é evitar a ocorrência de maiores danos sociais com a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade” (MORAES, 2009).

Impende reconhecer, portanto, que há um duelo entre o dogma da nulidade inconstitucional com os princípios constitucionais da segurança jurídica e do excepcional interesse social, no qual a decisão do Pretório Excelso será tomada como a vontade constitucional.

De acordo com Mendes (2009), a vontade constitucional deve ser encontrada por meio de critérios que observam, obrigatoriamente, a razoabilidade e a

proporcionalidade, seja para preservar a higidez constitucional por meio do dogma da nulidade ou a segurança jurídica e o excepcional interesse social.

Destarte, não é uma tarefa fácil reconhecer a necessidade da utilização do instituto da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista que nem sempre a vontade constitucional apresenta-se de forma cristalina a propiciar uma compreensão que foge à regra.

3.4 Da Segurança Jurídica

Observa-se, portanto, que “razões de segurança jurídica podem revelar-se, igualmente, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional” (MENDES, 2009).

A respeito da temática, eis o magistério de Nader (2008), *in verbis*:

Pode-se dizer, de outro lado, que a segurança jurídica possui um duplo aspecto: *objetivo* e *subjetivo*. O primeiro corresponde às qualidades necessárias à ordem jurídica e já definidas, enquanto o subjetivo consiste na ausência de dúvida ou de temor no espírito dos indivíduos quanto à proteção jurídica.

Portanto, tem-se a segurança jurídica como alicerce da ciência jurídica, porquanto, dela, extrai-se a solidez das relações jurídicas, a certeza de aplicação das normas instituídas, garantindo-se, assim, uma previsibilidade e estabilidade do Direito em um ordenamento jurídico.

Pode-se dizer, inclusive, que a segurança jurídica é um pilar do Estado Democrático de Direito, pois, ao criar a lei, o Estado deve sujeitar-se a ela, conforme substancial lição de Silva (2015):

Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.

[...]

A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de

maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.

3.5 Do Excepcional Interesse Social

Em que pesem as vozes divergentes, não se pode olvidar que o excepcional interesse social abrange, conseqüentemente, o interesse público, pois o Brasil, sendo uma República, tem o povo como legítimo proprietário do poder estatal, de modo que, se os atos públicos devem buscar atender o interesse social, conseqüentemente concretiza-se o interesse público (SILVA, 2015).

E justamente por isso que o excepcional interesse social pode ensejar a mitigação do dogma da nulidade da lei inconstitucional.

Contudo, tal expressão trazida pela Lei nº. 9.868/99 é ampla, o que, em cada caso, pode ensejar uma interpretação não equânime, despontando, daí, uma vez mais, a necessidade de aplicação de um juízo de ponderação, com o fito de evidenciar se é ou não salutar, em sede de declaração de inconstitucionalidade, conferir efeito modulador à declaração de inconstitucionalidade (MARTINS, 2009).

Com propriedade, Bulos (2011) aduz:

A noção de que sejam razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social deve ser tomada em sentido amplo, porque no momento que o legislador – corretamente, a nosso ver – confere ao Pretório Excelso o poder de ponderar quanto aos valores em disputa, abre-se uma gama enorme de possibilidades de concretização constitucional à luz de um juízo de conveniência e oportunidade, algo que suplanta, em muito, o mero ato de declarar a inconstitucionalidade normativa.

Sendo assim, o ideal seria uma fundamentação mais rigorosa para que ocorra a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a fim de evitar um aprofundamento pelo Poder Judiciário na seara da discricionariedade e no controle dos atos legislativos, o que, decerto, afetaria a separação dos Poderes estabelecida no art. 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3.6 Do Aspecto Temporal da Modulação

Estabeleceu-se no art. 27, da Lei nº. 9868/99, que o Supremo Tribunal Federal poderá, ao declarar a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, conferir

eficácia à decisão apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (*ex nunc*) ou a partir de data futura definida no próprio *decisum* (efeitos prospectivos).

Como bem explica Moraes (2009), a modulação dos efeitos pode empregar “efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativos, a partir do trânsito em julgado da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, desde que fixados por 2/3 dos Ministros do STF” ou, ainda, suspender os efeitos dessa declaração por um tempo determinado na própria sentença (efeitos *pro futuro*).

Sobre os efeitos prospectivos, impende destacar a perspicaz compreensão de Moraes (2009):

Efeitos a partir de qualquer momento escolhido pelo Supremo Tribunal Federal, desde que fixados por 2/3 de seus Ministros. Essa hipótese de restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem limites lógicos que deverão ser expressamente previstos pelo Tribunal.

Ressalta-se que, neste último caso, a lei continuará a ser aplicada pelo prazo determinado pelo próprio Tribunal, com o escopo de preservar a segurança jurídica ou o excepcional interesse social.

Dessa forma, vislumbra-se que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, aliada à necessidade de modulação dos efeitos, a fim de preservar a segurança jurídica ou excepcional interesse social, poderá estabelecer que os efeitos de tal declaração de inconstitucionalidade só operem: a) a partir do trânsito em julgado da decisão declarando a inconstitucionalidade (efeito *ex nunc*); e b) a partir de outro momento a ser fixado pelo Supremo Tribunal Federal, conceituado como efeito *pro futuro*.

Por fim, curial demonstrar a aplicação da modulação no caso concreto. Portanto, toma-se, como exemplo, a modulação ocorrida na decisão de inconstitucionalidade proferida na ADI nº. 4.125/TO, julgada no dia 10/06/2010, pelo Supremo Tribunal Federal.

3.7 Da análise da ADI nº. 4.125/TO

A título de ilustração, cumpre ressaltar o julgamento da ADI nº. 4.125/TO, que, em ação direta proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), declarou inconstitucional a Lei Estadual nº 1.950/2008.

É que o dito ato normativo, além de dispor sobre a organização e estrutura básica do Poder Executivo, trouxe em seu bojo a criação de 35.000 (trinta e cinco mil) cargos em comissão, fato este sobejamente desproporcional se comparado ao quantitativo de cargos de provimento efetivo.

Não bastasse, o art. 8º, do aludido normativo, conferiu poderes ao Chefe do Executivo Estadual para criar novos cargos sem a edição de lei, fato que fere de morte a inteligência prescrita no art. 61, § 1º, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, *in verbis*:

A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

E, por essas razões, o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, declarou a inconstitucionalidade dos artigos, anexos, tabelas e expressões constantes na Lei tocaninense nº. 1.950/2008, por ferirem a moralidade administrativa, o respeito à exigência constitucional no concurso público (CF, art. 37, II) e o comando de criação de cargos através de Lei (CF, art. 61, § 1º, II, a). A propósito, confira-se pertinente a respeito do tema:

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, caput, e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões "atribuições", "denominações" e "especificações" de cargos contidas no art. 8º da Lei tocaninense 1.950/2008, que, ao dispor sobre a organização da estrutura básica do Poder Executivo, criou mais de 35 mil cargos em

comissão. Entendeu-se que a norma impugnada teria desrespeitado os princípios da proporcionalidade, ante a evidente desproporção entre número de cargos de provimento em comissão e os de provimento efetivo, e da moralidade administrativa, além de não observar o disposto no art. 37, V, da CF, haja vista que grande parte dos cargos criados referir-se-ia a áreas eminentemente técnicas e operacionais, não se revestindo de natureza de chefia, direção ou assessoramento, o que estaria a burlar, por conseguinte, a exigência constitucional do concurso público (CF, art. 37, II). Considerou-se, ademais, que o art. 8º da lei em questão, ao delegar ao Chefe do Poder Executivo poderes para, mediante decreto, dispor sobre as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado, teria deixado em aberto a possibilidade de o Governador, a pretexto de organizar a estrutura administrativa do Estado, criar novos cargos sem edição de lei, em afronta ao que disposto no art. 61, § 1º, II, a, da CF. (ADI 4125/TO, rel. Min. Cármen Lúcia, 9 e 10.6.2010).

Como de sapiência comum, segundo o dogma da nulidade da lei inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade opera com efeitos *ex tunc*, de modo a fulminar as relações jurídicas eivadas pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo desde a sua origem.

Portanto, se houvesse a aplicação dos efeitos que, em regra, incidem sobre a declaração de inconstitucionalidade no controle jurisdicional concentrado à espécie, tem-se que a criação de 35.000 (trinta e cinco mil) cargos em comissão seria nula desde editado o ato normativo inconstitucional, bem como todos os atos emanados pelos servidores nomeados enquanto não declarada a inconstitucionalidade, o que causaria inegável e insuperável entrave à Administração Pública tocantinense, mormente porque a maioria dos cargos criados era direcionada para suprir as demandas públicas de serviços essenciais.

Dessa forma, não restou alternativa senão aplicar à hipótese o instituto da modulação de efeitos, a fim de evitar dano irreparável ao Estado do Tocantins, preservando a segurança jurídica (atos praticados pela Administração Pública por meio dos servidores ilegalmente investidos) e o excepcional interesse social (manutenção dos serviços essenciais), conforme se depreende do excerto abaixo:

Por fim, tendo em conta que os cargos criados pela Lei 1.950/2008 constituem mais da metade dos cargos da Administração Pública do Estado do Tocantins, sendo que alguns se referem a atividades estatais essenciais aos cidadãos, que não poderiam ser onerados pela ausência da prestação em setores sensíveis como os da educação, da saúde e da segurança pública, fixou-se o prazo de 12 meses, a contar da data deste julgamento, a fim de que o Poder Executivo reveja as nomeações feitas quanto aos cargos criados pelas normas declaradas inválidas, desfazendo-as e substituindo-as pelo provimento dos cargos de igual natureza e de provimento efetivo vagos, mediante realização de concursos públicos ou pela criação de novos cargos, de provimento efetivo, para o desempenho das funções correspondentes às entregues a ocupantes de provimento comissionado com base na lei impugnada. Determinou-se, também, a remessa de cópia do processo e do acórdão ao Ministério Público estadual e ao Conselho Nacional do Ministério Público. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que não fixavam nenhum prazo. Alguns precedentes citados: ADI 2551 QO-MC/MG (DJU de 20.4.2006); RE 365368/SC (DJU de 29.6.2007); ADI 3706/MS (DJE de 5.10.2007); ADI 3233/PB (DJU de 14.9.2007); ADI 2661 MC/MA (DJU de 23.8.2002); ADI 3232/TO (DJE de 3.10.2008); ADI 3983/TO (DJE de 3.10.2008); ADI 3990/TO (DJE de 3.10.2008). (ADI 4125/TO, rel. Min. Cármen Lúcia, 9 e 10.6.2010).

Insta consignar que, neste caso específico, a modulação dos efeitos ocorreu *pro futuro*, ou seja, os Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam pela necessidade de estabelecer uma data futura para que a declaração de inconstitucionalidade começasse a operar, razão pela qual fixou-se o prazo de 12 (doze) meses para que o Poder Executivo fizesse as modificações pertinentes quanto aos servidores comissionados e promovesse o devido concurso público.

E daí se percebe o importante o acerto da legislação ao propiciar não só o emprego de efeitos não retroativos à declaração de inconstitucional, mas também prospectivos, porquanto, caso contrário, 35.000 (trinta e cinco mil) servidores comissionados seriam exonerados ao tempo da declaração de inconstitucionalidade, de modo a deixar o Estado do Tocantins desprovido de força laboral, para a realização de serviços essenciais à população.

Destarte, sabiamente, a Excelsa Corte entendeu pela aplicação à espécie da modulação dos efeitos *pro futuro*, estabelecendo um prazo para que o Poder Executivo promovesse concurso público, a fim de que fosse possível prover os cargos que ficariam vagos com a aplicação de efeitos *ex nunc* ou do próprio dogma da nulidade.

Conclui-se que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é um instituto válido e que deve ser utilizado de forma excepcional, na medida em que, conforme incansavelmente exposto em linhas volvidas, a regra é a aplicação do dogma da nulidade.

Nessa vereda, pertinente a lição de Mendes (2009):

Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante.

Para Oliveira (2010), a atuação do Supremo Tribunal Federal, ao modular os efeitos de eventual decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não pode ser indiscriminada, porquanto, ao assim fazê-lo, mitiga-se o princípio da nulidade, privilegiando-se, ainda que com o objetivo de resguardar a segurança jurídica e o excepcional interesse social, normas flagrantemente inconstitucionais, o que pode incentivar a edição de legislações eivadas de inconstitucionalidade, dotadas de poder para modificar a vida social, já com o objetivo de que umas ou outras relações jurídicas nelas pautadas subsistam.

Apesar de ser a solução menos drástica em certos casos, não é demais lembrar que modular os efeitos é negar temporariamente vigência à Carta Magna, o que inegavelmente malferirá a sua higidez.

CONCLUSÃO

A modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade é baseada na ponderação da vontade constitucional. Pode-se, por ela, contribuir para manter o equilíbrio afetado com a declaração de inconstitucionalidade e a possível incidência do princípio da nulidade ou, se usada sem qualquer proporcionalidade, provocar a mitigação da supremacia constitucional e, conseqüentemente, o desfazimento de seu estado salutar.

Certamente, o caminho mais viável, e, aparentemente, ausente de riscos, seria dar maior ênfase ao controle de constitucionalidade preventivo, que é exercido pelos órgãos de natureza política no processo legislativo, isto é, antes da vigência da lei ou ato normativo.

Assim, evitar-se-ia a necessidade de utilização do controle de constitucionalidade jurisdicional. Ressalta-se que o controle jurisdicional é acionado para sanar os devaneios do Poder Legislativo ou Executivo, que ao editar Leis ou atos normativos ferem o texto constitucional.

Convém destacar, por outro lado, que, nos 14 (catorze) anos da publicação da Lei nº. 9.868/99 (base legal da modulação), o Supremo Tribunal Federal vem utilizando com equidade tal instituto, sempre de modo a preservar a higidez constitucional. Exemplo disso foi a modulação de efeitos na ADI nº. 4.125, a qual foi devidamente demonstrada neste trabalho.

Insta consignar que o direito passa por modificações a todo instante. A sociedade evolui e obriga o direito a evoluir com ela. Assim, nada impede que o dogma da nulidade da lei inconstitucional, antes tido como absoluto, possa a ser flexibilizado, desde que a vontade constitucional assim exija.

Percebe-se, portanto, o acerto legislativo ao conceder, por meio da Lei nº. 9.868/99, a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto, em certos e excepcionais casos, afigura-se constitucionalmente vantajoso mitigar o princípio da nulidade em favor de preservar a segurança jurídica e/ou o excepcional interesse social.

Por fim, ressalta-se que o dogma da nulidade da lei inconstitucional ainda é a regra adotada no ordenamento jurídico brasileiro, o que não obsta, quando em evidente necessidade, à luz da razoabilidade, a possibilidade de modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12/04/2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2006.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional / Alexandre de Moraes**. – 24. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito / Paulo Nader** – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional / Marcelo Novelino**. – 15. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Deijanes Batista de. **A modulação dos efeitos da decisão do STF na ADI 4125**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> – acesso em: 19/04/2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2009.

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 1.ed., São Paulo: Editora SRS.

LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE UMA ANÁLISE DOGMÁTICA COMPARATIVA COM A LEI Nº 4.898/65

SAYARA JOSEFA RIOS KURIYAMA:
Bacharelanda em Direito na Faculdade
Serra do Carmo, Palmas-TO.

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO²⁶

(orientador)

RESUMO: Aprovada enquanto vigorava o regime da ditadura militar, a Lei nº. 4.898 de 1965 teve vigência de mais de cinquenta anos, até que, no ano de 2019, teve suas disposições revogadas a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 ser sancionada. As normas em questão estabelecem responsabilização das autoridades que no desempenho de suas funções, cargos e mandatos agem com excesso, de modo a atingir direito de outrem. Com a edição da nova lei, as condutas consideradas abuso de autoridade passaram a ser tratadas de forma mais específica, em observância às prerrogativas dos sujeitos ativos e resguardando o direito das vítimas. Diante da revogação total de texto anterior, a problemática analisada nesta pesquisa jurídica consiste na comparação entre os textos em questão. O objetivo geral pretendido consiste na exposição do resultado comparativo entre as leis. O estudo se apresenta como pesquisa bibliográfica a medida que, expõe posicionamentos legais e doutrinários sobre o tema abordado e conclui indicando as principais inovações no combate ao abuso de autoridades.

Palavras-chave: Abuso. Autoridade. Lei 4.898/65. Lei. 13.869/19. Comparação.

ABSTRACT: Approved while the military dictatorship was in force, Law no. 4,898 of 1965 was valid for more than fifty years, until, in 2019, its provisions were revoked with the sanction of Law No. 13,869, of September 5, 2019. The rules in question establish the responsibility of the authorities that in the performance of their functions, positions and mandates act in excess, in order to achieve the rights of others. With the enactment of the new law, conduct considered abuse of authority began to be dealt with in a more specific way, in compliance with the prerogatives of active subjects and safeguarding the rights of victims. In view of the total revocation of the previous text, the problem analyzed in this legal research consists in the comparison between the texts in question. The intended general objective is to expose the comparative result between the laws.

²⁶ Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Especialista em Ciências Criminais e também em Direito e Processo Administrativo. Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins. Professor de Processo Penal e Direito Penal. Escritor de obras jurídicas. Delegado da Polícia Civil do Tocantins.

The study presents itself as bibliographic research as it exposes legal and doctrinal positions on the topic addressed and concludes by indicating the main innovations in the fight against abuse of authorities,

Keywords: Abuse. Authority. Law 4,898 / 65. Law 13,869 / 19. Comparison.

INTRODUÇÃO

A instituição de órgãos e serviços públicos se torna possível através dos funcionários públicos que atuam em nome do Estado no exercício de suas funções. Muitos desses servidores recebem proteção legal quanto ao desempenho de suas atividades, contudo, também têm limitação em sua atuação, sob pena de configuração das práticas de abuso.

O abuso de autoridade consiste em um comportamento habitual de um indivíduo que tem poder e utiliza esta posição sobre a pessoa subordinada para obter benefícios, prejudicar terceiros, entre outras vantagens.

Comum em tempos sombrios, como da ditadura por exemplo, a conduta foi tipificada como crime primeiramente pela Lei nº 4.898/65, contudo no ano de 2019 foi sancionada uma nova lei que regulamenta o abuso de autoridade de forma mais complexa, qual seja a Lei nº 13.869/2019. O que conseqüentemente revogou a lei anterior.

Ante da alteração legislativa, vale ressaltar o estudo acerca das recentes disposições legais, especialmente quanto às alterações que mais sofreram impacto com a atual Lei de Abuso de Autoridade nº 13.869/2019, fazendo um comparativo com a Lei nº 4.898/65, ora revogada.

Portanto o presente artigo trata quais foram as alterações trazidas de modo mais amplo, e apresenta de forma minuciosa as alterações do sujeito ativo do crime, o tipo de ação penal, os efeitos da condenação, as penas e sanções aplicadas quando comprovado o abuso de autoridade.

Elaborada através de revisão bibliográfica, esta pesquisa científica expõe seus resultados através do método dedutivo, a partir de uma noção geral acerca do abuso de autoridade, passando pelas determinações vigentes, para concluir sobre as principais inovações observadas no ordenamento jurídico brasileiro.

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DO ABUSO DE AUTORIDADE

Antes de passar ao estudo específico sobre a responsabilização do agente público por casos de abuso de autoridade, é necessário indicar em que consiste essa prática muito apontada no decorrer dos processos, principalmente quando se trata de atuação policial, especialmente quem pode ser considerado autoridade. Portanto, se faz a partir de agora um apanhado dogmático do que se considera abuso de autoridade.

Os autores da obra *Abuso de Autoridade* (Gilberto Passo de Freitas e Vladimir Passos de Freitas), conceituam, pois, autoridade como sendo a pessoa que, em razão do cargo, emprego ou função pública que ocupa, ainda que sem remuneração e transitoriamente, detenha o poder de determinar, de subordinar ou de se fazer obedecer. Assim, constitui-se "abuso de autoridade" quando uma autoridade pública, no uso de suas funções, pratica qualquer atentado contra a liberdade de locomoção, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, a liberdade de consciência e de crença, o livre exercício do culto religioso, a liberdade de associação, os direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto, o direito de reunião, a incolumidade física do indivíduo e, aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional (incluído pela Lei nº 6.657, de 5 de junho de 1979). O abuso de autoridade levará seu autor à sanção administrativa civil e penal, com base na lei (BARBOSA, 2020, p.1).

Benigno Núñez Novo simplifica a definição afirmando que "abuso de autoridade é conceituado como o ato humano de se prevalecer de cargos para fazer valer vontades particulares. No caso do agente público, ele atua contrariamente ao interesse público, desviando-se da finalidade pública" (2019, p.1).

O abuso, portanto, não se confunde com outras práticas, a medida que ocorre quando a autoridade faz mais do que deve, se excedendo no rigor de sua função; enquanto que a prevaricação significa fazer aquém do devido e a violência arbitrária é o uso de violência afastado da finalidade pública (COGAN e SILVA, 2020).

A proibição dessas condutas tem por base principiológica a proteção aos direitos humanos e também à limitação da atuação da autoridade pública. Em razão da necessidade, o Brasil possui regulamentação específica sobre a matéria.

2 BREVE HISTÓRICO E SURGIMENTO DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE –LEI Nº 4.898/65

A primeira lei de abuso de autoridade brasileira foi sancionada em 9 de dezembro de 1965, tinha como objetivo amenizar os abusos que estavam sendo cometidos, em sua maioria, por policiais na época em que o governo nacional era executado em regime de ditadura militar (BRASIL, 1965).

Composta de 29 artigos, a Lei nº 4.898/65 possibilitou o direito de representação e de responsabilidade civil, administrativa e penal das autoridades que cometessem os abusos regulados pela lei. Conforme os artigos 3º e 4º tornou-se cristalino o conceito de abuso de autoridade.

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo;
- j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Em continuação às hipóteses anteriores, o artigo seguinte apresenta uma série de outras condutas puníveis ao mesmo título:

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
- h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;
- i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade
- i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. *(BRASIL, 1965)*

A Lei também apresentava o procedimento a ser adotado para o protocolo, bem como o decorrer da representação, com sanção não apenas no âmbito criminal, mas também cível e administrativa (BRASIL, 1965). Sobre tais circunstâncias, são tratadas mais adiante quando das comparações com a nova lei.

Acontece que com o passar dos anos essas disposições tornaram-se frágeis dentre a realidade vivenciada pelos indivíduos, principalmente as sanções decorrentes do abuso de autoridade, bem como as inovações processuais disponíveis no

ordenamento jurídico. Com isso, uma nova lei foi colocada em vigor, revogando-se completamente as disposições anteriores.

Antes de realizar o apontamento das alterações que ocorreram após a revogação, é necessário ponderar as críticas e inaplicabilidade que a lei 4.898/65 vinha sofrendo em quase 54 (cinquenta e quatro) anos de vigência, principalmente por meio de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

2.1 CRÍTICAS À LEI Nº 4.898/65

Durante o período de ditadura militar originou-se lei de abuso de autoridade 4.898/65, onde a autoridade policial e o Estado se encontravam desgastados publicamente, onde conceituou o crime abuso de autoridade (NUCCI, 2019).

O indivíduo que cometia o crime previsto na referida lei estava sujeito a tríplice responsabilidade: administrativa, civil e penal. Todavia, a apuração se apresentava morosa, bem como, as sanções previstas soavam como falsas punições, pois a lei foi sancionada em um período que foi considerado sem democracia, onde o desrespeito com os cidadãos era generalizado por parte das autoridades.

A Lei nº 4.898 de 1965, dispôs em seus artigos que, constitui abuso de autoridade qualquer atentado contra os direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. Contudo, pode-se verificar que esta lei era de difícil aplicação prática, contendo um texto aberto em alguns de seus artigos, outrora ocupando tão somente um simbolismo de pouca efetividade, como se observa nas palavras de Sabino (2017, p. 13) “[...] a prática de abuso de autoridade tornou-se habitual tanto no âmbito administrativo quanto no exercício da atividade policial, deixando explícita a pouca ou nenhuma efetividade preventiva e punitiva da Lei 4.898/65 (RODRIGUES E OLIVEIRA FILHO, 2020, p.1).

Uma das críticas consistia na tipificação dos delitos. Guilherme de Souza Nucci (2020) saliente que os tipos penais da Lei 4.898/65 em sua maioria abertos e não taxativos, o que levava a uma interpretação por parte dos aplicadores da lei.

Assim, “os tipos nela previstos, são abertos objetivamente, e subsidiários aos demais previstos em outras leis que possuem mais especificidade quanto à criminalização da conduta do servidor ou agente público”. (BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 789)

Sobre as condutas indicadas até então, acrescenta-se o fato de não haver na época a descrição de cada uma delas. Ao comentar as condutas tipificadas, no artigo 3º da Lei revogada, Nucci (2019) aponta suas críticas, segundo Nucci (2019).

Não há descrição de nenhuma das condutas previstas no tipo incriminador. Todas elas se referem a meros *atentados*, o que significa, por si só, uma tentativa. Portanto, torna-se inconcebível punir alguém com base numa *tentativa de violação* de liberdade de locomoção, por exemplo, visto redundar em situação completamente aberta, sem limite ou parâmetro, fomentadora de insegurança jurídica visível (NUCCI, 2019, p. 189).

Além disso, as sanções aplicadas eram de apenas 10 dias a 6 meses de detenção. O mencionado curto prazo de punição tornava a prática delitiva insignificante, principalmente com o passar dos anos. Portanto, a atualização da lei se apresentou viável.

A modernização das condutas que configuram Abuso de Autoridade, pode ser considerada o acerto mais evidente da nova legislação. Já que a normas anteriores possuíam mero caráter paliativo, sem aplicabilidade efetiva, e estavam diretamente relacionadas a períodos controversos da história do Brasil (SOUZA, 2020, p.1).

Isto posto, devido a ineficiência e inaplicabilidade da lei, tornou-se habitual o abuso de autoridade, sendo constante na vida dos cidadãos, principalmente na classe baixa e média-baixa, pois infelizmente há uma cultura de “dois pesos, duas medidas”.

Em se tratando de indivíduos levados ao Poder Judiciário, o exercício dos policiais, representantes do Ministério Público e Juízes também se tornou objeto de críticas, com maior destaque em razão da ampla divulgação das investigações da Operação Lava Jato, em que foram apontados excessos que teriam sido praticados dessas autoridades (NUCCI, 2020).

De fato, pode-se afirmar que “os principais pontos da nova lei se baseiam em experiências que resultaram de ações da **Operação Lava-Jato** e, embora não devam afetar os processos que já foram julgados, têm potencial para mudar decisões judiciais tomadas a partir de agora” (SOUZA e VASCONCELLOS, 2020, p.1).

Sobre os termos da lei mencionada, a seguir são analisados.

3.A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

Diante das críticas mencionadas, a lei de abuso de autoridade n° 4.898/65 foi revogada pela nova lei n° 13.869 de 5 de setembro de 2019, que trouxe modificações pertinentes para o tema. Contudo, a nova lei não se isenta de observações, haja vista o seu processo legislativo, dotado de vetos e questionamentos que resultaram na alegação de insegurança jurídica por parte dos agentes públicos (SOUZA, 2020).

As disposições da Lei 4.898/65 eram consideradas como normas penais em aberto, a nova lei regulamenta matéria já positivada anteriormente, não significando o surgimento de uma grande novidade.

A promulgação desse novo diploma a respeito de matéria já positivada no ordenamento jurídico brasileiro teve como justificativa a necessidade da adoção de tipos penais mais taxativos para os delitos de abuso de autoridade, a fim de evitar a insegurança jurídica anteriormente observada, dada a descrição normativa aberta (MIRANDA, 2020, p.1).

Além da regulamentação do abuso de autoridade em si, a lei em estudo trouxe alterações em outros diplomas legais, disciplinando especialmente os direitos de acusados no tocante ao seu aprisionamento temporário, bem como o processamento de sua investigação e a produção de provas.

A nova lei alterou, também, dispositivos da Lei de Prisão Temporária, acerca da expressa previsão, no mandado, da duração da prisão temporária e da data da libertação do preso, bem como, a obrigação da autoridade responsável pela custódia pôr o preso em liberdade, imediatamente e independentemente de ordem judicial, salvo exceções, após o final do prazo determinado, e passou a incluir o dia do cumprimento do mandando de prisão, no cálculo do prazo da prisão temporária.

Já na Lei de Interceptação Telefônica, passou-se a tipificar a autoridade judicial que determina a execução de interceptação telefônica, de informática ou telemática, ou que determine a escuta ambiental ou a quebra do segredo de justiça com objetivos ilegais, figura que punia, até então, apenas o agente que realizasse essas condutas sem autorização judicial (SOUZA, 2020, p.1).

Apesar do exposto, e da existência de normas já positivadas, a aprovação da nova lei trouxe modificações relevantes e portanto, o estudo de seus dispositivos se apresenta necessário.

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA LEI 13.869/2019

O projeto para alteração da lei de abuso de autoridade originou-se em razão das apontadas críticas à lei anterior, potencializadas pelo andamento da Operação Lava Jato, cuja aprovação causou impacto direto. Apesar de ter ganhado força no decorrer da mencionada operação judicial, o projeto originou-se no ano de 2017.

A nova Lei de Abuso de Autoridade descende do Projeto de Lei nº 7.596, apresentado em 10 de maio de 2017, cuja autoria é, do então, Senador Randolfe Rodrigues. No entanto o projeto só teve a sua discussão iniciada, em turno único e em regime de urgência, na Sessão Deliberativa Extraordinária da Câmara dos Deputados, em 14 de agosto de 2019 (SOUZA, 2020, p.1).

Em razão do exposto, para alguns, a edição da Lei 13.869/2019 consistiu em um ato de revanche por parte dos políticos, sujeitos às investigações e atos da polícia e autoridades judiciais (SOUZA, 2020).

Sancionada pelo presidente Jair Bolsonaro em setembro do ano passado com vetos a uma série de artigos — muitos restaurados posteriormente pelos parlamentares —, a agilidade na tramitação da lei é avaliada como uma reação política aos abusos cometidos pela operação “lava jato”. O texto estava parado no Senado desde 2017 (ANGELO, 2020, p.1).

A lei de abuso de autoridade 13.869 entrou em vigor em 05 de setembro de 2019, após 2 anos de debate no Congresso Nacional. Durante este período, o Senado sofreu alterações consideráveis na sua composição, sendo que, 63% dos que votaram para a aprovação do projeto em 2017 não estão mais no senado. No cenário em que a votação final ocorreu, dos 81 senadores, 49 não tinham mandato em 2017 no momento da aprovação do projeto.

A nova Lei de Abuso de Autoridade - Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019, entrou em vigor em 3 de janeiro de 2020, dia subsequente ao encerramento de sua *vacatio legis* de 120 dias (artigo 45). Iniciou-se o processo legislativo com o Projeto de Lei do Senado Federal - PLS nº 85/2017, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues, do REDE/AP, substitutivo do PLS nº

280/2016, de autoria do Senador Renan Calheiros, do MDB/AL. Foi aprovado, em regime de urgência, pelo plenário do Senado em 26/04/2017. Seguiu, em 10/05/2017, à Câmara dos Deputados, onde recebeu a designação PL nº 7596/2017; após trâmites internos, em 14/08/2019 foi apresentado requerimento de urgência e inclusão na ordem do dia; nessa mesma data, em sessão deliberativa extraordinária, foi aprovado em plenário o PL nº 7596/2017, com uma emenda de redação, sendo demais emendas em geral rejeitadas. Encaminhado à Presidência da República, recebeu 33 vetos, conforme mensagem 406, de 05/09/2019; no dia seguinte, a comunicação foi recebida pelo Congresso Nacional, o qual, em 24/09/2019, deliberou pela derrubada de 18 vetos (o que representa reintrodução de 15 dispositivos com normas penais incriminadores). (COGAN e SILVA, p. 2)

Independentemente da motivação política da aprovação legislativa, certo é que “a prática de abuso de autoridade tornou-se habitual tanto no âmbito administrativo quanto no exercício da atividade policial, deixando explícita a pouca ou nenhuma efetividade preventiva e punitiva da Lei 4.898/65” (SABINO, 2017, p.13).

Após realizadas as considerações mais pertinentes sobre a nova lei de abuso de autoridade, importa destacar as principais diferenças observadas em comparação às disposições da lei anterior. Além das características já observadas até o momento, outras situações são destacadas a seguir.

3.2 INOVAÇÕES NA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE 13.869/2019 EM COMPARAÇÃO COM A LEI Nº 4.898/65

Como resultado claro das mudanças sociais ocorridas ao longo de décadas, a nova Lei de Abuso de Autoridade inovou a temática em vários aspectos, para torná-la mais efetiva, posto que a lei anteriormente em vigor era pouco aplicada na prática.

Editada para atualizar a responsabilização por abuso de autoridade até então regulado pela Lei nº 4.898/65, a Lei nº. 13.869/2019 possui vários pontos divergentes quanto ao texto anterior, o primeiro deles consiste no contexto histórico em que foram editadas, bem como na motivação que deu origem a aprovação dos textos.

A Lei nº 4.898/65 e a Lei nº 13.869/19, apesar de versarem sobre o mesmo assunto, com previsões acerca da configuração dos delitos de Abuso de Autoridade, têm características próprias

quanto a forma que o fazem, já que refletem as épocas em que foram criadas. A primeira tem sua origem em 09 de dezembro de 1965, pouco mais de um ano após o Golpe Militar de 1964, que iniciou um grande período de Ditadura Militar no Brasil, e representou uma tentativa de demonstrar que o então Governo puniria aqueles que abusassem de suas atribuições.

Já a atual Lei nº 13.869 estreia em meio as prisões, condenações e vazamentos de informações relativas a crimes de colarinho branco oriundos da Operação Lava Jato. Funcionando, na verdade, como uma forma de inibir os agentes públicos responsáveis pelas investigações. (SOUZA, 2020, p.1).

A aprovação da lei teve por finalidade uma melhor regulamentação e punição das práticas que envolvem abuso de autoridade, tornando mais eficazes as normativas já existentes anteriormente.

Com a medida, algumas práticas que se tornaram comuns passam a ser passíveis de punição. Entre elas, decretar condução coercitiva de testemunhas ou investigados antes de intimação judicial; realizar interceptação de comunicações telefônicas, informáticas e telemáticas ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial.

Parte das ações já era considerada proibida, mas de modo genérico e com punição branda. Além disso, a legislação anterior, existente desde 1965, visava exclusivamente o poder Executivo. Agora, membros do Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, de tribunais ou conselhos de contas também podem ser alvos de penalidades.

A lei prevê medidas administrativas (perda ou afastamento do cargo), cíveis (indenização) e penais (detenção, prestação de serviços ou penas restritivas de direitos). As penas podem chegar até quatro anos de reclusão (ANGELO, 2020, p.1).

Em seu Art. 1ª, a Lei nº 13.869/2019, configura como abuso de autoridade “os crimes cometidos por agente público, servidor ou não, que no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído, podendo ser cometido por agentes dos três poderes: poder executivo, poder legislativo e poder judiciário.” (BRASIL, 2019).

Em seu artigo 1º da Lei de Abuso de Autoridade vigente, em seus parágrafos 1º e segundo, indica os elementos subjetivos especialíssimos do tipo.

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade (BRASIL, 2019).

Sobre o elemento subjetivo dos crimes de abuso, vale ressaltar que na legislação atual, nos crimes de abuso de autoridade, a culpa é inexistente, pois sempre haverá dolo do agente que age para alcançar o interesse pessoal. Essa novidade é vista como elemento protecionista, situação que outrora era apontada pela doutrina e jurisprudência, mas não era prevista em lei.

Deve-se, inclusive, elogiar o cuidado legislativo em colocar, de maneira destacada, que todos os tipos penais configuradores de crime de abuso de autoridade exigem, além do dolo, a especial finalidade de "prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal". São variadas alternativas finalísticas, embora todas sejam particularmente reprováveis, razão pela qual se o agente público prender uma pessoa apenas para prejudicá-la; somente para se beneficiar disso; exclusivamente por capricho (vontade arbitrária ou birrenta) ou unicamente para satisfação pessoal (regozijo), indiscutivelmente estão abusando do seu poder. Ora, a imensa maioria dos agentes de segurança pública, membros do Ministério Público e autoridades judiciárias atua de maneira lisa e honesta, sem nem pensar em se exceder no campo da sua autoridade. É preciso lembrar que, na lei 4.898/65, coube à doutrina e à jurisprudência exigir, para configurar abuso de autoridade, a finalidade específica de se exceder para prejudicar

outrem ou satisfazer a si mesmo. A atual lei 13.869/19 é muito mais garantista e protetora. O agente público está amparado pelo escudo do elemento subjetivo específico, que é muito difícil de explorar e provar; (NUCCI, 2019, p.1)

Em que pese determinadas situações terem se tornado de difícil comprovação do elemento subjetivo do tipo, em outras não há óbice tamanho, em razão dos registros audiovisuais serem hábeis a esclarecer o dolo do agente público.

No entanto, com base nos casos de cobertura dos meios de comunicação de presos e detentos sob custódia das autoridades públicas, tem-se que a finalidade específica de agir *prejudicar outrem* pode ser facilmente provada pelas mídias audiovisuais e fotográficas veiculadas nos programas televisivos e em matérias jornalísticas de massa. Como exemplo, podem ser citados programas nacionais e regionais que realizam a cobertura da apresentação de detidos em delegacias de polícia, os quais são enfileirados algemados em frente a um painel, acompanhados das autoridades policiais, e são por estas obrigados a conceder entrevistas que, na maioria dos casos, consistem na exposição dos custodiados ao ridículo (MIRANDA, 2020, p.1).

Outra característica inovadora se observa do artigo 2º da lei 13.869/19, que agora indica expressamente o sujeito ativo do crime de abuso de autoridade, indicando as autoridades compreendidas no conceito legal, mas destacando que não se limitam a estes. Anteriormente, a Lei nº 4.898/65 se limitava a conceituar autoridade, o que deixava brechas quanto ao sujeito praticante do feito.

Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a:

- I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas;
- II - membros do Poder Legislativo;
- III - membros do Poder Executivo;

IV - membros do Poder Judiciário;

V - membros do Ministério Público;

VI - membros dos tribunais ou conselhos de contas.

Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo (BRASIL, 2015).

O Art. 3º classifica que os tipos penais previstos na Lei 13.869/2019 são de ação pública incondicionada, contudo no referido artigo em seu § 1º, admite a ação privada subsidiária podendo ser postulada no período de 6 (seis) meses após esgotar o prazo legal para ingressar com a ação pública (BRASIL, 2019).

Ao discorrer sobre os efeitos da condenação, aponta-se três situações: a reparação dos danos causados e prejuízos sofridos, quando certa a obrigação de indenizar; a inabilitação para exercício de cargo, mandato e função pública por um a cinco anos e a perda de cargo, mandato ou função exercida (art. 4º da Lei 13.869/19).

A alínea "b" do artigo 4º inclui dentre as formas de abuso de autoridade o ato "submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; (BRASIL, 2019)". Esse dispositivo é inovador e chamou atenção de estudiosos.

Observa-se que a lei 13.869/19 adicionou o constrangimento do preso ou detento pela autoridade pública em *exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública e a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro* à já prevista hipótese na norma anterior de *submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei*. É notória, assim, a maior taxatividade introduzida pela nova Lei de Abuso de Autoridade no tocante ao delito do art. 13, antes representado pela alínea b do art. 4º da lei 4.898/65 (MIRANDA, 2020, p.1) (grifos do autor).

Sobre a perda da função, a Lei se mostra benevolente e favorável ao agente público, a medida que, ao prever o período de inabilitação de no máximo 5 anos, possibilita a recuperação do direito do condenado em se tornar mais uma vez autoridade. Já no Código Penal essa possibilidade não existe, a medida que é definitiva a perda do cargo (NUCCI, 2019).

Ato contínuo, o artigo 5º aponta o cabimento das penas restritivas de direito em substituição às privativas de liberdade, são elas: a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e a suspensão do exercício do cargo, função ou mandato, por um ano a seis meses, com a perda dos vencimentos e vantagens. As duas espécies se aplicam de forma autônoma ou cumulativa (BRASIL, 2019).

Com relação aos crimes e penas, a nova lei destinou seu Capítulo VI, que compreende desde o artigo 9º ao 38º, cada qual dos dispositivos contém uma tipificação específica, com previsão de pena adequada. As sanções previstas em lei não são dotadas de rigor excessivo e permitem o processamento segundo a Lei dos Juizados Especiais.

quanto às penas, é preciso ressaltar que várias delas demonstram crimes de menor potencial ofensivo e outras apontam para a viabilidade de aplicação de suspensão condicional do processo. Enfim, não há um único delito que significa pena de prisão como primeira hipótese. Na realidade, o crime de abuso de autoridade é grave, mas não está sendo tratado nem como hediondo nem tampouco com severidade no tocante às penas cominadas, admitindo, claramente, penas restritivas de direitos (mesmo quando não couber transação ou sursis processual); (NUCCI, 2019, p.1)

Segundo Suzane Maria Carvalho do Prado, "na nova lei encontramos como atos suscetíveis de configurar abuso de autoridade, em termos penais, aqueles previstos nos artigos 9º a 38, descritos de forma mais pormenorizada, se comparados com os tipos da lei anterior." (2020, p.1)

Especificamente sobre o disposto no artigo 13 da nova lei, trata-se sobre o constrangimento do preso ou detento, Guilherme de Souza Nucci faz os seguintes apontamentos:

Esse art. 13 da Lei Nova é o correspondente ao art. 4º, "b", da Lei anterior. Mas ele tem muitos entraves para ser aplicado. O tipo penal do art. 4º, "b", da Lei 4.898/65 era muito mais fácil de ser utilizado - e quase nunca foi. O tipo penal do art. 13 da Lei

13.869/2019 prevê que a autoridade condutora do preso aja com violência, grave ameaça ou outro recurso a reduzir a capacidade de resistência do preso (uso de drogas, por exemplo) (NUCCI, 2019, p.1).

Ainda sobre os delitos, mais uma situação relevante consiste na classificação dos crimes tipificados na nova lei, que agora possuem tipificação própria.

Outra importante diferenciação trata da classificação das condutas típicas e das sanções impostas, na Lei nº 4.898/65 têm-se os chamados Crimes de Atentados, tratando-se de delitos formais, não exigem a obtenção de prejuízos ao sujeito passivo, na verdade, restam consumados com o mero atentado a direitos fundamentais trazidos pelo rol do Art. 3º do texto legal; ou aquelas condutas disposta pelo Art. 4º, que acarretam a ilegalidade da prisão, conforme as normas do Código de Processo Penal.

Já na Nova Lei, os crimes tornaram-se materiais, passando a exigir o efetivo prejuízo de terceiros, ou a obtenção de benefícios para o sujeito ativo ou para outrem, assim sendo, passou-se a admitir a modalidade tentada dos delitos. Além disso, muitos dos delitos descritos pela Lei nº 13.869/2019 são plurinucleares, ou seja, possuem uma pluralidade de núcleos do tipo, onde a prática de apenas um deles já enseja na consumação do tipo penal descrito (SOUZA, 2020, p.1).

A exemplo que acontecia na legislação em vigência anterior, se o agente praticar as condutas previstas em lei sofrerá sanções nos campo civil, administrativo ou penal. Sobre o assunto, o capítulo V da lei, classifica que as penas civis e administrativas são independentes das penais.

Sobre as sanções civis e administrativas, leciona o legislador:

Art. 6º As penas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis.

Parágrafo único. As notícias de crimes previstos nesta Lei que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração.

Art. 7º As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal.

Art. 8º Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (BRASIL, 2019).

Contudo, apesar de independentes as punições, na responsabilidade civil e administrativa, não mais se admite o questionamento acerca da existência ou autoria do fato, caso tenham sido objeto de decisão criminal. E em se tratando de coisa julgada cível e administrativo-disciplinar, em caso de sentença reconhecendo ter o ato sido praticado em circunstância de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, de acordo com artigo 8º da Lei nº 13.869/19 e artigo 65 do CPP (LESSA, 2020, p. 28).

Diante das mudanças acima, aliadas ao momento e a forma como se deu a aprovação e entrada em vigor da nova lei, o dispositivo é objeto de questionamentos acerca da constitucionalidade de suas disposições.

3.3 A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.869/2019

Pelo fato de que a sua tramitação legislativa e a entrada em vigor ter causado uma série de questionamentos e inquietação de parcela da sociedade, especialmente das autoridades que viram a tipificação mais precisa de atos que incriminam sua atuação, a Lei nº. 13.869/2019 passou a ser objeto de dúvidas acerca da constitucionalidade de seus dispositivos.

Um dos motivos de questionamento de alguns indivíduos consiste no receio de que a atuação das autoridades sejam inibidas pelo receio de configuração de uma das condutas tipificadas na lei.

A forma como as condutas da Nova Lei de Abuso de Autoridade foram descritas, com elementos vagos e ambíguos, abrem margem para interpretações voltadas a inibir a atuação dos agentes, que por temor à represálias podem deixar de atuar, e findam por praticar o delito de prevaricação, tipificado no Art. 319 do Código Penal (SOUZA, 2020, p.1).

Outro fator de questionamento consiste na falta de credibilidade, atribuída por alguns, às instituições responsáveis pela edição de suas normas. “A Lei de Abuso de Autoridade está sendo polemizada em meio a uma flagrante instabilidade das instituições, seguida de profunda desconfiança e ausência de credibilidade das mesmas, polarizando-se discursos prós e contra às novas regras, que ainda não estão em vigor” (BARBOSA, 2019, p.1).

Por fim, as normas jurídicas em si passaram a ser questionadas em razão da forma em que foram expressadas na lei, o que teria ocasionado confusão principalmente em relação aos conceitos jurídicos.

Diversas ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas contra a chamada nova Lei de Abuso de Autoridade, sendo bons exemplos ilustrativos da linha argumentativa as ADIs 6.238, 6.239, 6.240, 6.266, 6.302. Na essência, as ações abordam três principais formas de argumentos, sendo elas: 1) os conceitos indeterminados presentes nas disposições normativas são inconstitucionais por violarem a legalidade penal e possibilitarem abuso; 2) eles violam o princípio da proporcionalidade; 3) eles caracterizam a criminalização da hermenêutica — os três grandes blocos são demonstrados com diversos exemplos e “desmembrados” no livro (LORENZONI, 2021, p.1).

O fundamento para os questionamentos são variados e se relacionam com o sentimento de segurança jurídica que deve existir entre as partes nas relações reguladas pela lei de abuso de autoridade. Neste ponto, a sociedade está em contínua transformação e a legislação necessita acompanhá-la, através de tipificações corretas.

Além disso, a utilização de conceitos demasiadamente amplos e vagos, também não se sustenta no âmbito do direito penal, já que estas normas devem ser específicas, com a finalidade de conferir o máximo de segurança jurídica as partes, ao julgador, bem como a todos os demais auxiliares da Justiça que possam de alguma forma se sentir inibidos pela nova legislação, que em muitos momentos não deixa, suficientemente, clara a conduta que pretende reprimir.

Bem verdade, que a discussão acerca dos problemas da nova legislação demanda tempo e a análise profunda das novas previsões sob ótica da Constituição Federal, dos princípios fundamentais e das normas de Direito Internacionais das quais o

Brasil se obrigou em atender. Já que a insegurança jurídica causada aos agentes públicos pode inibir a atuação jurisdicional, fato que pode nos fazer regressar a momentos obscuros, em que reinavam os sentimentos de impunidade e a desconfiança na Justiça.

Com a modernização da sociedade, surgem novas formas de abuso, que não podem macular a atuação dos Poderes Públicos, assim faz-se, realmente, necessária a tipificação correta e vinculada, que não deixe margem para oportunismos e outros desvios que deixam o agente público à mercê do que a parte inconformada pode alegar (SOUZA, 2020, p.1).

Contudo, apesar das críticas apontadas anteriormente, entende-se que a inconstitucionalidade não se apresenta no caso em apreço, principalmente em comparação com a legislação anterior.

Isto porque, ao comparar os artigos da lei anterior e os da Lei n. 13.869/2019, tem-se que aquela já se apresentava inoperante nos últimos anos de sua vigência; ao passo que a última surgiu para blindar e proteger ainda mais o agente e servidor público. Em outras palavras, "O que era inútil, pois a Lei 4.898/65 não era utilizada, passa a ser inútil e, mais, produtora de uma blindagem jamais vista em qualquer outra lei penal aos agentes da autoridade (NUCCI, 2019, p.1)."

CONSIDERACOES FINAIS

Apesar de a sanção da Lei nº 13.689 de 15 de setembro de 2019 ter causado certo alvoroço entre as autoridades públicas, especialmente aquelas envolvidas com a execução de investigações criminais e processamento de demandas dessa natureza, em razão de ter sido aprovada quando ainda em vigor a Operação Lava Jato, o novo dispositivo apresenta características positivas.

Há um determinado tempo que a Lei 4.894/65, que até então regulamentava as condutas abusivas, era objeto de críticas doutrinárias e jurisprudenciais em razão de seu texto ser dotado de lacunas jurídicas, deixando ao julgador a difícil missão de analisar os casos de abuso de autoridade levados à apreciação jurisdicional, haja vista a conceituação não ser clara o suficiente.

É cristalino o risco que as autoridades públicas estão expostas constantemente no exercício das suas atividades e até mesmo fora do seu local de trabalho, porém deve haver preparo para lidar com as situações e não ultrapassar o limite de sua atuação estabelecido por lei.

Com o advento da nova lei, a apuração das condutas de abuso tornou-se mais facilitada, uma vez que, a tipificação das condutas passou a ser individualizada; o elemento subjetivo de dolo específico passou a ser expresso, e as autoridades que podem ser enquadradas como sujeito ativo foram indicadas, mas sem excluir outras possibilidades. Sobre os efeitos da condenação, agora está exposto quais serão impostos, bem como a exposição da tríplice responsabilidade (administrativa, cível e penal) também fora regulamentada de acordo com as especificidades do abuso de autoridade.

Apesar de ter a sua constitucionalidade questionada, até o presente ponto, a Lei de Abuso de Autoridade segue em vigência nos moldes aprovados pelo Congresso Nacional, sendo certo que a adaptação total dos juristas ainda não ocorrera por completo, o que justifica a alegada insegurança jurídica.

Contudo, independentemente do contexto em que fora aprovada a lei, urge ressaltar as suas vantagens para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, mesmo tipificando as condutas, a norma não deixa de ser protecionista aos servidores e agentes públicos, tampouco os torna impunes por atos de abuso.

REFERENCIAS

ANGELO, Tiago. Catapultada por excessos da "lava jato", lei contra abuso entra em vigor. Revista Consultor Jurídico, 3 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/lei-abuso-autoridade-entra-vigor-nesta-sexta>>. Acesso em 25 mai. 2021.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOSA, João Paulo Pereira. **Os limites da autoridade**: Quando deixa de ser lei e passa a ser crime. Jus.com, 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/82575/os-limites-da-autoridade-quando-deixa-de-ser-lei-e-passa-a-ser-crime>>. Acesso em 24 fev. 2021.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. A nova Lei de Abuso de Autoridade e a inconstitucionalidade que não é para tanto. **Revista Consultor JURídico, 1 de outubro de 2019. Disponível em:** <<https://www.conjur.com.br/2019-out-01/academia-policia-abuso-autoridade-inconstitucionalidade-nao-tanto>>. Acesso em 26 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 13.869, de 5 de setembro de 2019.** Nova Lei de Abuso de Autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em 24 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº. 4.898, de 9 de dezembro de 1965. **Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm>. Acesso em 24 fev. 2021.

CAVALCANTE, André Clark Nunes [et al.]. **Lei Anticrime Comentada.** – Leme, SP. JH Mizuno, 2020.

COGAN, Bruno Ricardo; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Considerações Sobre O Abuso De Autoridade:** Desenvolvimento Histórico E Atualidades. Revista DIREITO UFMS Campo Grande, MS | v. 5 | n. 2 | p. 270 - 293 | jul./dez. 2019. Submetido em 30/03/2020. Aprovado em 17/04/2020. Disponível em: <<http://ibsp.org.br/ibsp/revista/index.php/RIBSP/article/view/79/92>>. Acesso em 28 fev. 2021.

LEITE, Gisele. Lei de abuso de autoridade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6156, 9 maio 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81872>. Acesso em: 17 mar. 2021.

LESSA, Marcelo de Lima; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; GIUDICE, Benedito Ignácio. **Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019): diretrizes de atuação de Polícia Judiciária.** São Paulo: Academia de Polícia "Dr. Coriolano Nogueira Cobra", 2020.

LORENZONI, Pietro Cardia. **Reflexões sobre interpretação adequada dos crimes da Lei de Abuso de Autoridade.** Revista Consultor Jurídico, 13 de março de 2021. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-a-inseguranca-juridica-gerada-pelo-uso-de-conceitos-juridicos-indeterminados-e-pela-criminalizacao-da-hermeneutica-juridica/>>. Acesso em 26 mai. 2021.

MIRANDA, Luiza Braga Cordeiro de. **A nova lei de abuso de autoridade contra a exploração midiática do crime.** Migalhas, 14 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/334794/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-contra-a-exploracao-midiatica-do-crime>>. Acesso em 26 mai. 2020.

NOVO, Benigno Núñez. **Abuso de autoridade: caracterização.** Direito Net, 13 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11251/Abuso-de-autoridade-caracterizacao>>. Acesso em 20 fev. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A nova lei de abuso de autoridade**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/312282/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>>. Acesso em 05 mar. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Lei de abuso de autoridade blinda ainda mais o agente público**. 2019. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/lei-de-abuso-de-autoridade-blinda-ainda-mais-o-agente-publico/>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Suzane Maria Carvalho do. O destino dos processos de abuso de autoridade com a Lei 13869/19. Revista **Consultor Jurídico**, 11 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/suzane-prado-abuso-autoridade-lei-1386919>>. Acesso em 26 mai. 2021.

RODRIGUES, Luzirene Azevedo; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer de. **As alterações na Lei de Abuso de Autoridade 13.869/2019 no âmbito da polícia: avanços e retrocessos**. Conteúdo Jurídico, 04 de jun. 2020. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54643/as-alteraes-na-lei-de-abuso-de-autoridade-13-869-2019-no-mbito-da-polcia-avanos-e-retrocessos>>. Acesso em 06 mar. 2021.

SABINO, Giovana Aparecida. **A Lei de Abuso de Autoridade no âmbito do controle externo da atividade policial: da banalização à impunidade**. (TCC de Pós Graduação) 2017. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1364/Giovana%20Aparecida%20Sabino_A%20lei%20de%20abuso%20de%20autoridade%20no%20C3%A2mbito%20do%20controle%20externo%20da%20atividade%20policial.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 mar. 2021.

SOUZA, Carola Maciel de. A Nova Lei De Abuso De Autoridade: A Insegurança Jurídica Gerada Pelo Uso De Conceitos Jurídicos Indeterminados E Pela Criminalização Da Hermenêutica Jurídica. Revista Âmbito Jurídico, 1 de junho de 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-a-inseguranca-juridica-gerada-pelo-uso-de-conceitos-juridicos-indeterminados-e-pela-criminalizacao-da-hermeneutica-juridica/#:~:text=BRASIL,13%20de%20dezembro%20de%201965.>>. Acesso em 02 mar. 2021.

SOUZA, Renato; VASCONCELLOS, Jorge. **Lei do abuso de autoridade entra em vigor hoje sob críticas**. Correio Braziliense, 03 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/01/03/interna_politica,817967/lei-do-abuso-de-autoridade-entra-em-vigor-hoje-sob-criticas.shtml>. Acesso em 11 abr. 2021.

A LEI 13.465/2017 E O DIREITO À MORADIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LORRANY MILENA DA SILVA COSTA

MELISSA MOREIRA MOURA

Resumo: Neste artigo propomos o estudo e análise da regularização fundiária sobre o enfoque do direito à moradia e se este instrumento jurídico tem competência para dispor do devido direito constitucional. Neste texto serão abordados alguns temas de suma importância para a Lei 13.465/2017, como as suas modalidades de condomínio e institutos da legitimação fundiária, apresentam também estudo não do Direito Civil, mas como o dos outros ramos jurídicos.

Palavras-chave: Direito civil. Dignidade da pessoa humana. Direito da Moradia. Propriedade. Lei da Regularização Fundiária Urbana

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo aborda os aspectos da Lei de Regularização Fundiária de forma geral, em especial, relacionado ao direito à moradia. É abordado toda a evolução do direito à moradia no Brasil e todo o processo da lei supracitada, bem como a correlação com a dignidade da pessoa humana. É claro que no Brasil a regularização é precária e que os legisladores procuram sanar todas as pendências relacionadas a tais direitos e a regularização fundiária foi criada fundamentalmente para melhorar as condições do país e buscar não somente garantia mas também a preservação de existência de qualidade.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, MORADIA E PROPRIEDADE

De acordo com a Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias individuais e sociais, figuram o princípio da dignidade humana, o direito de propriedade, bem como, a atribuição social da propriedade, e o direito à moradia (BRASIL, 1988)

Assim permanece entre eles interligados, para garantir a todos uma existência digna, com direitos básicos garantidos, para a materialização da vida em sociedade, no Estado Democrático de Direito.

O art 1º da Constituição Federal define o Pacto Federativo, traz os fundamentos da República Federativa do Brasil. Os fundamentos equivalem-se aos princípios valores e diretrizes adotados pelo Estado Brasileiro, e com base neles é que a Constituição Federal de 1988 foi produzida.

Sem sombra de dúvida, podemos dizer que um fundamento de grande relevo é o que diz respeito à dignidade da pessoa humana. Para que o ser humano tenha dignidade, deve ser dado acesso a requisitos mínimos de uma vida digna como, por exemplo, alimentação, moradia, saúde, higiene, educação, lazer, etc.

A dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal. Esses direitos fundamentais devem ser considerados de suma importância para buscar reconhecer não apenas que a pessoa é sujeito de direitos e créditos, mas que é um ser individual e social ao mesmo tempo.

No espaço privado, reino da satisfação das necessidades, a pessoa humana é indivíduo, isto é, mostra-se voltada para a realização de suas necessidades biológicas, já no espaço público, a pessoa é um ser social, ou, como preferiu Aristóteles, o homem é um animal político, pois vive e morre na *polis* (comunidade política).

O direito à moradia é um direito preservado pela Carta-Magna instituído como direito fundamental. É revertido na condição de princípio, onde é expectável que seja o mínimo resguardado ao indivíduo. É considerado como direito universal, devendo atender a toda coletividade. Além de ser reconhecido e implantado conjectura da dignidade da pessoa humana desde 1948, sendo recepcionado e ramificado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000.

Este direito acima mencionado, goza de proteção no âmbito internacional fundado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que além desta, é reconhecido como direito humano nos seguintes tratados e declarações internacionais: a) Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (art. 5º, alínea e, inciso III) (BRASIL, 1969); b) Declaração sobre Raça e Preconceito (art. 9, § 2º) (PARIS, 1978); c) Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (art. 14, 2, "h") (BRASIL, 1979); d) Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 27, 3) (BRASIL, 1990), Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1991), entre outras.

Existe requisitos para uma moradia adequada, decorrente da inclusão do art. 11,1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e interpretado amplamente por Alexandra Fuchs de Araújo e Paulo de Araújo Mendes Lima (SÃO PAULO, 2019), como a segurança da posse, disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos, custo acessível, habitabilidade, não discriminação ou priorização de grupos vulneráveis, e localização adequada/adequação cultural.

Segundo Felipe Maciel Pinheiro Barros (2014), não obstante, apesar de constituído em lei, em tempos remotos, sabe-se que existe uma precariedade de moradia, principalmente aos indivíduos de baixa renda - grande maioria. O problema da falta de moradia é, além da má distribuição de renda, é também a ausência de políticas públicas que visam a coletividade e não individualidade, deixando assim de colocar em prática tratados internacionais e direitos sociais positivados na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Para falar sobre a dignidade da pessoa humana atribuída à moradia e propriedade, é necessário entender sobre a função social. Para Venício Salles (2014), a função social é contrária ao interesse individual, visando as necessidades dos conjuntos urbanos.

Entende-se por direito de propriedade o direito patrimonial do homem. Sem dúvida, perfaz um dos valores mais importantes da ordem constitucional brasileira, é um dos pilares dos direitos fundamentais da pessoa humana e ninguém poderá ser destituído de seu patrimônio sem a correspondente e justa indenização.

Direito de propriedade é garantido, desde que ela atenda à sua função social, vide artigo 5º, XXII, da Constituição Federal. Ressalta-se que há limites a esse direito, pois a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Constituição Federal.

Para garantia ao direito de propriedade propicia a efetivação de outros direitos individuais e liberdades, tais como o direito à intimidade, à privacidade, ao lazer, à moradia, à autonomia individual e à preservação da espécie humana. Percebe-se que a moradia e a propriedade andam em conjuntas, interligadas entre si, mas que possuem características distintas.

A propriedade, ou melhor, o direito de propriedade é aquele assegurado pela lei, em que proprietário (pessoa física ou jurídica), pode gozar, usar, e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, além de reaver de quem injustamente o detenha.

Contudo, o direito de propriedade é limitado, porque este possui a finalidade de afastar o individualismo, coibir o uso abusivo da propriedade e garantir que esse direito seja utilizado para o bem comum, preservando as disposições que dispõe art. 5º, XXII, da Constituição Federal.

Já o direito à propriedade (moradia) é aquele pretensão onde o Estado traz como um direito objetivo de todo e qualquer cidadão.

3. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA - REURB

A Regularização Fundiária Urbana (REURB) é o método pelo qual garante o direito à moradia daqueles que residem em assentamentos informais localizados nas áreas urbanas. Consiste, ainda, no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

Na atual situação jurídica brasileira relacionada à moradia e propriedade há inúmeras irregularidades, síntese de algumas medidas jurídicas que correspondem principalmente sobre as soluções dos problemas dominiais, em relação aos ocupantes de uma área pública ou privada que não possui um título que lhe dê segurança jurídica sobre sua ocupação, conforme dispõe em seu art.8º, do Projeto de Lei Ordinária nº. 0064/2020. Isto é um aspecto da falta de um "documento" que dê a plena propriedade ao beneficiário direto da REURB.

A REURB é ordenada pela regularização fundiária de interesse social (REURB-S) e interesse específico (REURB-E), conforme dispõe na sua respectiva Lei Federal 13.465/2017.

Outrossim, vejamos as distinções das medidas da REURB.

As medidas ambientais visam superar os problemas dos assentamentos implantados sem o licenciamento ambiental e o desacordo com a legislação urbana e de proteção ao meio ambiente (BRASIL, 2017).

Já as medidas sociais, por sua vez, garantem as soluções dadas à população beneficiária da Reurb, exclusivamente nas ocupações por famílias de baixa renda, visto que é de uma forma a propiciar o exercício digno do direito à moradia e à cidadania, proporcionando qualidade de vida.

Finalizando com as medidas urbanísticas, que diz ao contrário das medidas sociais, isto é, ela adequar os parcelamentos à cidade regularizada, como a implantação de infraestrutura essencial, exemplos: calçamento, rede de esgoto, rede de energia,

fornecimento de água, subsequentes dos loteamentos implantados sem atendimento das normas legais (LEVY, 2014).

Em face do exposto, de acordo com art. 23 da Lei 13.465/2017, a legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do Poder Público. A Regularização Fundiária só é concedida para as pessoas que tiverem áreas públicas ou privadas, com intuito de unidade imobiliária urbana, porém, será aplicado alguns requisitos disposto no mesmo preceito, §1º, da Lei 13.465/17.

3.1 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL - REURBS

A regularização fundiária urbana de interesse social é um instituto recente, que foi contemplado no Capítulo III da Lei Federal 11.977 de 2009 (Lei da Minha Casa Minha Vida) alterado pela Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017.

A regularização fundiária urbana de interesse social, trata-se do acolhimento de ocupantes informais de baixa renda. A palavra chave para caracterizar essa modalidade é o desenvolvimento social que é buscado ao promover a REURB-S, visando a garantia de valores.

3.2. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE ESPECÍFICO - REURB

A Regularização fundiária é aplicada aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada, detém como critério residual.

Ao contrário da REURB-S, a regularização de interesse social é aplicável a assentamentos não considerados sociais, todo aquele que não cabe, não qualificando a aplicação das condições especiais disponíveis para o interesse social, como demarcação urbanística, legitimação de posse, entre outros.

4. REURB-S e REURB-E - REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E OS SEUS ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS E O DIREITO À MORADIA.

A lei 13.465/2017 expõe regras mais compreensivas para a regularização fundiária de terrenos rurais e urbanos ocupados pela União, ela tem uma maior facilidade quanto ao registro, dispensa de certidão e para os futuros ocupantes existe uma preferência quanto a algumas medidas.

A (REURB-S), é destinada aos ocupantes informais de baixa renda, em critérios determinados pelos municípios, e a de interesse específico (REURB-E), é destinada à

informais ocupados por população não qualificada, critério residual, por pessoas com maior renda.

Salienta-se destacar as mudanças que vieram com a nova lei.²⁷ Tais modificações e alterações tiveram uma suma importância no direito à moradia e os seus aspectos socioeconômicos, pois proporciona de forma nova o direito à moradia com objetivo final de alcançar a propriedade, mas não tão somente com intuito de alcance da propriedade, mas também de dar dignidade e capacidade de regularização através de instrumento ainda não alcançados por outros institutos.

Conforme João Pedro Lamana Paiva (2019, São Paulo), o objetivo da regularização fundiária é reconhecer e estabelecer a propriedade a quem tem somente moradia, sendo certo que esta última é requisito elementar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regularização fundiária urbana (REURB) tem tornado por muito tempo um objetivo de diversos governos, entretanto, tem esbarrado em inúmeros fatores que

27

- A. Regulamentação do direito real de laje entre os arts. 1.510-A a 1.510-E da codificação material e também na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973);
- B. Alteração dos requisitos para a usucapião urbana coletiva, tratada pelo Estatuto da Cidade;
- C. Modificações no tratamento da usucapião extrajudicial ou administrativa, tornando-a possível juridicamente e sanando algumas dúvidas (alterações no art. 216-A da Lei de Registros Públicos, incluído pelo CPC/2015);
- D. Introdução de novas modalidades de condomínio: o condomínio de lotes e o condomínio urbano simples;
- E. Regulamentação do sistema de arrecadação de bens vagos, para os casos de abandono (o art. 1.276 do Código Civil);
- F. Revogação de todo o capítulo da Lei Minha Casa, Minha Vida (Lei 11.977/2009) relativo à regularização fundiária, alterando substancialmente a legitimação da posse e a usucapião extrajudicial dela decorrente;
- G. Alterações de procedimentos relativos à alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, facilitando o recebimento dos créditos;
- H. Modificações na Medida Provisória 2.220, que trata da concessão especial de uso;
- I. Alterações da Lei 9.636/1998, que trata da alienação de bens imóveis da União, Facilitando a extinção da enfiteuse sobre terras da Marinha, por meio da remição;
- J. Introdução de políticas para Regularização Fundiária Urbana (REURB);
- K. Introdução do instituto da legitimação fundiária.

dificultam a sua realização efetiva. Ou melhor, as normas são abrandadas, mas não ao ponto de fixarem o direito de propriedade de forma plena.

A lei nº 13.465/2017 dispensa a apresentação de penalidades tributárias e comprovantes tributários na efetivação do registro do direito real aos favorecidos, visto que, a regularização fundiária poderá ser realizada com um custo menor ou sem custo para o beneficiário, vai depender da condição existente.

Apesar de criada legislação própria, ainda é recente sua movimentação,

Em face do exposto, havendo uma pró atividade em concretizar o direito à moradia, vamos ter uma cidade de condição de vida melhor e com seus imóveis regularizados.

REFERÊNCIAS

CAMBLER, Everaldo Augusto; BATISTA, Alexandre Jamal; ALVES, André Corvelli (Coord.). **Estatuto fundiário brasileiro: comentários à Lei n. 13.465/17**. São Paulo: Editora IASP, 2018. Tomo I, 543p.

MARCHI, Eduardo C. Silveira; KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila (Coord.). **Regularização Fundiária Urbana: Estudos sobre a Lei n. 13.465/2017**. São Paulo: Editora YK, 2019. 288p.

DIP, Ricardo (Coord.). **Regularização Fundiária Urbana Jurisprudência Paulista**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2016, 1ª Edição. 106p.

CUNHA, Michely Freire Fonseca. **Manuel de Regularização Fundiária Urbana - REURB**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2019, 1ª Edição. 224p.

BARROS, Felipe Maciel Pinheiro. **Regularização Fundiária & Direito à Moradia - Instrumentos Jurídicos e o Papel dos Municípios**. Curitiba: Juruá, 2014. 196p.

LEVY, José Renato Nalini Wilson. **Regularização Fundiária**. Curitiba: Juruá, 2014. 196p.

TARTUCE, Flávio. **A lei da regularização fundiária (Lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade**. Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, v. 23, n. 3, 2018.

A EFETIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE PALMAS APÓS O PACOTE ANTICRIME

BRUNO COSTA SERTÃO:
Bacharelado em Direito pela
Faculdade Serra do Carmo/FASEC.

ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO²⁸

(orientador)

RESUMO: O respectivo buscou por nortear aportes discursivos acerca da efetividade do Acordo de Não Persecução penal na terceira vara criminal da Comarca de Palmas após o pacote anticrime. Trata de uma temática atual que determinou novas concepções no ordenamento jurídico brasileiro ao ser promulgado a Lei nº 13964 de 14 de dezembro de 2019. Sendo assim, a questão problematizadora consistiu em averiguar; Quais os desafios e avanços da efetividade do acordo de não persecução penal na 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas após o pacote anticrime? O objetivo geral foi analisar a efetividade do acordo de não persecução penal na 3ª Vara Criminal da comarca de Palmas com a legitimação do Pacote Anticrime Para tanto, a metodologia realizou-se por meio da abordagem qualitativa, com objetivo exploratório-descritivo estruturada em dois campos: bibliográfico e coleta de dados. Ao concluir, verifica-se que a 3ª vara da Comarca de Palmas está realizando suas atividades no que concerne aos acordos de não perserção penal dentro dos pressupostos vivenciais em consonância com o novo formato adotado de isolamento social e medidas sanitárias discorridos por conta de uma pandemia que mudou muitos formatos de atitudes comportamentais e sociais.

Palavras-chave: Efetividade. Acordo. Não Persecução Penal.

ABSTRACT: The respective sought to guide discursive contributions about the effectiveness of the Agreement of Non-Criminal Prosecution in the third criminal court of the District of Palmas after the anti-crime package. It deals with a current theme that determined new conceptions in the Brazilian legal system when Law No. 13964 of December 14, 2019, was promulgated. Thus, the problematizing question consisted of ascertaining; What are the challenges and advances in the effectiveness of the agreement of non-criminal prosecution in the 3rd Criminal Court of the District of Palmas after the anti-crime package? The general objective was to analyze the

²⁸ Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social com ênfase em Jornalismo, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Delegado de Polícia Civil do Tocantins, autor e organizador de obras jurídicas

effectiveness of the agreement of non-criminal prosecution in the 3rd Criminal Court of the district of Palmas with the legitimation of the Anti-Crime Package For this purpose, the methodology was carried out through the qualitative approach, with exploratory-descriptive objective structured in two fields: bibliographic and data collection. In conclusion, it is verified that the 3rd court of the District of Palmas is carrying out its activities with regard to agreements of non-criminal persercution within the experiential assumptions in line with the new adopted format of social isolation and sanitary measures undergone due to a pandemic that changed many formats of behavioral and social attitudes.

Keywords: Effectiveness. agreement. No Criminal Pursuit.

Sumário: Introdução – 2. Precedentes Históricos E Conceituais Do Acordo De Não Persecução Penal No Brasil E Outros Países – 3. O Acordo De Não Persecução Na Lei 13.964/2019 – 4. O Acordo De Não Persecução Na Cidade De Palmas Em Números – 5. Conclusão – 6. Referências.

INTRODUÇÃO

No dia 14 de dezembro do ano de 2019, promulgou-se o conjunto de propostas e reformas denominado como o pacote Anticrime mediante a Lei nº 13964/2019. Diante deste novo contexto para o ordenamento jurídico, o pacote trouxe em sua redação uma reforma em várias áreas das ciências penais.

Dentre as mudanças, para efeito deste trabalho, focou-se essencialmente na inclusão do sistema negocial penal por meio do acordo de não persecução penal, em específico quanto a nova redação do art. 28-A introduzido no CPP.

Essas modificações trazem alguns debates acerca da nova regra referente ao Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, especificamente no que concerne a sua aplicabilidade e interpretação para que se tenha a viabilidade dentro das normas legais, bem como os seus efeitos jurídicos.

Essas mudanças jurídicas advieram em um momento em que se iniciou uma crise pandêmica global, com a descoberta do Covid-19, que forçou a mudanças nas relações sociais que exigiam a presença física, consequentemente alterando a forma de se fazerem audiências penais, perfazendo situações jamais imaginadas para os dias contemporâneos, quando no ano de 2020 toda a comunidade mundial passou a enfrentar o Coronavírus, um inimigo invisível que definiu a vida social, física, intelectual e profissional de muitos cidadãos, e delimitou o isolamento social e o fechamento de

muitos lugares como as escolas, autarquias públicas, fóruns, igrejas e determinados tipos de comércio que não fossem de extrema necessidade o seu funcionamento.

Destarte, Sobrinho, Calgaro e Rocha (2020, p. 54), enfatizam que:

Vivemos atualmente uma pandemia decorrente da doença chamada de COVID-19 que é causada pelo coronavírus, uma família de vírus que causam infecções respiratórias. Já existiam estudos sobre a existência de coronavírus desde 1937, mas foi em 21 de dezembro de 2019 que se descobriu um novo agente do coronavírus em casos ocorridos na China, mais precisamente na cidade de Wuhan, na República Popular da China.

Diante de todo este contexto houve o dever de reconstruir algumas posturas profissionais jamais imaginadas, principalmente correlacionada a desenvolver as funcionalidades no formato home office, sendo, no âmbito do Poder Judiciário do Tocantins, por meio do Tribunal de Justiça determinadas diversas medidas de trabalho em decorrência do isolamento social, o que gerou uma alteração de todo formato de audiências, com repercussões na efetividade de medidas que estavam iniciando-se naquele mesmo início de 2020, como o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

Sendo assim, a questão problema deste trabalho é: Quais os desafios e avanços da efetividade do acordo de não persecução penal na 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas após o pacote anticrime?

Para tanto, o objetivo geral consistiu em analisar a efetividade do acordo de não persecução penal na 3ª Vara Criminal da comarca de Palmas após a legitimação do pacote anticrime.

Neste sentido, durante o elencado estudo buscou-se por aportes epistemológicos sobre o respectivo objeto, visto a possibilidade de ampliação dos conhecimentos que norteiam quanto a aplicabilidade da lei, bem como os benefícios do uso na ação penal, em sede de revisão bibliográfica.

Outro ponto salutar sobre essa temática pesquisada, refere-se que o pacote anticrime previu que haverá uma possível celeridade e otimização das inúmeras demandas criminais existentes nas comarcas brasileiras, visto que o acordo de não persecução penal evidencia maior efetividade nos julgamentos e uma relevante economia aos erários de ordem pública.

Não obstante, frisa-se que ao delinear acerca do acordo de não persecução penal promoveu significativas discussões sobre os campos legislativos atuais da ciência do Direito. Assim, o presente estudo é de relevância social e pessoal para estudantes,

professores e profissionais que se debruçam a conhecer a organicidade do ordenamento jurídico.

O presente artigo se trata de uma pesquisa dividida em duas etapas, em um primeiro momento é feito uma pesquisa documental, por meio de uma revisão bibliográfica, legislativo que consubstancia o arcabolo teórico da pesquisa. Em um segundo momento faz-se uma pesquisa exploratória, mediante coleta de dados e a sua consequente análise.

A estrutura deste artigo foi planejada em 05 (cinco) seções, de forma inicial com a primeira seção mediante a introdução para situar o leitor acerca do objeto. Na segunda seção norteou-se os Precedentes Históricos e conceituais do acordo de não persecução penal no Brasil e em outros países.

A terceira seção mencionou sobre os modelos de acordo no âmbito internacional dos Estados Unidos e Alemanha, como pressupostos para as formas adotadas no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, a quarta seção discorreu o acordo de não persecução penal na 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas para promover a análise e discussão dos dados coletados.

Por fim, apresentou-se na última seção com a conclusão realizando o fechamento dos resultados alcançados na visão do pesquisador.

2 PRECEDENTES HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL E OUTROS PAÍSES

Diante de um cenário contemporâneo o Brasil passa a adotar o acordo de não persecução penal, seguindo alguns modelos adotados pelo Estados Unidos, Alemanha e França que já fazem há mais tempo no que tange a promoção e celeridade otimizada para consubstanciar uma prática de soluções para evitar a expansão carcerária, adotando medidas de resolução consensual de conflitos penais, reduzindo-se, além da necessidade do cárcere, a extrema e morosa caminhada do processo penal brasileiro.

Essa práxis para o ordenamento jurídico brasileiro se fez necessário em decorrência das significativas ações processuais na área penal referente ao aumento de delitos e crimes desencadeando um problema de ordem social de causa e efeito, essa afirmativa, nas palavras de Pompeu (2018, on line):

Cerca de 80 milhões de processos tramitam atualmente no Judiciário brasileiro, segundo o relatório *Justiça em Números* de

2018. Isso representa um aumento de 44 mil ações em relação ao levantamento passado.

Os dados, pelo Conselho Nacional de Justiça, mostram ainda que, se não entrasse mais nenhum processo no Judiciário, seriam necessários cerca de dois anos e meio para zerar o acervo. Isso porque, com 18.168 magistrados em atuação, a magistratura brasileira julga em torno de 30 milhões de ações ao ano.

Dessa forma, torna-se importante a legitimação de instrumentos que contribuam para diminuir o quadro relativo aos processos no sistema jurisdicional, sendo essencial a utilização do ANPP para a redução da demanda processual pelas vias tradicionais.

Conforme a ideia de Canário (2019, on line), o respectivo acordo da nova lei, consiste na possibilidade de sua assunção por réus primários quando o crime previr uma pena inferior a quatro anos e desde que este não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa. Ademais, dentre os termos do acordo estará o compromisso de devolver o produto do crime ou valor correspondente, realizar serviços comunitários, bem como pagar multas ou qualquer outra determinação do Ministério Público em conformidade com a infração realizada, e nos termos previstos em Lei.

De forma sequencial Canário (2019), enfatiza que o acordo sempre deverá ter a homologação efetivada pela Justiça, como forma de controle de legalidade do termo, visto que o benefício não pode ser fornecido para reincidentes, nem tampouco para aqueles que já tiverem outros termos assinados nos últimos cinco anos. Acrescenta Capriolli (2020, on line), que o acordo de não persecução penal pode ser conceituado como:

Instituto de caráter pré-processual, de direito negocial entre o representante do Ministério Público e o investigado, ou seja, trata-se de negócio bilateral, o que quer dizer que o investigado não está obrigado a aceitar as condições impostas, principalmente quando excessivas.

Além disso, o autor também frisou que o acordo deve ser viabilizado pela ação do Ministério Público, ou pelo próprio acusado, quando o delito em questão for a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, como por exemplo, furto, estelionato, posse irregular e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido dentre outros.

Castro e Souza (2019), ressaltam que cabe ao Ministério Público a autonomia de dar início ao acordo de não persecução penal por meio de um trabalho conjunto com o acusado e a sua defesa, na tentativa de um acordo para solucionar o caso através de um procedimento célere fazendo adequação a tipificação do crime previsto no CPP. O acordo, no entanto, é um direito subjetivo do acusado que tenha cometido um fato nos termos da previsão processual penal, dentro dos critérios subjetivos e objetivos ali tratados.

Dessa forma, o acordo de não persecução penal instituído têm em sua prática legal o desenvolvimento de ações com maior celeridade processual penal por intermédio de um modelo de justiça negocial, originado da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº 181/2017, que detinha constitucionalidade duvidosa, já que tratava de matéria processual, de competência do Congresso Federal mediante Lei, agora pacificado ante a previsão constituída em Lei processual pelo Congresso Nacional.

O novo acordo de não persecução penal encontra-se ordenado no artigo 28-A do Código de Processo Penal, com o aporte norteador incluso no bojo da Lei nº 13.964/19, que comumente ficou denominada como a Lei do Pacote Anticrime.

Dessa forma, inicia-se no Brasil um processo de negociação entre a acusação e defesa para solucionar os casos de delitos sem a necessidade do sistema de justiça penal tradicionalmente estabelecido, trazendo uma solução anterior ao desencadeamento do processo penal, facilitando assim, a mitigação de alguns entraves nas comarcas penais, bem como ao cumprimento do princípio constituição que impera a eficiência.

Por conseguinte, o acordo de não persecução penal amplia a margem do direito negocial na esfera penal no Brasil, ampliando a margem do consenso dos procedimentos jurídicos penais de forma a evitar a pesada e longa marcha processual, após terem sido colhidos elementos suficientes de indícios de autoria e materialidade no bojo do inquérito ou outro instrumento preparatório prévio. Neste sentido, se faz essencial compreender nesta seção alguns precedentes históricos e conceituais sobre o acordo de não persecução penal no Brasil e outros países para efetivar uma reflexão entre os contextos anteriores até chegar nos dias atuais.

Segundo Viana (2019, p. 360), na esfera criminal brasileira, a “ideia de resolução consensual do conflito ainda se encontra em tímida expansão”. No direito brasileiro, o sistema prevalente que influenciou e é a base de nosso CPP é o sistema europeu-continental ou europeu-germânico, que perpassa pelo princípio da obrigatoriedade

quanto a ação penal, exigindo do Ministério Público, nos casos em que exista justa causa, o desencadeamento da persecução penal em juízo.

Viana (2019, p. 360) acrescenta que a necessidade de um novo formato deveria acontecer em virtude do crescente número de processos reconhecidos pelo Estado.

O Estado reconheceu que, ante o crescente número de processos – fator que possui relação diretamente proporcional ao aumento do volume de trabalho de magistrados, membros do Ministério Público e servidores envolvidos com a justiça criminal –, além da já mencionada falha do modelo ressocializador de reação ao delito, fazia-se necessária a implementação de medidas alternativas para possibilitar o descongestionamento da máquina estatal.

Essa urgência em novas estruturas processuais no que tange a justiça negociada encontra-se, nos aportes de, ao observar em linhas gerais, que a justiça penal consensual é gênero do qual a justiça restaurativa, a justiça negociada e a justiça colaborativa são espécies. Modelos de acordo são empregados desde o século passado em alguns países, e que serviram de base para o ordenamento jurídico brasileiro. A inclusão deste formato sem autorização legal foi evidenciada de maneira inicial na Alemanha e na França. (ALVES, 2018, p. 194)

Para Cabral (2018, p.07), foi na França que as primeiras experiências em busca de soluções alternativas específicas para os casos penais surgiram, porém não foi no formato de Lei mas por meio da “iniciativa pessoal de juízes e promotores de justiça, que se conscientizam na incapacidade da Justiça Penal de lidar com a grande carga do trabalho decorrente da persecução penal”.

O autor frisa que, dessa forma, o acordo de não persecução penal originado na França é decorrente de um processo de protagonismo ideológico entre as contestações e instituições repressivas. Neste contexto, as primeiras mediações no campo penal francês, não eram fundamentadas por atos normativos, mas “seguiram os princípios de oportunidade previsto no CPP, e assim faziam as regulações para evitar conflitos de maneira extrajudicial, mesmo sendo algo desordenado e sem uniformidade” (CABRAL, 2018, p. 22).

Teodoro (2019, p. 15), em complemento, assevera que:

iniciou-se assim um processo de institucionalização dos referidos acordos na França, através da Nota de Orientação do Ministério da Justiça, de 03 de junho de 1992, a qual corroborou para

aprovação da Lei nº 92-4, de 04 de janeiro de 1993. A estabilização dessa Lei foi fundamental para solucionar os problemas derivados de uma prática forense não regulada, a qual, simultaneamente propôs à igualdade no tratamento dos investigados, ademais o acordo francês é um paralelo ao acordo brasileiro, incluído na Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Quanto a aplicação de acordos negociais na Alemanha, não existem muitas menções históricas que possam diferenciar do acordo de não persecução penal realizado pela França, visto que o formato adotado foi originado com bases legais mediadas a partir de algumas práticas executoras dos Promotores de Justiça e dos julgamentos realizados pelos juízes ao efetivar os acordos, independentemente de leis específicas no momento da adoção de uma nova estratégia para o ordenamento jurídico.

Vasconcellos e Moeller (2016, p. 15) afirmam que foi na Alemanha que os “acordos consensuais surgiram na prática forense, sem qualquer autorização legal, desenvolvendo-se de modo informal” até a “consagração de sua importância na postura dos atores processuais, o que incitou o judiciário e, posteriormente, o legislativo a atuarem para sua regulação”.

Assim, principais características do processo penal alemão consistem na primazia do juiz na condução do procedimento, na instrução judicial determina como o “princípio da acumulação dos poderes ou forças processuais”, em que, por exemplo, a produção probatória se pauta essencialmente pela atuação do julgador (VASCONCELLOS; MOELLER, 2016, p. 16).

Cabral (2018), por sua vez, enfatiza que na Alemanha o acordo penal foi introduzido pela prática dos atores processuais, como resposta ao aumento do número de casos complexos no sistema de justiça criminal. Juízes e promotores queriam economizar tempo e recurso, à medida que a carga de trabalho crescia. Defensores, por sua vez, buscavam uma segurança maior e penas menores para os réus, em troca de sua cooperação.

Nestes termos, o que se verifica é um processo lento e gradual de construção de espaços consensuais na Alemanha, sendo aplicada inicialmente a casos limitados e estendendo-se a demais casos, como forma de desafogar o sistema processual não negocial, da resolução por meio da prestação jurisdicional, para casos mais complexos.

Castro e Souza (2019), mencionam que os acordos na Alemanha foram organizados e subordinados ao Supremo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof* - BGH), sendo que este tribunal criou normatizações funcionais semelhante ao Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, visto que as bases orientadoras alemã priorizam pela legalidade e constitucionalidade no que concerne as decisões dos acordos em favor as confissões para diminuir as penas.

Segundo Castro e Souza (2019), o *Bundesgerichtshof* (BGH), reconheceu, no dia 28 de agosto de 1997, que “os acordos que tenham por objeto a confissão do acusado em troca de uma diminuição da pena, são fundamentalmente possíveis. Eles não violam os princípios constitucionais e processuais assim como o STJ brasileiro se organizou.

Continuando sobre as prerrogativas do acordo alemão, na visão de Turner (2009, p. 74):

O acordo penal que foi introduzido na Alemanha pela prática dos atores processuais, surgiu como resposta ao aumento do número de casos complexos no sistema de justiça criminal. Juízes e promotores queriam economizar tempo e recursos, à medida que a carga de trabalho crescia. Defensores buscavam uma segurança maior e penas menores para os réus, em troca de sua cooperação. Considerando que a legislação não autorizava esses acordos, essa prática se desenvolveu de forma lenta e, inicialmente, se limitava aos casos de delitos sem violência

Entretanto, após alguns acordos sem nenhuma legislação específica para efetivação da referida ação, a Corte Constitucional da Alemanha, instituiu uma estrutura para promulgação deste direito:

Com o objetivo de realizar essa tarefa, o legislador, não apenas pretendeu normatizar o conteúdo permitido para o acordo e seu procedimento, como também enfatizar, através de um conceito legal que a sua celebração somente pode ocorrer por meio de um acordo transparente, público e com plena documentação, de modo a permitir um pleno e efetivo controle judicial, entendido por ele como necessário (CABRAL, 2018, p. 25).

O *Plea Bargain*, por sua vez, é o instituto utilizado no sistema penal dos Estados Unidos, podendo ser definido como efeito de convenções (negociações) feitas entre acusado e defesa e geralmente tem como ponto focal a admissão de culpa pelo acusado, inclusive podendo ser delatado a participação de outros delinquentes ou

coautores, nesse caso o acusado recebe em troca alguns benefícios a mais, tais como a retirada ou a diminuição das imputações ou recomendações ao Juiz de sentença mais benéfica ou então, a não objeção pela acusação ao pedido de sentença realizado pela defesa. (MENDES, 2016)

É um misto entre o que tem-se no Brasil como ANPP e o Acordo de Colaboração Premiada, com escopo largamente mais amplo do que o admitido na legislação penal brasileira.

De acordo com Fonte (2019, on line), no modelo do *plea bargaining*, os quesitos para efetivação de uma negociação são realizados por intermédio de uma ação no qual o réu deve confessar a sua culpa em favor de uma troca que possa conceder algo da parte do Estado. Assim, o instituto é organizado em dois formatos básicos em que o primeiro consiste na redução no número ou na gravidade das acusações feitas contra o réu, e a segunda ocorre a redução da pena aplicada na sentença ou na recomendação de sentença feita pela acusação.

Acrescenta Shaeffer (2019), ao mencionar que a aplicabilidade do *Plea Bargain* nos Estados Unidos, encontra-se dividido em partes distintas;

- a) incentivos frase: a natureza ou extensão de uma sentença pode ser reduzida em troca de uma concessão pelo réu;
- b) incentivos fato: os fatos do caso pode ser apresentado de uma forma que é benéfica para o réu em troca de uma concessão;
- c) cobrar incentivos: as acusações contra o réu podem ser reduzidas ou suprimidas em troca de uma concessão pelo réu;
- d) cooperação sistema de acordo / coroa testemunha: o réu concorda em ajudar com a investigação ou repressão de infrações que envolvem outros réus em troca de algum benefício do Estado.

O acordo traz consigo uma evolução para o Sistema Penal, principalmente pela possibilidade de mudar o contexto jurídico, sendo assim no Brasil, seguiu-se alguns modelos que norteiam os mecanismos utópicos que julgam os delitos sem celeridade.

A influência do modelo americano (*common law*) de justiça negociada no sistema brasileiro se materializa por intermédio do

instituto denominado *plea bargaining*, o qual consiste em um acordo entabulado entre a acusação e o réu, por meio do qual este confessa voluntariamente a prática de uma infração penal (*guilty plea*) ou deixa de contestá-la (*plea of nolo contendere*), em troca de um benefício oferecido pelo promotor (VIANA, 2019, p. 362).

Além disso, no Brasil o acordo de não persecução penal surgiu por meio de uma proposta solicitada pela Corregedoria Nacional do Ministério Público, ao sugestionarem no ano de 2013 a investigação criminal, por meio de pesquisa doutoral, onde ocorreu um resumo sobre a investigação criminal realizada por vários promotores (CABRAL, 2018).

Dessa maneira, o acordo de não-persecução penal é inserido no ordenamento jurídico com vistas a otimizar o sistema penal conforme as experiências estrangeiras, e ao mesmo tempo viabilizar a conclusão de processos com respostas eficazes para a sociedade, desafogando, em consequência, tanto o sistema judicial quanto o sistema carcerário, com aplicação de medidas desencarceradoras.

O ANPP não viola o princípio da obrigatoriedade previsto no sistema penal brasileiro, que determina que quando um indivíduo realiza uma infração penal, surge o *jus puniendi in concreto*, pois o Estado passa a ter uma “pretensão concreta de punir o suposto autor do fato delituoso”, mas sim permite uma medida alternativa ao processo, que mantém a aplicação de uma pena, consensual, e não encarceradora. (LIMA, 2016, p. 10)

O modelo brasileiro foi gestacionado por meio de adaptação dos diversos modelos no cenário internacional, adaptando-o à realidade nacional, sendo, portanto, importante conhecer outros países que detêm a mesma concepção germânico-europeia do Brasil, e que aplicam medidas equivalentes.

Ressalta-se que Acordo de Não-Persecução Penal do Pacote Anticrime, deve ser assegurado e observado a partir dos princípios do direito penal como uma ação destinada a simplificar e mitigar as penas impostas, sendo aplicado de forma retroativa, mais ainda por se tratar de medida processual, o que demanda a sua aplicação imediata.

3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO NA LEI 13.964/2019

A Lei nº 13.964 foi sancionada no dia 24 de dezembro de 2019 com o escopo de aperfeiçoar o Código Penal, o Código de Processo Penal e Lei de Execuções Penais

em todo o território brasileiro ao alterar 17 (dezessete) leis que trouxe inúmeros desafios aos operadores do Direito.

Dentre as mudanças estão o acordo de não persecução penal com a alteração que se fez no Art. 28-A do Código de Processo Penal. Para Nucci (2020, p. 384), o “acordo de não persecução penal, depende de homologação judicial a ser realizada em audiência, oportunidade em que o magistrado deve averiguar a voluntariedade do investigado, para tanto, este será ouvido na presença de seu defensor”.

A lei ficou conhecida como “Pacote Anticrime”, tendo como objetivo, no caso do ANPP por meio do Ministério Público efetivar uma propositura de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) ao investigado. Não obstante, o elencado acordo que antes tinha sua praxis regulamentada pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público começou a ser aplicado para nortear maior segurança jurídica aos cidadãos brasileiros.

A viabilidade de celebração do acordo ocorre em situações em que a conduta do sujeito não tenha uma ação criminosa adequada a tipo penal que tenha pena mínima superior a 04 (quatro) anos, bem como os crimes não tenha sido praticados com violência ou grave ameaça a pessoa. Os requisitos é que a conduta criminosa não seja superior a 4 (quatro) anos, e que não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça conforme as orientações legais do Art. 28-A do CPP, desde que:

“Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo

da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 2019).

O acordo visa alcançar o objetivo de economia e celeridade na persecução penal, poupando o Estado aos gastos e demora decorrente da persecução penal em juízo, bem como os custos elevados e poucos produtores do encarceramento.

No entanto, apesar da instituição dessa lei ter ocorrido no ano de 2019, somente entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, em razão da *vacatio legis*. Assim, Fonseca (2020, on line), destaca que de acordo com a nova lei, algumas condições em sua proposta devem ser firmadas, cumulada ou alternada dentre os preceitos de:

- a) a confissão voluntária do crime;
- b) reparação do dano, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- c) renúncia voluntária a bens e direitos;
- d) prestação de serviços à comunidade;
- e) pagamento de prestação pecuniária;
- f) outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Nesse sentido, aduz Cambi, Silva e Marinela (2019, p. 187), que no acordo de não persecução penal se pactuarão as condições que “deverão ser cumpridas pelo investigado, cumulativa ou alternativamente: reparação do dano, restituição da coisa à vítima, prestação pecuniária ou serviço à comunidade” ou até outra “medida indicada pelo órgão acusador, contanto que seja proporcional e compatível com a infração penal imputada”.

No mesmo ano de implantação do acordo de não persecução penal entrou em vigor um novo formato de trabalho se fez necessário em decorrência do isolamento social legitimado pela pandemia do Coronavírus em todo o mundo, alterando a forma prática de aplicação do instituto, algo não previsto quando da criação da referida norma.

Diante do quadro pandêmico as funcionalidades e os sistemas do ornamento jurídico exigiu uma reorganização para assegurar a continuidade das atividades legais do direito para todos os cidadãos, sem trazer riscos às pessoas e não paralisar a atividade essencial.

No âmbito do Estado do Tocantins a questão foi normatizada por meio da Portaria Conjunta Nº 6/2021 - PRESIDÊNCIA/ASPRE, de 26 de fevereiro de 2021, no qual resolveu estabelecer nos Arts. 1º e 2º a redação a seguir:

Art. 1º Estabelecer, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, o regime de teletrabalho integral dos serviços jurisdicionais no período de 1º a 21 de março de 2021, com retorno das atividades presenciais em 25% (vinte e cinco por cento) a partir de 22 de março de 2021, quando deverão ser observados os §§ 1º e 2º do Art. 2º desta Portaria.

Art. 2º Prorrogar, a partir de 1º de março de 2021, o percentual das atividades presenciais em 25% (vinte e cinco por cento) dos serviços administrativos do Tribunal de Justiça, Corregedoria-Geral da Justiça e anexos, aplicando-se às demais unidades administrativas o regime de teletrabalho integral no período de 1º a 21 de março de 2021, com retorno das atividades presenciais em 25% (vinte e cinco por cento) a partir de 22 de março de 2021, salvo se houver justificativa para tratamento diverso, a ser comunicada à Presidência e à Corregedoria Geral da Justiça.

§ 1º Não se incluem no percentual de que trata o caput deste artigo os servidores pertencentes ao grupo de risco e aqueles que detenham a guarda de crianças em idade escolar até 12 anos, sendo que neste último caso poderá haver a análise situacional no caso concreto.

§ 2º O quantitativo remanescente dos usuários internos deverá permanecer em regime de teletrabalho até nova determinação (TOCANTINS, TJTO, 2020)

A Corregedoria Nacional de Justiça, por sua vez, instituiu a Orientação nº 09 de 13 de março de 2020, em que dispõe sobre a necessidade de as corregedores-gerais no âmbito do Poder Judiciário Nacional para observarem medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo novo Coronavírus (COVID-19).

As medidas preventivas se fizeram necessárias devido o agravamento da propagação da doença, pois a priori se pensou que as atividades presenciais iriam retornar, porém algo que somente no ano dessa pesquisa com a aplicação inicial da vacina está havendo uma possibilidade.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO NA CIDADE DE PALMAS EM NÚMEROS

Após toda contextualização epistemológica, realizou-se uma coleta de dados no que tange a busca por processos realizados na 3ª vara Criminal da Comarca de Palmas no período compreendido entres os meses de março a junho do ano de 2021, no qual o filtro para seleção foi todas as ações processuais no que tange aos acordos de não persecução penal, surgindo informações dos meses de março e maio respectivamente.

Para tanto, os dados que foram evidenciados são pertencentes as especificações delimitadas pelo fulcro no art. 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro conforme os resultados no qual só foi enfatizado os artigos que originaram os processos e os seus quantitativos e meses. Ressalta-se que os números de processos não foram contextualizados para garantir todo o sigilo necessário para integridade dos envolvidos

Figura nº 01 – Processos – Acordo de Não Persecução Penal

Quant.	Artigo	Mês
03	Art. 155, § 3º do CP	Maio/2021
01	Art. 12 do Estatuto do desarmamento	Maio/2021
01	Art. 215 do CP	Maio/2021
11	Art. 306 do CTB – 9	Maio/2021
01	Art. 17 do Estatuto do desarmamento	Maio/2021
01	Art. 312, § 1º inciso I do CTB	Maio/2021
01	Art. 303 do CP	Maio/2021

01	Art. 304 do CP	Maio/2021
01	Art. 331 do CP	Maio/2021
02	Art. 180 do CP	Maio/2021
01	Art. 311 do CP e Art. 28 da Lei de drogas	Maio/2021
01	Art. 303, § 2º do CTB	Maio/2021
01	Art. 157, § 2º, inciso II do CP	Março/2021
01	Art. 155, § 3º do CP	Março/2021
01	Art. 163, §U, inciso III do CP	Março/2021
01	Art. 157, § 2º, inciso II do CP	Março/2021
01	Art. 180 do CP	Março/2021
01	Art. 15 do Estatuto do desarmamento	Março/2021
31 Processos – 3ª Vara da Comarca de Palmas/TO		

Fonte: elaborado pelo autor (2021)

Nota-se que mesmo diante de alguns entraves envoltos das questões sociais e pandêmicas a 3ª vara continuou a realizar toda a tramitação necessária dos acordos de não persecução como demonstrado na tabela acima, mensurando desta forma que após as normatizações legais do Pacote Anticrime houve uma celeridade dos processos que comprova que dentro do “novo normal” instituído em tempos contemporâneos estão ocorrendo de forma que alcance a efetividade e promova celeridade e otimização no ordenamento jurídico aos cidadãos do referido município.

CONCLUSÃO

Ao realizar o fechamento conclusivo deste artigo percebeu-se que a problemática e o objetivo geral da pesquisa que consistia em averiguar se os acordos de não persecução penal tinham sido realizados com efetividade na 3ª vara da Comarca de Palmas após o pacote anticrime foram respondidos ao verificar a existência 31 processos penais da referida ordenação jurídica.

Neste verifica-se que a proposta legal que consistia em nortear a diminuição de casos, bem como a promoção célere e otimizada de processos do respectivo município estão sendo executado, mesmo com todo o desafio pandêmico.

Sendo assim, pode-se contextualizar que mesmo sendo uma organização jurídica promulgada no ano de 2019, com delimitação instituída em 2020 mesmo de forma incipiente, mas com as condições atuais estão sendo promulgadas ao cidadão de Palmas a observância do direito do Art. 28-A do Código de Processo Penal com buscas para efetivação e um certo desafogue no sistema.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil C. Justiça consensual e plea bargaining. In: Cunha, Rogério Sanches et al. (coord.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 217-238.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019.

BRASIL. Lei Anticrime entra em vigor. Medidas modernizam legislação no combate à corrupção, organização criminosa e violência. Ministério da Justiça e Segurança Pública. 2020. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/lei-anticrime-entra-em-vigor>. Acesso: 25 de mar. 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Ministério Público: um panorama sobre o acordo de não persecução penal** (art.18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n.183/18). Curitiba: Editora Juspodivm, 2018

CAMBI, Eduardo. SILVA, Danni Sales. MARINELA, Fernanda. **Pacote anticrime: volume I**. Curitiba : Escola Superior do MPPR, 2020.

CANÁRIO, Pedro. **Sistema acusatório – Lei do pacote anticrime cria acordo de não persecução penal para crimes sem violência**. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/lei-pacote-anticrime-cria-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 16 de abr. 2021.

CAPRIOLLI, Rodrigo Cirano Silva. Acordo de não persecução penal. 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11892/Acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acessado em 15 de mar. 2021.

CASTRO, Lara Thais Martins de. SOUZA, Leland Barroso de. A Legalidade do Acordo de Não Persecução Penal à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a->

legalidade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro/. Acessado em 16 de abr. 2021.

FONSECA, André. Acordo de não persecução penal na Lei 13.964/2019 (“Lei Anticrime”). 2019. Disponível em: <https://www.felsberg.com.br/acordo-de-nao-persecucao-penal-na-lei-13-964-2019-lei-anticrime/> Acessado em 15 de mai. 2021.

FONTES, Lucas Cavalheiro. PLEA BARGAINING: O que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico brasileiro pode implementá-lo?. 2019. Disponível em: <https://lucacavalheiro.jusbrasil.com.br/artigos/667190934/plea-bargaining-o-que-e-isto-como-e-aplicado-e-como-o-ordenamento-juridico-brasileiro-pode-implementa-lo>. Acesso em 05 de jun. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MENDES, Luciana Angélica. **Ministério Público**: O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo. 2016. **Disponível em:** https://www.mpsp.mp.br/portal/page/total/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/acordo%20vontades.pdf. Acesso em: 04 de abr. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. MARTINEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime**: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

POMPEU, Ana. **Justiça em números**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/judiciario-brasileiro-801-milhoes-processos-tramitacao>. Acesso em 10 de mai. 2021.

TEODORO, Camila Aparecida Valentim. **Acordo de não-persecução penal**. Monografia (Graduação) – Faculdades do Centro do Paraná, Pitanga, 2019

TURNER, Jenia. **Plea bargain across the borders**. New York: Aspen Publisher, 2009.

SCHAEFFER, Rebeca. **Nota taquigráfica**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=56700&hrInicio=16:21&dtReunião=06/08/2019&dtHorarioQuarto=16:21&dtHoraQuarto=16:21&Data=06/08/2019>. Acesso em: 20 de out. 2020.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. CALGARO, Cleide. ROCHA, Leonel Severo (orgs.). **Direitos humanos e educação**. Itajaí: UNIVALI, 2020.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Portaria Conjunta Nº 6/2021 - PRESIDÊNCIA/ASPRE, de 26 de fevereiro de 2021**. Palmas. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie**. año XLIX. n. 147, sep-dic. 2016, p. 13-33.

VIANA, Gabriel Santana Vasco. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 18 – n. 54, p. 347-382 – jul./dez. 2019.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CIBERESPAÇO: LIMITES, CONTROLE E CONSCIENTIZAÇÃO

JÉSSICA MARINHO DE CASTRO OLIVEIRA:

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário UNA - Unidade Aimorés.

WINE SAMARA FERREIRA

LUIS FELIPE FELIX RIBEIRO

Resumo: O presente artigo tem como objetivo uma análise relacionada a evolução da tecnologia e seu espaço aberto publicamente, que permite que seus usuários manifestem seus pensamentos, suas ideologias e opiniões sobre diversos assuntos, bem como analisar posicionamentos errôneos de alguns desses usuários, que por muitas vezes, utilizam do meio digital para proferir ofensas e opiniões severas sobre determinados assuntos, com a falsa ilusão de que não existe punição para determinados fatos em virtude da alegação de exercício da liberdade de expressão, ou até mesmo, o pensamento de que não serão alcançados, tendo em vista o anonimato e a falta de conscientização no âmbito digital. Trazendo a consciência disso, é notória a importância da educação cibernética e legislativa referente ao meio digital para fazer um bom uso da tecnologia, tendo em vista que o avanço da internet é cada vez maior. Com a implementação desse artigo será possível identificar até que ponto a população tem o conhecimento que essa ferramenta tão utilizada possui leis que a gerem para o bom uso.

Palavras-chave: Limites da liberdade de expressão. Discurso de ódio na internet. Crescimento do ciberespaço. Marco Civil da Internet. Liberdade de expressão no ciberespaço.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Desenvolvimento da liberdade de expressão no século XXI – 3. O vedamento do anonimato – 4. Marco Civil – 5. Possíveis meios de conscientização relacionados ao tema – 6. Conclusão

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata-se de pesquisa para conclusão de curso referente à liberdade de expressão e sua aplicação nos ambientes virtuais.

Para responder ao problema de pesquisa, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, porque o estudo apresenta uma conexão descendente, ou seja, trabalha com a generalização de fenômenos (como os discursos de ódio e a questão do anonimato,

além da sociedade em rede e da internet) para se estreitar sob o viés da possibilidade de verificar a influência da falta de conscientização nos discursos de ódio e injúria perpetuados pelas novas mídias.

Nesse artigo analisaremos como a evolução da tecnologia pode ter aberto espaço para um sentimento de segurança dos seus usuários em manifestar seus pensamentos, ideologias e opiniões. Segurança essa, utilizada erroneamente em algumas ocasiões, saindo do ambiente de liberdade de expressão para um ambiente criminoso de injúria, de elaboração e proferimento de discurso de ódio e mais.

Veremos exemplos da utilização da liberdade de expressão propriamente dita, de atitudes que ferem o direito do outro disfarçados de liberdade de expressão e a possibilidade de métodos de conscientização, controle e educação digital que podem propor um fim à má aplicação da liberdade, sendo convertida em libertinagem vivenciada no ciberespaço atualmente.

Destaca-se primeiramente, o fato de que a internet chegou no Brasil no ano de 1981, o que se pode dizer, de certa forma, que se trata de um acontecimento "recente", mas que atualmente é o meio principal e mais utilizado de comunicação e informação que temos contato. Contudo, com tanta informação que essa ferramenta nos agraciou, surgiram prós e contras advindos do uso dessa rede tão poderosa e abrangente que temos em nossas mãos.

É fato que os seres humanos estão cada vez mais dependentes dos meios eletrônicos, podemos notar isso em vários lugares do mundo, considerando que atualmente, a taxa de penetração global da Internet é de 59,5%. Ou seja, 4,66 bilhões de pessoas tem acesso à internet no mundo. Com isso, esbarramos no problema acerca de como as pessoas utilizam estes meios, e muitas vezes, usuários acabam ultrapassando o limite da liberdade de expressão, ferindo a honra de outrem.

Porém, existe o grande conflito exatamente acerca da dificuldade do direito em acompanhar a evolução digital que é benéfica, mas ainda assim tem suas falhas e ocorre mais rápido do que conseguimos compreender.

No contexto geral da comunicação na área da tecnologia, sabemos que a Lei 12.965/14 considerada o Marco Civil da Internet veio estabelecer princípios, garantias e direitos e deveres para o uso da rede de internet no Brasil. Contudo, considerando que o primeiro acesso à internet chegou ao Brasil no ano de 1981 e a primeira lei que estipulou limites a essa ferramenta foi criada apenas no ano de 2014, percebemos o atraso do direito em relação a rápida evolução da internet.

Ainda assim, é inevitável negar o problema que assola o espaço cibernético, que com o avanço das redes sociais, além da exposição da vida humana cada vez mais frequente, observamos cada vez mais presente o discurso de ódio, ofensas e até injúrias cometidas, onde a lesão dos direitos ocorre na lacuna existente ao que se refere a falta de legislação em âmbito digital que assegure os direitos garantidos pela Constituição Federal.

A questão a ser tratada são os limites da liberdade de expressão nos ambientes virtuais como sites, redes sociais, ferramentas de busca e todos os demais locais do ciberespaço.

Além disso, faremos uma análise de como atitudes intituladas como “liberdade de expressão” na internet podem facilmente serem vistas como crime de injúria e discurso de ódio.

Um exemplo de acontecimentos que nos esclarece essa confusão entre direitos e deveres nesse contexto ocorreu no dia 06 de dezembro de 2019, quando um deputado com nome de Daniel Silveira, do partido PSL, iniciou uma transmissão ao vivo em sua rede social *Facebook* expondo uma discussão com uma aluna na lanchonete de uma universidade particular localizada em Petrópolis, no estado do Rio de Janeiro.

Nessa transmissão, o Deputado comentou que tal aluna teria dito, com olhar direcionado a ele, que a lanchonete estava mal frequentada. Contudo, a aluna refutou argumentando que ele também expusesse que a teria chamado de gorda. Após isso, na própria transmissão, o Deputado a ofendeu, com a seguinte fala: “Imagina se eu te ofendo falando que você está obesa. O que é fato, mas isso não me diz respeito”. É visível a tentativa de expor ao ridículo a aluna em questão.

Após isso, a aluna cuspiu no Deputado, que chegou a dizer que a levaria presa se cuspiisse nele novamente e em seguida, cuspiu nela também.

Percebemos que, mesmo não sendo uma discussão apenas virtual, se trata de uma situação que foi exposta nas redes, com o intuito de ridicularizar e atacar outrem. E se isso ocorre de forma tão natural e sem medos em um ambiente público, sendo transmitido na internet, o que podemos esperar de discursos digitais, sem quaisquer testemunhas ou comprovação de identidade das partes?

Dessa forma, a problemática do tema gira em torno de como realizar um possível controle e conscientização relacionados a esse assunto para findar o óbice gerado por atitudes inconsequentes de pessoas mal-informadas ou intencionadas que navegam nas redes, bem como demonstrar o quão grande tem sido a evolução na tecnologia e

seus ambientes virtuais e a necessidade da evolução do Direito para acompanhando esses avanços e para que não deixe de fazer seu papel, conscientizando e protegendo os direitos e deveres dos cidadãos mesmo quando situados em uma área que por muitas vezes, tem crescido mais rápido do que somos capazes de acompanhar.

Diante do grande avanço tecnológico, é visível que em alguns casos, muitos direitos e deveres dentro das plataformas digitais ainda são muito vagos, especificamente nos referindo a grande confusão dos usuários ao realizar comentários e expor opiniões que ferem moralmente outras pessoas, causando transtornos em vários sentidos.

Dessa forma, é notável a importância do estudo sobre a liberdade de expressão e seus limites no ciberespaço, trazendo inteligência digital aos usuários das redes e sapiência sobre o tema para que seja sempre analisado e trabalhado por cada um de nós.

1. Desenvolvimento da liberdade de expressão no século XXI

É perceptível que atualmente temos presenciado um enorme avanço na tecnologia, avanço tão grande esse, que nos concede muitos tipos de vantagem. Entretanto, toda novidade no meio social pode conter duas faces: soluções e problemas, positiva e negativa. É necessário ter consciência disso para fazer um bom uso do que nos tem sido concedido.

Contudo, nem sempre é possível controlar quem usufrui do crescimento do ciberespaço e a maneira com que usufrui.

O problema a ser abordado está ligado à falta de consciência ou até mesmo empatia que alguns indivíduos demonstram ao se expressar no ambiente virtual.

Já existe uma lei que visa a preservação da liberdade de expressão de forma que não ofenda terceiros de forma em que se encaixe em crime legalmente previsto. Se trata do Marco Civil da Internet.

2. O vedamento do anonimato

A nossa Constituição traz a garantia da liberdade de pensamento, expressão e manifestação expressamente. O inciso IV, do artigo 5º, afirma que "*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*", já trazendo o primeiro limite à tal liberdade que é o anonimato, e, continua, no inciso IX, que garante ser "*livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*". Nesse sentido, Felipe Costa Rodrigues Neves segmenta em seu artigo "Liberdade de expressão em tempos de internet" de 14 de setembro de 2018 o seguinte:

“Atualmente, vivemos no mundo cada vez mais impessoal, em que as pessoas se utilizam das redes sociais para falar o que pensam, acreditando que estão protegidas atrás de seus computadores e celulares. Assim, alguém simplesmente pode postar um discurso de ódio e simplesmente desligar o computador ou colocar seu celular no “modo avião”, não tendo que encarar diretamente e pessoalmente a repercussão dos seus atos, o que aumentou os casos de discriminação e ofensas nos últimos anos”.

Diante disso, notamos que o anonimato na internet é um fato e um problema. Por poder esconder sua identidade, pessoas mal-intencionadas e criminosos, podem agir quase livremente de punição.

Atualmente existem usuários com noção avançada relacionada à internet, que usam esse conhecimento para encobrir rastros. Esses usuários são chamados de *hackers*.

Muitos deles conseguem realizar crimes de diversas naturezas usufruindo dessas noções e técnicas avançadas que obtém ao seu favor, e isso é um problema, já que conseguem esconder sua identidade ao utilizar a internet, e isso fere a nossa Constituição analisando o fato de que é vedado o anonimato em termos de liberdade de expressão.

3. Marco Civil

Oficialmente chamado de Lei nº 12.965/2014, o Marco Civil da Internet é a lei que regula o uso da Internet no Brasil, através de previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

Relacionado ao presente tema, a lei determina o respeito à liberdade de expressão, bem como a pluralidade e a diversidade, os princípios da garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal e a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei.

Observamos que, ao mesmo tempo em que a lei determina o respeito à liberdade de expressão, ela também institui o respeito à pluralidade e diversidade. Mas quando saber onde um termina e o outro se inicia? É muito comum vermos pessoas camuflando atitudes que faltam com respeito, demonstram preconceito ou até geram disseminação de ódio, com a defesa de que se trata de liberdade de expressão.

Existe sim, um limite entre ambos e a população precisa se conscientizar e aprender sobre.

4. Possíveis meios de conscientização relacionados ao tema

Em pesquisas e leituras realizadas descobrimos que diversos usuários já se sentiram moralmente desrespeitados com comentários na internet e que ainda assim são capazes de não saber estipular o limite entre o que consideram como liberdade de expressão e o que consideram como discurso de ódio.

Dessa forma, é nítida a problemática que cercam o assunto, tendo em vista o baixo nível de entendimento da população sobre o tema e o quanto ele pode afetar as pessoas.

A conscientização relacionada aos limites da liberdade de expressão do ciberespaço vai muito além do Direito, legislação e métodos arcaicos, por isso, no intuito de trazer consciência de limites do uso da liberdade de expressão aos usuários do ciberespaço, uma possível solução seria a implementação de projetos de conscientização para a população que já tem conhecimento e utiliza a ferramenta da internet, pessoas que já tem vícios e suas próprias formas de lidar e agir na internet. Muitos desses usuários não conseguem ter a percepção da gravidade de certos discursos e “opiniões” expressadas na internet.

Para os novos ou futuros usuários, já que temos vivido tempos diferentes, avançados e modernos, uma possível solução seria a implementação e abordagem do assunto em grade educacional das escolas. Não necessariamente uma nova matéria a ser aplicada, mas um tema a ser abordado e esclarecido.

Dados recolhidos nos últimos 100 anos de pesquisas do Instituto MRV mostram que a primeira infância é período decisivo na formação da personalidade, caráter e modo de agir do adolescente e do adulto. Os primeiros seis anos são fundamentais para a constituição da mente futura. Dessa forma, podemos concluir que tendo contato com o assunto desde a infância, é possível criarmos jovens e adultos tecnologicamente mais educados e conscientes de seus atos, direitos, deveres e limites no ciberespaço.

CONCLUSÃO

Ante todos os argumentos trazidos no presente artigo, foi possível analisar e perceber o quanto o avanço tecnológico é real e necessita de não só leis que o cerquem, mas também, uma inteligência e educação virtual individual que tragam a consciência da prática de atos que podem ferir os direitos de outrem, e ultrapassar a linha tênue que é a divisa entre direitos e deveres acerca da liberdade de expressão e o discurso de ódio, injúria e outros atos que ferem a Constituição.

Ainda estamos vivendo algo muito novo e a impressão é de que sempre será assim, já que quando finalmente nos adaptamos a algo novo tecnologicamente falando, surgem outras mil variações e evoluções referentes àquilo.

Tendo em mente tudo isso, faz-se necessária uma lei que acompanhe toda essa evolução, que não fique engessada e inflexível, tendo em vista que o ciberespaço é o completo oposto disso, algo sempre fluido, flexível e em constante avanço e evolução. Para que seja possível acompanhar tamanho avanço, a legislação precisa avançar junto e os órgãos legislativos precisam compreender que nunca se pode menosprezar os estragos que essa ferramenta pode causar, mesmo tendo sido criada buscando melhorias às relações interpessoais, sociais, financeiras e afins.

Já que, mais da metade da população do mundo tem acesso a internet, seria de grande inteligência, procurar mais sobre os direitos e deveres pessoais e coletivos, exercer seu papel como cidadão e buscar sempre informação, contudo, nem todos tem esse interesse ou consideram como algo importante, já que não amadureceram ouvindo sobre essa importância, e sim, vivendo intensamente e de maneira desregrada tudo o que o ciberespaço pode oferecer.

Dessa forma, concluiu-se que a falta de busca e interesse por informações aprofundadas no Brasil acaba fomentando os discursos de ódio exatamente porque estes nunca procuraram entender ou ouviram sobre os limites de cada tese.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

VIANA, Janile Lima; MAIA, Cinthia Meneses; ALBUQUERQUE, Paulo Germano Barrozo. **O cyberbullying e os limites da liberdade de expressão**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, volume 7, 2017, nº3, dezembro.

MACHADO, Jónatas. E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. Dissertação de Mestrado. PUC/MG, 2007.

O INSTITUTO DO *PLEA BARGAIN*: REFLEXOS SOBRE A APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

LUIS CLAUDIO BARBOSA FILHO:
graduando do curso de Direito da
Universidade de Gurupi - UNIRG.

WELLSON ROSÁRIO SANTOS DANTAS²⁹

(orientador)

RESUMO: Introduzido no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2020, o acordo de não persecução penal tem semelhanças com o *plea bargain* norte-americano, uma espécie de "barganha" do réu com o Ministério Público onde o mesmo confessa as acusações feitas pela promotoria e repara o dano causado para receber uma pena mais branda. Tal inovação no Processo Penal traz consequências positivas como a celeridade processual e uma maior eficiência para haver menos processos sobrecarregando o judiciário. Entretanto esse novo instituto levanta dúvidas acerca de como será a sua aplicabilidade prática no Brasil. Levanta-se a hipótese de eventuais injustiças e ainda se os efeitos realmente serão positivos. Logo, o presente trabalho desenvolverá uma análise dessa aplicabilidade do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo um estudo comparado com a legislação norte americana, com outros institutos similares no ordenamento e colhendo opiniões doutrinárias.

Palavras-chave: Plea Bargain. Processo Penal. Acordo de não persecução penal. Justiça negociada.

ABSTRACT: Introduced into the brazilian legal system in 2020, the non-criminal prosecution agreement has similarities with the north american *plea bargain*, a kind of "bargain" between the defendant and the District Attorney where he confesses the accusations made by the prosecution and repairs the damage caused to receive a milder penalty. Such innovation in the Criminal Procedure brings positive consequences such as procedural speed and greater efficiency so that there are fewer processes overloading the judiciary. However, this new institute raises doubts about how its practical applicability in Brazil will be. It raises the hypothesis of possible injustices and even if the effects will really be positive. Therefore, this work will develop an analysis of the applicability of the non-criminal prosecution agreement in the

²⁹ Professor Orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg. Pós-Graduado (Especialista) em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Marabá - PA e em Educação em Direitos Humanos pela Pontífice Universidade Católica de Goiás (PUC-GO).

brazilian legal system, making a study compared with the north american legislation, with other similar institutes in the legal system and gathering doctrinal opinions.

Keywords: Plea Bargain. Criminal Procedure. Non-criminal prosecution agreement. Negotiated justice.

Sumário: Introdução. 1. Origem histórica do *Plea Bargain* nos Estados Unidos da América. 2. Primeiras influências do *Plea Bargain* na legislação brasileira. 2.1. A Transação Penal. 2.2. A Colaboração Premiada. 3. O acordo de não persecução penal na lei 13.964/2019. 4. A aplicabilidade do acordo de não persecução penal: benefícios e malefícios. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo científico se volta para a discussão acerca dos reflexos do instituto do *Plea Bargain* e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. O *Plea Bargain* é um termo advindo da legislação estadunidense, no qual o acusado confessa os crimes e ao invés de responder um processo judicial, opta por um acordo, sendo responsável por 90% dos procedimentos judiciais nos Estados Unidos da América.

As pesquisas feitas sobre o referido tema permitiram constatar a existência de controvérsias substanciais acerca dessa possível introdução no ordenamento jurídico brasileiro. Ressalte-se que a ausência de uniformidade de posicionamento acerca do tema é deveras prejudicial, tendo em vista que isso gera insegurança jurídica.

As referidas controvérsias residem precipuamente nas possíveis problemáticas jurídicas que o *plea bargain* traria ao ordenamento jurídico brasileiro. Há divergências entre o Legislativo e o Executivo, não tendo sido aceito integralmente na reforma penal e processual penal, advinda da Lei nº 13.964, conhecida como Pacote Anticrime, somente em partes, na figura do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Fazendo uso de uma abordagem metodológica dedutiva, por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, o presente trabalho busca discutir e analisar as mudanças e os reflexos no ordenamento jurídico com a possível introdução do *Plea Bargain*. Ademais, a despeito das divergências concernentes ao tema, faz-se imperiosa uma padronização do entendimento jurídico mais correto, no sentido de evitar inseguranças para os envolvidos.

1 ORIGEM HISTÓRICA DO *PLEA BARGAIN* NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O acordo de não persecução penal, também chamado de *plea bargain*, está previsto na *Rule* (regra) 11 das Regras Federais de Processo Penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*) dos Estados Unidos da América (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1790), o qual conceitua o sistema como um acordo entre a acusação e a defesa, no qual o acusado admite a sua culpa, renunciando seu direito de ser julgado, para receber uma pena mais branda, ao invés do processo seguir o rito no tribunal, mais demorado e, possivelmente ao final, ter uma sentença mais pesada.

Segundo Maynard apud Souza (1998), há vestígios de que o *plea bargain* já era utilizado antes mesmo da Guerra Civil dos Estados Unidos da América (1861) e, posteriormente, acabou sendo consolidado por juristas como um tema de relevância no território nacional, consolidando-se tanto como um verdadeiro auxiliar de investigações como de resolução de conflitos. John Langbein, por outro lado defende uma origem diversa, citando um estatuto inglês de 1485 onde já havia uma premissa do acusado confessar o crime para ter uma atenuante de pena (LANGBEIN, apud CRUZ, 2019). São diversas as origens que o instituto supracitado encontra na literatura acadêmica, fato é que atualmente o *plea bargain* é reconhecido internacionalmente como um grande método de resolução de conflitos.

É notório destacar que a expansão da população americana, resultante de imigrações e êxodo para as cidades gerou uma necessidade de se utilizar tanto *guilty pleas*, que seria uma espécie de declaração de culpa bem como o *plea bargains*, integrando mais ainda esse instituto no ordenamento estadunidense.

A figura do *plea bargain* consolidou-se também, com o surgimento, na década de 60, do denominado "*criminal wave*" que abalou o processo penal americano, aumentando significativamente o número de processos nos tribunais, os EUA também começaram uma guerra às drogas, condutas que não eram crimes passaram a ser criminalizadas (RAPOZA, 2013), logo houve uma necessidade de uma solução rápida para esse rápido aumento de casos na justiça, sendo o *plea bargain* a solução encontrada (ALBERGARIA, 2007). A importância desse instituto nos Estados Unidos é tamanha que chegou, inclusive, a ser reconhecido pela Suprema Corte Americana em 1971, no emblemático caso *Santobello v. New York* (404 U.S 257) como "um componente essencial da administração da justiça".

Vale ressaltar que o direito norte-americano é baseado no sistema *commow law*, que nada mais é que um sistema baseado em costumes de casos anteriores, para se proporcionar uma continuidade para os casos futuros, seria, por exemplo, resolver conflitos se baseando mais em jurisprudências do que a legislação em si (WAMBIER, 2009). Lembrando que esses "casos anteriores" podem variar conforme a esfera legislativa (federal ou estadual). Todavia, o Brasil, assim como outros países é

integrante de outro sistema, chamado *civil law*, em que as leis são a base para a aplicação do direito, pois representa a vontade do povo (WAMBIER, 2010).

O *plea bargain* está ligado diretamente ao sistema *commow law*, uma vez que o permitiria a utilização dos precedentes (jurisprudências) para a aplicação da pena mais branda para o acusado confesso. Na *Rule 11* das Regras Federais de Processo Penal norte-americana, anteriormente citada, há três tipos de “declaração” ou também chamado de “apelo”, são eles: *guilty plea*, *plea of nolo contendere* e o *plea of not guilty* (CAMPOS, 2012).

O objeto de estudo desse artigo é a *Rule 1*, alínea a, também chamado de *guilty plea*, que é quando o acusado confessa a autoria do ato a ele imputado, gerando assim uma pena mais branda e afastando um julgamento, algo somente possível no *commow law*, já que o *civil law* necessita de um julgamento, mesmo após a confissão (CAPPELLETTI, 1993).

Sendo assim é nítido que o *plea guilty* gera uma economia processual, uma vez que irá reduzir a duração do processo e gerar uma pena mais reduzida para o executado. Quando se pensa na justiça criminal norte-americana atualmente o que se visualiza é justamente o acusado, a defesa e a acusação informando ao juiz acerca do acordo o qual as partes chegaram em consenso para gerar uma pena mais branda ao acusado. Como o Professor George Fisher da *Stanford Law School* tão magnificamente apontou, o *plea bargaining* substitui uma “nobre disputa pela verdade” por uma decisão pacífica e harmoniosa entre as partes (FISHER, 2000).

2 PRIMEIRAS INFLUENCIAS DO PLEA BARGAIN NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O direito brasileiro não é estático, logo, está aberto há mudanças conforme a modernização tanto do sistema jurídico, como da sociedade, o *civil law* adotado pelo ordenamento enfraqueceu ao longo dos anos, abrindo espaço para formas de justiça negociada entrarem no sistema normativo jurídico brasileiro, na forma da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), na Lei 11.343/2006 (Lei do Narcotráfico) e noutros diplomas esparsos, e o mais recente a Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime). Podemos observar que, embora distante do modelo norte-americano, a legislação brasileira vem gradativamente se abrindo para os modelos da justiça negociada.

1.1. A TRANSAÇÃO PENAL

O processo penal brasileiro, nos anos 90, trouxe uma figura de justiça negociada com algumas semelhanças com o *plea bargain* já citado, na forma do art. 76 da Lei nº 9.099 de 1995, chamado de transação penal, que dispõe:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

Podemos depreender que, no caso da lei brasileiro, a transação só pode ser aplicada pra crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, além de que, diferentemente do *plea bargain*, não há confissão, e, claro, só se aplica a penas restritivas de direito, não a penas privativas de liberdade.

O Ministério Público, como titular da ação penal pública, tem em suas mãos o direito de dispor acerca de oferecer a denúncia, atendidos aos requisitos legais gerando uma celeridade e economia processual para os crimes de menor potencial ofensivo (MIRABETE, 200). Ao acusado, ao receber a proposta e, se aceitá-la, tem o dever de cumpri-la, para ter a sua punibilidade extinta, caso descumpra o Ministério Público vai oferecer a denúncia.

O instituto da transação penal é a primeira semente da justiça negociada a germinar no ordenamento jurídico brasileiro, uma de suas flores é a própria suspensão condicional do processo, outro instituto presente na Lei 9.099/95, na qual o Ministério Público pede a suspensão do processo, nos casos cabíveis em lei, por um certo período, onde o acusado deve cumprir para que o juiz possa extinguir a pena.

Da mesma forma que a transação penal, o acusado não confessa pena na suspensão condicional do processo, Segundo Aury Lopes, a natureza da confissão é *nolo contendere*, umas das formas de *plea* previstas na *Rule 11*, anteriormente mencionada, o quer dizer que o acusado não admite culpa, apenas não nega a acusação (LOPES, 2014).

1.2. A COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada já é um pouco diferente uma vez que o acusado confessa que participou de determinado ato, só que nesse instituto ele também fornece para as autoridades investigadoras informações para que elas possam solucionar os crimes (BONOLDI, 2015). A colaboração premiada por mais que seja um instrumento para a solução e obtenção de provas, é uma forma de justiça negociada,

uma vez que o acusado recebe uma redução da pena, se não a sua total extinção. Assim dispõe, por exemplo, a Lei 12.850/13:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Aras, em seus estudos, sintetiza que a colaboração premiada vai além de um instituto de fornecer provas e materialidade de delitos, mas também serve para preservar algum bem jurídico, seja a vida ou um bem material, vindo até mesmo a prevenir outra infração penal (ARAS, 2015). Ademais, Aras também visualiza que a confissão apresentada na delação não é algo que o ordenamento brasileiro desconhece, pois já há formas de confissão para redução da pena, como o arrependimento eficaz e posterior.

Ressalta-se também que, mesmo com a possibilidade de utilização da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, são poucas as vezes que vimos ser usada, costuma-se utilizar apenas em crimes de grandes proporções como nos delitos de lavagem de dinheiro (Lei 12.683/12) ou de Tráfico de Drogas (Lei 11.343/06). Além do fato também do Ministério Público e a Defesa não chegarem a um consenso, acabando por prorrogar ainda mais a ação penal que poderia já estar produzindo benefícios para o acusado.

Tal cenário modificou-se, entretanto, com o advento da Lei 9.807/99, conhecida como Lei de Proteção a Vítimas, Testemunhas e ao Réu Colaborador, a qual modificou o tratamento da colaboração premiada, permitindo uma maior interação e pactuação entre acusação e defesa. A *civil law* enfraquecida mais uma vez permitiu a entrada do *common law* norte-americano, o *plea bargain* se fortalece cada vez mais com um instituto no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo mais uma exclusividade dos países anglo-saxônicos.

3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA LEI 13.964/2019

Foi recentemente que o instituto do *plea bargain* chamou atenção do até então Ministro da Justiça do Brasil (2018 – Abril 2020) Sérgio Fernando Moro, que apresentou no dia 19 de Fevereiro de 2019 ao Congresso Nacional o projeto de Lei nº 882/2019, que visava o combate ao crime organizado, à corrupção e demais delitos, apresentando também a possibilidade de um acordo de não persecução penal, na forma do art. 28-A do Código de Processo Penal, com o objetivo de conferir maior agilidade ao processo penal, aplicando-se a realidade brasileira.

Primeiramente, vale destacar que o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, que posteriormente foi alterado pela Resolução nº 183 de 24 de janeiro de 2018, já havia criado esse instituto chamado de acordo de não persecução penal, para crimes que atendessem certos requisitos, porém, não trataremos desse acordo criado pelo CNMP neste presente artigo, uma vez que há regulamentação legislativa acerca do assunto agora.

Alguns doutrinadores consideram que esse projeto surgiu como uma maneira de controlar as “massas”, dando a entender que haveria um maior combate ao crime e resolução nos tribunais, gerando assim um apelo da população para que o projeto fosse aprovado (SCHIAVONE, 2019).

É notório destacar que, nesse projeto, o acordo de não persecução penal caberia para qualquer delito, sem analisar penas abstratas máximas ou mínimas, alguns juristas como Pierre Amorim, criticaram a nomenclatura dada a essa nova modalidade de justiça negociada, por entender que cabe ao Ministério Público oferecer o acordo já que haveria uma persecução penal, uma vez que se o acordo tivesse êxito, uma sanção seria aplicada (AMORIM, 2019).

O projeto de lei supracitado foi arquivado, sendo, posteriormente, outro projeto de lei o nº 10.372, que já estava em tramitação desde o dia 06 de junho de 2018, revisado por juristas e doutrinadores, juntamente com o até então Ministro da Justiça e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, sendo aprovado pelo Congresso Nacional na forma da Lei 13.964/2019 e entrando em vigor no dia 23

de janeiro de 2020, também chamada de Pacote Anticrime, o qual trouxe uma nova redação para o art. 28-A, o qual ficou como:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

A redação aprovada para o art. 28-A não é muito diferente da proposta pelo até então Ministro da Justiça, porém mudanças sutis com a finalidade de afastar alguns impedimentos e abrir maior espaço para que os acordos possam ser celebrados.

A confissão do acusado só servirá para a homologação do ANPP (acordo de não persecução penal), em hipótese alguma pode servir como meio de prova caso haja o

descumprimento do fixado em acordo, por se tratar de uma confissão extrajudicial, segue o rito previsto no art. 155 do Código de Processo Penal (LENIESKY, 2020).

Podemos considerar então o acordo de não persecução penal, como um negócio jurídico pré-processual, ou seja, só pode ser feito o acordo antes do oferecimento da denúncia, de natureza extrajudicial, que tem como fim a melhora do sistema penal brasileiro, com uma medida reprovativa e preventiva a um crime (SILVA, 2020). Não é algo que o Ministério Público como autor da ação penal pública pode deixar de oferecer, se o acusado cumpre todos os requisitos elencados pelo art. 28-A é dever da acusação propor a não persecução penal.

O acordo de não persecução penal tem vários embasamentos constitucionais, como o princípio da eficiência, previsto no art. 37, caput da Constituição Federal, além de demais princípios como o da proporcionalidade (art. 5, LIV, CF); da celeridade (art. 5, LXXVIII CF) e do acusatório (art. 129, I, VI e VII, CF).

4 A APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: BENEFÍCIOS E MALEFÍCIOS

Diversos são os pensamentos doutrinários que surgiram com essa nova modalidade de *plea bargain* na justiça criminal brasileira. Alguns vislumbram que pode haver a melhora de fato na celeridade dos processos penais, todavia alguns vislumbram que pode ocorrer o oposto, o Estado pode utilizar da sua posição para forçar confissões indevidas, o fato de que não haveria o devido processo legal, entre outros exemplos.

O acordo de não persecução penal não se trata mais de algo completamente absurdo para o ordenamento jurídico brasileiro, representa mais uma forma de justiça negocial no processo penal, indo ao encontro da globalização de redução da necessidade de judicialização para resolução dos feitos criminais e otimização da própria justiça penal (BRANSALISE, 2019). Ou seja, o direito brasileiro já está familiarizado com o *plea bargain*, seja no instituto da transação penal, na colaboração premiada e, agora, no acordo de não persecução penal, portanto não há o que se falar em novidade para a doutrina.

Algumas problemáticas que podemos visualizar em relação ao acordo de não persecução penal são, por exemplo, a necessidade de se homologar o ANPP perante o juízo das execuções penal disposta no § 6º do art. 28-A, a escolha do legislador de impor a necessidade de que o acordo seja executado perante a esse juízo não é isenta de críticas, haja vista que as condições exigidas aos investigados/acusados não possuem natureza de sanções penais. Além disso, criou-se uma regra extremamente burocrática, considerando que os autos devem ser devolvidos ao Parquet para que

este ingresse com um novo pedido perante ao juízo de execução com o fim de serem executadas as condições pactuadas, o que vai de encontro aos princípios da celeridade e economia processuais (Rodrigues, 2020). Tal fato gera estranheza doutrinária, uma vez que na transação penal e na delação premiada, uma vez celebrados acordos, eles são executados pelo próprio juiz que homologa.

Por outro lado, temos um benefício advindo do Direito Processual Intertemporal, o qual podemos definir como “regras de sobre direito, isto é, regras cuja incidência se dá não sobre relações jurídicas, mas sobre as próprias normas destinadas a regê-las” (MEDINA, 2017). Que nada mais é que a aplicação do ANPP para casos em curso por delitos cometidos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019. O acordo de não persecução penal é uma norma processual penal material, isto é, está no âmbito das normas penais mistas ou híbridas, ou seja, tem em si conteúdos tanto de Direito Penal como de Direito Processual Penal e, para grande parte da doutrina, quando houver uma lei mista, a parte penal tende a prevalecer. Nesse sentido, a norma retroagirá se a parte penal for mais benéfica ao réu; e não retroagirá se for prejudicá-lo (CAPEZ, 2007).

A possibilidade de execução do acordo de não persecução penal em processos que envolvam fatos criminosos anteriores à vigência da lei supracitada já encontra respaldo na jurisprudência, tendo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconhecido essa possibilidade em, pelo menos, duas oportunidades .

Vislumbra-se que há eixos opostos acerca de como a ANPP irá impactar na realidade do ordenamento jurídico brasileiro, se dará mais poderes ao *Parquet*, se o acusado vai confessar de forma espontânea e não forçada, mas também se ele terá o benefício de uma pena branda e poder se reintegrar na sociedade mais facilmente, acusados que estavam com processos penais em andamento por fatos anteriores a vigência da ANPP poderão utilizar-se do acordo e ter a sonhada celeridade processual

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, portanto, a relevância do presente estudo uma vez que o acordo de não persecução penal é uma novidade no direito penal brasileiro, como visualizamos pela sua vigência apenas ano passado, conhecer os direitos do acusado nessa nova modalidade é de grande importância para que se possa entender como funcionará o processo penal e minimizar o grande número de processos transitando nos tribunais de todo país.

Durante muitos anos o ordenamento jurídico seguia apenas o *civil law*, mas afere-se da pesquisa científica que os legisladores querem se modernizar e englobar a experiência de outros países na legislação pátria, trazendo o *commow law* e o *plea*

bargain, que serão extremamente relevantes para o processo penal e para o Parquet, o acusado e a defesa, modificando o ordenamento jurídico para uma nova ótica.

As experiências refletidas pela transação penal e pela colaboração premiada mostram-se enriquecedoras para a legislação pátria, viabilizando-se a inserção do *plea bargain* para que o legislador, já familiarizado com a justiça negociada, possa trabalhar de forma mais eficiente para garantir uma celeridade processual.

Portanto, diante da existência desses diversos entendimentos acerca do tema, importa a realização de pesquisa aprofundada sobre o tema apresentado, observando os aspectos que englobam os novos direitos e deveres assegurados ao acusado.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/34491102/Plea_bargaining_aproximacao_conceitual_e_breve_historico Acesso em: 18 nov. 2020.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Considerações processuais sobre os acordos previstos no projeto de lei n. 882/20191 (projeto “anticrime”), Migalhas, 2019. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2019/5/art20190510-14.pdf> Acesso em: 18 nov. 2020.

ARAS, Vladimir. Origem do instituto da colaboração premiada. Blog do Vlad. Brasília. 12 de maio de 2015. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/05/12/origem-do-instituto-da-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 08 de Maio de 2021.

BRANSALISE, Rodrigo da Silva. O consenso processual penal analisado a partir de hipóteses negociais colombianas. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 71, pp. 223-237, jan./mar. 2019.

BRASIL, Congresso Nacional. (2019). Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **PL 882/2019**, Projeto de Lei. 2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Correção Parcial** (TURMA) Nº 5009312-62.2020.4.04.0000/RS. Corrigente: Ministério Público Federal. Corrigido: Juízo Substituto da 11ª VF de Porto Alegre. Relator: Juiz João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 14 de maio de 2020. Disponível em https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=15197. Acesso 24 de Abril de 2021

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Criminal**. ACR 5005673-56.2018.4.04.7000/RS, Oitava Turma. Apelante: Cristiano Tertuliano da Silva. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Juiz João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 14 de maio de 2020. Disponível em https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=15197. Acesso 24 de Abril de 2021

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal- Parte Geral**, volume 1, 11ª edição, pg. 48 a 51; Saraiva; São Paulo; 2007.

CRUZ, Antonio Flavio, PLEA BARGAINING E DELAÇÃO PREMIADA: ALGUMAS PERPLEXIDADES. dez. 2016. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11. Pleas**, de 30 de abril de 1790. Disponível em: <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org/title-iv/rule-11-pleas/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

FABRETTI, H. B.; VELLOZO, J. C. O. UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A LEI ANTICRIME DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Viçosa: Revista de Direito. 2019. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7085853>. Acesso em: 21 de Abril de 2021.

FISHER, George, Plea Bargaining's Triumph, 109 Yale L.J. (2000). Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol109/iss5/>. Acesso em: 14 de Março de 2021

GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. Delação Premiada e Plea Bargaining: uma análise microcomparativa à luz das normas jurídicas brasileiras e ianques. Revista Humus. v. 9, n. 26, 2019. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/11575>. Acesso em: 18 nov. 2020.

LENIESKY, Fabiano. O descumprimento do acordo de não persecução penal e a (in)validade da confissão como prova no processo penal. DireitoNet. São Paulo. 23 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11576/O-descumprimento-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-a-in-validade-da-confissao-como-prova-no-processo-penal>. Acesso em: 20 de Março de 2021.

MATTOS, Saulo. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA NOVIDADE

CANSADA. Trincheira Democrática, boletim revista do instituto baiano de direito processual penal - ano 3, nº 07, 2020. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2020/03/TRINCHEIRA-FEVEREIRO-2019.2.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Teoria Geral do Processo. 3. ed.** Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

MENDONÇA, Stephan Gomes. Lei dos Juizados Especiais: 20 anos de vigência e reflexos no processo penal. Justificando. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/06/19/lei-dos-juizados-especiais-20-anos-de-vigencia-e-reflexos-no-processo-penal/>. Acesso em: 07 de Abril de 2021

MIRABETE. Júlio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudências e Legislação. 4. ed. São Paulo, Atlas. 2000. p. 117.

RAPOZA, Phillip. A experiência americana do Plea Bargaining: a exceção transformada em regra. Revista Julgar, n. 19. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

RODRIGUES, Rodrigo Alves. Principais Aspectos Do Acordo de Não Persecução Penal. Ambito Juridico. São Paulo. 2020. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/principais-aspectos-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 5 de Março de 2021.

SANTOBELLO V. NEW YORK 404 U.S 257. SUPREME COURT, 1971. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>. Acesso em: 18 de novembro de 2020.

SCHIAVONE, Edvaneide Inojosa. Justiça criminal negociada: a barganha do pacote anticrime e suas implicações. 2019. Disponível em: <http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/20618>. Acesso em: 06 de março de 2021.

SOUZA, José Alberto Sartório de. "Plea bargaining": modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. Revista Eletrônica do Ministério Público de Minas Gerais, 1998. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/400/plea%20bargaining_Souza.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 nov. 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

CONTRATOS DE ESPORTISTAS NO MUNDO DO FUTEBOL SOBRE EFEITO DA “LEI PELÉ” E A PRÁTICA DE ALICIAMENTO DE JOGADORES MENORES

EDGARD FERREIRA NASCIMENTO:
Graduando do Centro Universitário
Católica do Tocantins

WELLINGTON GOMES MIRANDA³⁰

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar como é feito minuciosamente um contrato de um jogador de futebol tanto maior quanto menor de idade, na forma que se enquadra na lei 9.615 conhecida como “Lei Pelé” que rege sobre os contratos do mundo do futebol, mostra-se os direitos que o atleta tem perante o clube e durante a sua formação profissional quanto já se torna um atleta profissional, o contrato do atleta além de ter o regimento na lei 9.615 ela também deve respeitar a Consolidação da Lei Trabalhista, também visa esclarecer sobre a prática de aliciamento de menores tanto moralmente pelos clubes quanto equiparando ao tráfico de pessoas em situações que deixam os menores em situações precárias, situações que já ocorreram e ocorre até os dias atuais, e que é difícil a identificação de ambas as práticas, moralmente pois como geralmente os jogadores são agenciados por empresários existe uma dificuldade para identificar esse aliciamento, e sobre a equiparação de tráfico de pessoas no Brasil melhorou demais os alojamentos depois que infelizmente aconteceu alguns incidentes e desde então houve uma fiscalização para os clubes entregar com qualidade uma moradia descente para os jovens que buscam seu sonho de ser jogador, a metodologia que foi utilizada foi a descritiva, pois como o tema é um pouco complexo e pela atual conjuntura do momento de pandemia, somente estava disponível a pesquisa através de artigos científicos, matérias de jornais e a própria letra da lei.

Palavras-chave: Contrato de um jogador. Aliciamento de menores. Equiparando. Tráfico de pessoas.

ABSTRACT: The present work aims to analyze how a contract of a soccer player is made in detail, both bigger and smaller, in the form that fits in the law 9.615 known as "Pelé Law" that governs the contracts of the world of football, it shows the rights that the athlete has before the club and during his professional training when he becomes

30 Mestre em prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola de Magistratura Tocantinense e Universidade Federal do Tocantins. Professor universitário do curso de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins.

a professional athlete, the contract of the athlete besides having the rules in law 9.615 she must also respect the Consolidation of the Labor Law aims to clarify the practice of soliciting minors both morally by clubs and equating to human trafficking in situations that leave minors in precarious situations, situations that have already occurred and are still occurring today, and that it is difficult to identify both practices, morally because as the players are usually brokered by entrepreneurs there is a difficulty to identify this enticement, and on the equation of human trafficking in Brazil, the accommodations were greatly improved after unfortunately some incidents occurred and since then there has been an inspection for the clubs to deliver a decent quality home for young people who seek their dream of being a player, the methodology that was used was descriptive, because as the theme is a little complex and due to the current situation of the pandemic moment, research was only available through scientific articles, newspaper articles and the letter of the law itself.

Key Words: A player's contract. Grooming of minors. Equating. Trafficking in persons.

INTODUÇÃO

Para se iniciar uma partida profissional de futebol são necessários alguns critérios além da bola, arbitragem, delimitação do campo e etc., para que cada equipe seja formada cada atleta profissional deve ter seu nome publicado no BID (Boletim Informativo Diário) pelo menos em quesito nacional é assim que é chamado o portal da Confederação Brasileira de Futebol, e nesse BID que se mostra registrado o contrato do atleta.

O contrato pode ser dá início assim que o jogador completa dezesseis anos de idade como se faz presente no artigo 28- A da lei 9.615, então desde menor de idade um jogador já pode assinar seu primeiro contrato profissionalmente, onde obtém todas as vantagens que se encontra em um contrato profissional.

Geralmente os grandes clubes aos seus jogadores das categorias de base ao completar essa idade já firmam um contrato para que tenham um vínculo com o clube e possa ser coaptado para outro clube, sem pagar indenização ao grupo responsável pela formação do jogador, visto que para se fazer uma transferência de clube tem que ter um pagamento da multa rescisória que também se faz presente a esse direito na lei 9.615 no artigo 28 parágrafo 1º alínea I e II,

Antes de completar os seus dezesseis anos o atleta não firma contrato com o clube, no máximo o clube só consegue firmar um contrato de clube formador do atleta, contudo o clube tem que estar em dia com a federação e cumprir alguns requisitos para ter esse resguardo, o clube fornece benefícios ao mesmo durante sua formação,

como por exemplo moradia para os familiares para conviver mais próximo da família, estudo, segurança e saúde, fornecem também alguma bolsa para o atleta em formação conseguir se manter.

Encontramos nesse sentido tanto o poder do aliciamento moral que é um outro clube vir e fornecer condições melhores ao atleta o tirando já que não tem vínculo contratual, esse feito é proibido, contudo no Brasil onde se dá a punição é através da justiça desportiva que segue o Código Brasileiro de Justiça Desportiva que na verdade é uma resolução que foi criada pelo Conselho Nacional do Esporte.

Podemos observar o fato do aliciamento que pode ser equiparado e que alguns clubes já sofreram com isso com o tráfico de pessoas, pois muitos clubes vão buscar crianças com sonhos de se tornar um grande jogador e acabam aceitando a ida para viver em alojamentos desses clubes, as vezes, alguns clubes não fornecem o mínimo que é de direito para esses menores que são iludidos a ponto de ir viver longe de sua família e em lugares que afetam sua dignidade em busca de um sonho.

Esta pesquisa tem como intuito entender como funciona a questão dos contratos de jogadores profissionais de futebol segundo a Lei 9.615/98, Lei Pelé, e o problema do aliciamento de jogadores menores. A coleta de dados para esta pesquisa será por meio do levantamento bibliográfico e a pesquisa documental, como base artigos científicos e jurisprudências que tragam uma visão ampla do que ocorre. O caráter da pesquisa será o descritivo.

2. CONTRATO DOS ATLETAS

Como descrito já na parte introdutória o jogador tem sua vida profissional iniciada aos dezesseis anos de idade, que é a idade permitida para assinar o contrato especial de trabalho desportivo e esse contrato possui algumas peculiaridades.

O contrato celebrado pelo atleta e pela associação desportiva tem que estar sempre por escrito e deve ter o prazo de no mínimo três meses e no máximo cinco anos como prevê os artigos: 28, 28-A (Em atletas com dezesseis anos) e 30, da lei 9.615/98.

A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente: Caracteriza-se como autônomo o atleta maior de 16 (dezesseis) anos que não mantém relação empregatícia com entidade de prática desportiva, auferindo rendimentos por conta e por meio de contrato de natureza civil. O contrato de

trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência nunca inferior a três meses nem superior a cinco anos. (BRASIL, 1998)

Após celebrar o vínculo efetivo o clube tem o direito de registrar o atleta na CBF (Confederação Brasileira de Futebol) que é o órgão responsável por manter todos os contratos registrados de todas as associações desportivas brasileiras e que segue as regras da FIFA que é entidade que rege o futebol mundial.

2.1.1 DA JORNADA DE TRABALHO

Esse tipo de contrato por mais que tenha suas peculiaridades e seja meio distinto de outros, ele também segue a CLT e por tudo que é demonstrado também fala-se sobre a jornada de trabalho, a priori o título inicial da “Lei Pelé” deixava vago enquanto o tocante dessa jornada, contudo a partir de 2011 quando a lei teve uma nova redação houve a presença desse disposto.

No caso do atleta profissional de futebol, a lei Pelé, com a redação dada pela lei 12.395/11, passou a dispor, no inciso VI, do § 4º, do seu art. 28, sobre jornada de trabalho desportiva, fixando-a em 44 horas semanais. Além disso, em seus incisos I e II, do referido preceito legal, o legislador limitou o período de concentração a 3 dias consecutivos por semana, salvo nas hipóteses em que o atleta estiver à disposição da Confederação Brasileira de Futebol para servir à Seleção Brasileira. (CAMARGO e CALCINI, 2013)

A jornada de trabalho do jogador fica expressamente clara a respeito do horário que deve ser cumprida, contudo o problema vem com a distribuição dessas horas, pois tem treino e jogo valendo ressaltar o calendário brasileiro que é completamente desgastante para os jogadores, tendo em vista que tem dois a três jogos por semana.

Problema que vem ser resolvidos pela federação e pelos clubes, para que de fato os jogadores venham cumprir seu horário corretamente, claro, é uma árdua tarefa para quem é responsável sobre o assunto, mas é algo que deveria ser visto imediatamente.

2.1.2 DO INTERVALO INTRAJORNADA

A lei 9.615/98 em no seu artigo 28 parágrafo 4 deixa claro que são aplicadas as disposições da CLT a respeito do intervalo intrajornada visto que mesmo tendo suas

diferenças os contratos respeitam a Consolidação das Leis do Trabalho, o que diz esse artigo:

A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente. Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes (BRASIL, 1998)

Logo podemos observar que o que se faz presente para a manutenção desse assunto é expresso pela CLT que tem sua aplicação suplementar, onde abrange no artigo 71 que elucida:

Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas. § 1º - Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas. § 2º - Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho. § 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares. § 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (BRASIL, 1943)

Lembrando que a o jogador ainda tem o seu período de concentração que está expressamente na "Lei Pelé", deve-se ter em consideração que essa concentração faz parte da carga horária do trabalho, porém é questionada pela forma que é cumprido esse período.

2.1.3 DA CONCENTRAÇÃO DO ATLETA

Um outro tema que é bem polêmico é a respeito da concentração do atleta visto que é um período no qual o jogador fica recluso para a participação e o bom desempenho dentro de uma partida, o debate se envolve dentro da carga horária de trabalho, porém a concentração está prevista também na lei 9.615/98 no seu artigo 28 parágrafo 4 alínea I, II e III que nos mostra:

A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente. Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes: Se conveniente à entidade de prática desportiva, a concentração não poderá ser superior a 3 (três) dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial, devendo o atleta ficar à disposição do empregador por ocasião da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede; O prazo de concentração poderá ser ampliado, independentemente de qualquer pagamento adicional, quando o atleta estiver à disposição da entidade de administração do desporto; acréscimos remuneratórios em razão de períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente, conforme previsão contratual; (BRASIL, 1998)

O prazo estabelecido pode ser bastante controverso, pois o calendário do futebol brasileiro é muito corrido, sendo as vezes até impraticável, vejamos o exemplo o campeonato brasileiro que tem um início tardio e para conseguir cumprir todo o campeonato no ano são feitos 2 jogos por semana, ou seja, se é possível ficar até 3 dias de concentração o jogador tem as vezes apenas 1 dia de folga para ficar com sua família.

Uma solução para isso é a diminuição de jogos, porém a cada ano que passa parece piorar, temos como exemplo a pandemia do covid-19 que em alguns momentos o calendário foi paralisado e jogos foram remarcados, times jogando 3 e até 4 vezes na semana, claro que é um caso a parte, contudo mostra a fragilidade do nosso calendário esportivo.

2.1.4 DA REMUNERAÇÃO -

O artigo 28 da "Lei Pelé" deixa bem claro que a remuneração é formada de acordo com as partes, o valor deve estar presente no contrato. Mas é do conhecimento de quem acompanha futebol que os jogadores recebem um valor conhecido como as "Luvas" esse tipo de pagamento é referente a um adiantamento na assinatura do contrato, possui característica salarial logo pode ser dividido durante os meses trabalhados e deverá ter as outras verbas trabalhistas enquadrada no valor mensal como por exemplo FGTS ou Férias, as luvas, no entanto fica com sendo um segundo salário.

E o tal do "bicho"? Bom, esse "bicho" com a reforma trabalhista, esse conhecido "bicho" ficou reconhecido como uma premiação, seja por um jogo ganho ou um campeonato se fazendo presente no artigo 457 da CLT. Ficando excepcionalmente no parágrafo 2, vejamos o que diz:

Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário (BRASIL, 1943)

Ficando claro que essa premiação não se enquadra na remuneração fixa do jogador, então os jogadores não possuem direito sobre ele, as vezes tem somente o acordo entre dirigentes e jogadores para fatiar a premiação e entregar essa premiação.

1.1.5 DIREITO DE IMAGEM E ARENA

O direito de imagem na verdade é conhecido como direito a cessão da imagem do atleta, onde a associação tem o direito de usar a imagem do atleta seja para alguma propaganda ou movimentação do marketing do clube, esse direito não se enquadra na natureza salarial do jogador, é um outro contrato no qual a associação esportiva assina com o jogador com um tal valor.

É de se entender que alguns clubes usa o contrato de direito de imagem do jogador para fraudar a legislação, pois como não é um salário não deve seguir as normas da CLT e então alguns clubes aumentam exponencialmente o valor do direito

de imagem do jogador e reduz o salário do jogador. Podemos ver o Direito de imagem presente no artigo 87-A da Lei 9.615/98 onde se lê:

O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo. (BRASIL, 1998)

Em 2011 houve uma alteração na lei para tentar coibir essa prática, colocando o parágrafo único que deixa convicto que o valor do direito de imagem não pode ultrapassar a 40% do valor total da remuneração do atleta, vejamos o que diz o parágrafo único:

Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem. (BRASIL, 1998)

O direito de arena refere-se ao valor que o atleta tem direito a receber sobre a transmissão do jogo pela rede que transmite ao vivo, o valor tem que ser no mínimo 5% recebido do clube pela emissora, se faz presente no artigo 42 parágrafo 1 da lei 9.615/98, que diz:

Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil. (BRASIL, 1998)

Se essas obrigações não forem cumpridas corretamente pode haver a rescisão contratual entre o jogador e o clube, pois faz parte do direito salarial do jogador, então

se houver atrasos ou descumprimento entre as partes o jogador tem o livre direito de entrar e pedir a rescisão na justiça.

2.1.6 ENCERRAMENTO DO CONTRATO

O contrato entre o profissional e a associação esportiva, tem vínculo estabelecido já na norma, que tem no mínimo três meses e no máximo 5 anos, não podendo passar isso, para o jogador ou o clube deseja estender o vínculo deverá fazer um novo contrato.

Não existe previsão na CLT sobre a rescisão contratual entre o jogador profissional e a associação, porém, a norma que rege sobre esse assunto está presente na lei 9.615/98 especialmente no artigo 28, que tange o seguinte:

A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente: Cláusula indenizatória desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses: transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo; ou por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva, no prazo de até 30 (trinta) meses; e II - Cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5º § 1º O valor da cláusula indenizatória desportiva a que se refere o inciso I do caput deste artigo será livremente pactuado pelas partes e expressamente quantificado no instrumento contratual: I - Até o limite máximo de 2.000 (duas mil) vezes o valor médio do salário contratual, para as transferências nacionais; e II - Sem qualquer limitação, para as transferências internacionais § 3º O valor da cláusula compensatória desportiva a que se refere o inciso II do caput deste artigo será livremente pactuado entre as partes e formalizado no contrato especial de trabalho desportivo, observando-se, como limite máximo, 400 (quatrocentas) vezes o valor do salário mensal no momento da rescisão e, como limite mínimo, o valor total de salários mensais a que teria direito o atleta até o término do referido contrato (BRASIL, Lei 9.615 de 24 de Março de 1998, Art. 28)

Logo a lei 9.615/98 trouxe previsão de negociação entre as partes para o encerramento do contrato antes do fim do mesmo, que é permitido hoje pelo artigo 484-A da CLT que diz:

O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas: I - por metade o aviso prévio, se indenizado; e a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas (BRASIL, Decreto-Lei Nº 5.452 de 1º de Maio de 1943, Art. 484-A)

Fica de fora somente o aviso prévio, tendo em vista que o contrato já possui um tempo estipulado para seu encerramento, será só recebido as demais verbas trabalhistas que lhe é de direito.

3 – DO ALICIAMENTO

A partir da análise de como é feito um contrato dos profissionais de futebol, podemos observar que o primeiro contrato pode ser feito assim que o jogador faz dezesseis anos, ou seja, mesmo sendo menor de idade já pode assinar um contrato sendo profissional.

Hoje com a supervalorização dos atletas e de todos seus salários astronômicos muitas crianças, principalmente da classe mais pobre brasileira tem um sonho de se tornar atleta, e mudar a vida e de toda a sua família, e isso exige que a criança saia cedo de casa atrás desse objetivo.

Logo esses jovens estão suscetíveis ao aliciamento, ao logo de estudo pode-se observar dois tipos de aliciamento, o aliciamento moral entre clubes e o aliciamento que já foi equiparado ao tráfico de pessoas que geralmente ocorre entre empresários e crianças que buscam o sonho.

A equiparação ao tráfico de pessoas surgiu depois que casualmente foi identificado jovens morando em condições precárias, onde jovens foram seduzidos por seu sonho de se tornar um jogador profissional e simplesmente foram deixados a essa situação, então foi equiparado ao tráfico de pessoas devido a situação a qual essas crianças foram encontradas, valendo ressaltar que a obrigação do clube é pelo zelo desses jovens como ressalta o promotor de justiça Murillo Digiácomo.

Os cuidados com a saúde e bem estar do adolescente devem ser constantes, valendo lembrar que os menores de 18 (dezoito) anos estão sujeitos a restrições quanto ao exercício de determinadas atividades, mesmo quanto vinculados a programas de aprendizagem (cf. art.67, da Lei nº 8.069/90). (DIGIÁCOMO, 2011, p.1043)

O "aliciamento moral" ocorre quando geralmente um clube quer retirar um jogador de um clube sem ter que pagar a multa de rescisão contratual e assim o jogador o faz, ou quando antes mesmo de assinar um contrato profissional o clube vai até os empresários ou familiares dos menores e oferecem uma bolsa maior ou garantias que o outro clube não oferecia.

Esse tipo de aliciamento é passível de punições, pelas entidades que julgam esses tipos de casos, como é difícil de ser provado poucos clubes no mundo foram punidos por esses atos, e claro, sofreram punições duras por conta desse ato.

A forma desse aliciamento não é nada mais e nada menos do que uma forma ética entre os clubes e que geram muitos problemas quanto ao desenvolvimento do atleta e até ao clube formador, quando essa barreira é quebrada os valores no mercado são extrapolados chegando a ficar fora da realidade.

2.1 – ALICIAMENTO RELACIONADO AO TRÁFICO DE PESSOAS

Depois de iniciar sua vida no futebol a criança e a família ficam sujeitas a receberem propostas de clubes e empresários que oferecem uma oportunidade para a criança chegar ao futebol profissional, lhe dando moradia e estudo, contudo nem sempre é condizente com a realidade ou nem sempre fornecem com qualidade.

A atração pela busca do futebol se deve além da fama e do reconhecimento, a busca pelo dinheiro e para tirar a família da pobreza se deve ao maior foco dessas pessoas, tendo em vista que a maioria desses menores que buscam o futebol são de famílias humildes e que não tem condições financeiras desejadas.

Uma destas situações, que têm se tornado cada vez mais comuns, diz respeito a adolescentes (e mesmo crianças) que, desde tenra idade, deixam seus lares para frequentar "escolinhas de futebol" mantidas por clubes ou mesmo por particulares, e passam a residir em "repúblicas" ou em alojamentos na companhia de outros jovens que, como eles, nutrem a esperança de, um dia, tornarem-se jogadores de futebol profissionais. (DIGIÁCOMO, 2011, P.1043)

Em 2012 o clube Portuguesa Santista sofreu um processo a respeito desse tipo de aliciamento, um empresário foi até o estado do Pará e recrutou meninos para ter sua carreira iniciada nesse time, contudo os jovens ficaram em condições precárias durante o período no clube.

"O grande diferencial desse caso é que o judiciário se manifesta em uma situação comum no futebol. Acontece em muitos clubes. Ainda mais sintomático é que eram jogadores do Pará em Santos, que tem todo esse canal de jogadores do Estado como Giovanni e Paulo Henrique Ganso para a cidade", contou o Carmello. Os jogadores eram recrutados pelo empresário no Pará, onde assinavam uma procuração para que ele os representasse. Há relatos de alguns pais que pagaram ao agente. Ao chegar a Santos, ficavam amontoados em um apartamento quitinete, com a alimentação paga pelo agente. Por isso, a Portuguesa Santista, no processo, alega não ter relação com a manutenção dos jogadores, o que seria responsabilidade do agente. Para o empresário de futebol, os atletas estavam se alimentando normalmente, ou seja, não haveria maus tratos. "Eles vieram para Santos em condições de tráfico de pessoas. Não tinham ninguém com a sua guarda, nem assistência do clube", rebateu o promotor, alegando que houve desrespeito do Protocolo de Salerno, tratada internacional assinado pelo Brasil para evitar tráfico de pessoas. Segundo Carmello, após a constatação das condições precárias em que estavam os menores, eles foram mandados de volta para o Pará, onde retornaram aos seus pais. A sentença determinou que devem ser indenizados, mas ainda não estabeleceu um valor. A Portuguesa se desvinculou dos maus tratos, atribuindo a culpa a uma empresa que era sua parceira na divisão de base. "Em relação à questão envolvendo www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 13 menores, temos a informar que se refere a um processo antigo, época em que o departamento de futebol amador era terceirizado", afirmou nota da assessoria do clube[...] (MATTOS, 2011)

Os responsáveis por esses atos foram punidos, mas vale lembrar que não existe somente esse caso, há outros no qual deixam essas crianças em situações precárias, de certa forma é complicada a fiscalização para conseguir ver como esses jovens estão e

muitas vezes os próprios jovens não ligam para a situação pois visam um futuro melhor, e acreditam que estão em apenas uma fase para conquistar seu sonho.

Infelizmente por serem ludibriados nesse período muitos desses jovens não conseguem atuar como profissional e também muitas vezes não conseguem obter uma escolaridade adequada pois não conseguem correlacionar o tempo entre os treinos e escola, e quando se dão tempo já estão com uma certa idade.

O futebol tem como objetivo incluir esses jovens na sociedade e aqueles que não conseguiram entrar para esse ramo, durante sua preparação eles devem receber ensino e moradia de qualidade para não ter sua infância e sua profissionalização em outra área perdida já que não conseguiu obter seu sonho, poucos são os que conseguem virar jogador profissional de alto nível, muitos desistem dessa caminhada, e muitos sofrem anos para conseguir se adequar ao mercado de trabalho convencional.

3.2 – ALICIAMENTO MORAL ENTRE CLUBES

O fato de um clube de futebol chegar para contratar um outro jogador é completamente normal, desde que seja feita das formas legais, onde os dirigentes de um clube chegam ao outro pra ouvir sobre a possibilidade de negociação a quantidade do valor para rescindir o contrato, e é desse jeito que se faz uma negociação com uma boa conduta.

É de se lembrar que, para que um clube possa contratar um jogador com contrato em vigor com outro clube, de forma ética, deve notificar o clube ao qual esse atleta está vinculado e externar as suas intenções de levá-lo à sua agremiação. Isso é o que determina o RNRTAF (Regulamento Nacional de Registro e Transferências de Atletas de Futebol), da CBF. (MARTINS. 2019)

A questão da moralidade se faz presente quando um clube busca antemão o atleta e não consulta o clube, consultando o atleta ele oferece um salário maior e faz que para o atleta consiga se transferir force sua saída do clube que ele tem o contrato, as vezes o atleta se demonstra insatisfeito e faz de tudo para ser transferido, as vezes deixando de cumprir sua obrigação contratual.

Acontece que a partir do momento que o atleta se demonstra insatisfeito, o clube o qual ele tem contrato vigente não tem pra onde correr a não ser negocia-lo por um valor abaixo ou mesmo rescindir o contrato.

Esse ato de aliciamento é muito difícil de ser comprovado, mas comprovando ele tem punição pela entidade que regulamenta o futebol no mundo que no caso é a

FIFA que geralmente sanciona restrições aos clubes no qual foi punido, como por exemplo a restrição de registrar novos atletas por um período determinado.

Mesmo sendo de difícil comprovação, podemos ver que no Brasil e alguns países do mundo já tiveram alguns casos de punições a respeito desses tipos de aliciamento, a FIFA impôs a punição sobre esses clubes que infelizmente tiveram esse tipo de atitude.

“O Comitê Disciplinar da Fifa sancionou os clubes Atlético de Madrid e Real Madrid por infrações relacionadas a transferências internacionais e registros de jogadores abaixo dos 18 anos”, afirma a entidade. (Veja, abril, 2016)

Configurando então o aliciamento por parte do Atlético de Madrid – ESP e Real Madrid também – ESP, os clubes ficaram impedidos de registrar novos atletas como forma de punição por duas janelas de transferência, período que é permitido as negociações de jogadores entre os clubes.

A punição aplicada para os clubes é de certa forma justa, contudo, a outra parte envolvida que não se é levada em consideração e é quem deveria fazer a denúncia que é o agente do jogador ou o próprio, e eles deveriam ser passíveis de punição também pois compromete e lesa de certa forma o clube que sofre com isso.

4.0 – CONCLUSÃO

A contratação de um atleta passa por várias etapas, porém está evidente o motivo da valorização do atleta, além de ter um contrato benéfico pela remuneração, o contrato do atleta seguem as normas da CLT no qual está previsto todos os tipos de privilégio da nossa norma, para um trabalhador comum esses resguardos as vezes não valem muita coisa, mas para um atleta que tem um contrato com uma ótima remuneração, é ótimo estar presente dentro das normas.

O contrato do atleta deve ser bem feito para que evite o aliciamento moral, contudo deve ser repensado a forma de punição que deve ser aplicado as três partes envolvidas no caso, o time que participou do aliciamento, o empresário do jogador que na grande maioria das vezes está envolvido e até o atleta em questão, pode ser pesado isso, contudo seria um meio de evitar esse tipo de aliciamento.

O aliciamento que se relaciona ao tráfico de pessoas, mesmo depois dos últimos casos com certeza ocorrem, em menos número é obvio mas ocorre, o tratamento para

esse caso deveria ser a punição severa ao clube que cometeu esse ato, banindo de competições impedindo de registrar atletas por anos e cumprindo benefícios sociais para retratar o dano a quem foi exposto a situação deplorável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 9.615, de 24 de março de 1998. Lei Ordinária (LO). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm>. Acesso em: 05 de mar. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 4.452 de 1º de maio de 1943. Lei Ordinária (LO). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1 de Maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 08 de mar. De 2020.

DIGIÁCOMO, J. M. A. dolescentes jogadores de futebol: da necessidade de coibir abusos de que são vítimas. **Ministério Público do Paraná**, página 1043. ano 2011. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1043.html>. Acesso em: 10 de março. 2020

PASSOS. Z. F. D e OBREGON Q. F. M. O aliciamento de jogadores de futebol e a equiparação ao tráfico de pessoas bem como a necessidade de regulamentação quanto aos clubes. 02 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/72063923-O-aliamento-de-jogadores-de-futebol-e-a-equiparacao-ao-trafico-de-pessoas-bem-como-a-necessidade-de-regulamentacao-quanto-aos-clubes.htmlf>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

CAMARGO. F. AURÉLIO e CALCINI RICARDO. O Controle de jornada dos atletas profissionais de futebol. 13 de dezembro de 2013. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/192260/o-controle-de-jornada-dos-atletas-profissionais-de-futebol>>. Acesso em: 22 de Março de 2020.

MARTINS. L. R. Justiça Desportiva tem competência para punir por aliciamento de atletas? 06 de novembro de 2019. Disponível em <<https://leiemcampo.com.br/justica-desportiva-tem-competencia-para-punir-por-aliamento-de-atletas/>> Acesso em 22 de Março de 2020.

HENRIQUE. P. Contratos de Jogadores de futebol. 07 de julho de 2016. Disponível em <<https://marcellobenevides.com/contratos-de-jogadores-de-futebol/>> Acesso em 24 de Março de 2020.

REAL E ATLÉTICO RECEBEM MESMA PUNIÇÃO DO BARCELONA. Veja Abril. 14 de Janeiro de 2016. Disponível em: < <https://veja.abril.com.br/placar/real-e-atletico-recebem-mesma-punicao-do-barcelona/> > Acesso em: 27 de Março de 2020

ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

MARIANE XAVIER DA SILVA:

Bacharelada em Direito pelo Centro
Universitário UNA/Betim.

ALINE CONCEIÇÃO DE CARVALHO³¹

(coautora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar como a alienação parental é tratada no Judiciário a partir do surgimento da lei que aborda a prática dos pais que tentam dificultar a convivência do genitor não guardião do filho, impedindo a participação deste na vida social e educacional do filho, bem como mostrar com mais detalhes sobre os efeitos que este fenômeno implica na vida da criança/adolescente, apontando as consequências jurídicas que poderão ser impostas aos alienantes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família. Alienação Parental. Conflitos. Adolescentes e Crianças. Alienador. Paternidade Responsável.

ABSTRACT: This article aims to analyze how parental alienation is treated in the Judiciary since the emergence of the law that addresses the practice of parents who try to make it difficult for the child's non-guardian parent to live, preventing their participation in the child's social and educational life. , as well as showing in more detail the effects that this phenomenon has on the life of the child/adolescent, legal changes that will be imposed on alienators.

Keywords: Family right. Parental Alienation. Conflicts. Teens and Children. Alienator. Responsible Fatherhood.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. Alienação Parental 3. Condutas que Caracterizam a Alienação Parental. 3.1 Causas, Efeitos E Consequências. 4. A Lei 12.318/10. 5. O Conflito com a Lei 12.318/10. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, nosso ordenamento jurídico vem passando por transformações importantes para se adequar as mudanças sociais e com a instituição familiar não é diferente. A Constituição Federal de 1988 juntamente com o Código Civil de 2002 coloca em igualdade os cônjuges, deixando de lado a supremacia do poder

³¹ Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário UNA

patriarcal estabelecendo posição de igualdade entre homem e mulher no âmbito familiar. Conforme ressalta Maria Berenice Dias³² (2011, p.14):

Constituição Federal (5.º I) concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher. Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5.º), outorgou a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. O Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles. O princípio da proteção integral emprestou nova configuração ao poder familiar, tanto que o inadimplemento dos deveres a ele inerentes configura infração susceptível à pena de multa

Em 2010 foi aprovado a Emenda Constitucional de N° 66 que deu novas características para o artigo 226 da Constituição Federal: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio." Conhecida como Emenda do Divórcio que tornou a dissolução do casamento menos burocrático. Desta forma, qualquer uma das partes interessadas poderá ingressar com pedido de divórcio consensual ou litigioso, havendo filhos menores sem acordo de seu bem estar preestabelecidos, este deve ser por meio judicial para proteção da criança. "Quando existe nascituro ou filhos incapazes, é necessário definir o regime de convivência e os alimentos, a que faz jus o nascituro" (L 11.804/08) 33.

Desde então os cônjuges não são mais obrigados a ficarem enraizados em uma família de aparência sem amor e afeto, porém é importante que a família seja base de apoio para a formação e desenvolvimento social do menor como descreve Maria Berenice Dias³⁴ (2010, p.14):

O afeto foi reconhecido como o ponto de identificação da família. É o envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional - cujo núcleo é à vontade - e o

32 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. RT: São Paulo, 2011.

33 BRASIL. Lei 11.804/08, de 05 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm Acesso em: 19 out. 2020.

34 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

conduz para o direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde almas e confunde patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos.

A afetividade é requisito fundamental para a qualidade no desenvolvimento de um cidadão, é a partir desta estrutura que nasce a obrigação da responsabilidade pela criação e educação de seus filhos. Deste modo, temos a família como base de apoio para a formação e desenvolvimento social dessas crianças.

Esse processo torna se doloroso quando a dissolução fora feita de forma litigiosa, onde um dos cônjuges não aceita de forma pacífica a separação afetando diretamente as crianças, que passam por um estresse com a mudança, principalmente se os pais tiverem dificuldade em trabalhar certas frustrações, ou manipular psicologicamente o filho. Assim, as decisões familiares têm grande influência sobre o emocional de um filho, podendo afetá-lo até sua fase adulta. Os direitos de família estão sendo violados considerando o efeito negativo entre pais e filhos.

Uma base bem construída, de carinho, amor e afeto, não merecem ser desfeita pelo simples fato de um relacionamento entre os pais ter acabado. Este é um dano moral que pode trazer sérios danos físicos e psicológicos.

É importante manter uma relação saudável, promovendo o bem estar psicológico dessa criança a fim de evitar danos futuros. Identificando a prática é de importância primária a advertência ao alienador a fim de que cesse esse mal.

Muitas vezes, pessoas no âmbito familiar dessa criança cometem a alienação sem mesmo saber da existência desta prática. Desta forma, abordaremos o que é considerado alienação parental e quais consequências que o alienador poderá sofrer com a regência da lei de nº 12.318/201035.

A intenção de imediato é conscientizar quais as consequências psicológicas para quem está sob influência do alienador e o objetivo principal é adentrar a lei de nº12.318/10 e sua eficácia quando identificado ao alienador, assim como quais os problemas futuros para quem está sob influência.

2 ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental é o impedimento imposto aos filhos de entrar em contato com o genitor que não detém a guarda. Trata-se de uma prática realizada por um dos

35 BRASIL. Lei n 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em: 19 out. 2020.

genitores quando este, não consegue superar o fim do relacionamento, e com isso, desencadeia um processo de destruição, desmoralização, do outro parceiro.

Atualmente o conceito de alienação parental está previsto no art. 2º da Lei nº. 12.318/2010, no qual a define da seguinte forma:

“Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.”

A separação deixa marcas em uma família, mas o impacto maior recai sobre os filhos que precisam se adaptar repentinamente com as mudanças que estão por vir. Fica mais difícil ainda quando um dos cônjuges não aceita de forma amigável a ruptura da vida conjugal e começa a programar memórias falsas ao menor.

Observa-se que o alienador busca desclassificar a imagem do outro genitor, ocasionando assim o afastamento do alienado provocando sentimentos de raiva e desconforto entre eles. O menor se torna uma ferramenta geralmente de punição nas mãos do alienador, sendo induzido a odiar o outro genitor levando-o a ter sentimentos negativos e incertezas.

É de grande importância que a criança/adolescente cresçam em um ambiente familiar saudável, pois, a família é a primeira referência de sociedade que se convive.

Segundo John Locke³⁶: “ao nascermos nossa mente é como um papel em branco”. Isso nos infere que, ao nascermos não temos referência do que é certo ou errado, bom ou ruim. É necessário um alicerce para estruturar a formação dessa mente em construção.

A família em sentido amplo, tanto os pais, avós, tios, devem cooperar para o desenvolvimento responsável da educação da criança e do adolescente.

A constituição federal³⁷ em seu art. 226 § 4º estabelece que:

36 LOCKE, John, 1999. *Ensaio acerca do entendimento humano*, Rio de Janeiro, Nova Cultura Editora

37 BRASIL: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 19 out. 2020

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Assim, entende-se que, independente das mudanças que houve na estruturação do âmbito familiar, o que importa é o afeto.

3 CONDUTAS QUE CARACTERIZAM ALENAÇÃO PARENTAL

Nas palavras de Jorge Trindade, da mesma forma que é difícil descrever todos os comportamentos que caracterizam a conduta de um alienador parental, conhecer um a um de seus sentimentos é tarefa praticamente impossível³⁸, pois suas atitudes podem ser decorrentes dos mais variados motivos.

A alienação parental pode ser identificada antes mesmo do fim do vínculo matrimonial, o qual um dos genitores com o intuito de impedir o convívio da criança ou adolescente com outros parentes, acaba afastando o menor, realizando conscientemente ou não, uma campanha de desqualificação da conduta do outro genitor.

A própria Lei da Alienação Parental, descreve, em seu art. 2º, parágrafo único, algumas formas de alienação praticadas pelo alienador:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

³⁸ TRINDADE, Jorge. Síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e alienação parental. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 21-30

Como se pode perceber, vários são os fatores que levam a identificar a conduta de um alienador, características de personalidade ou comportamentais cotidianas tomadas pelo genitor alienador com vistas de promover o processo de alienação parental. Contudo, não se trata aqui de uma tentativa de enquadramento de caráter deste indivíduo, mas sim da possibilidade de elencar as mais variadas formas possíveis exemplificativa de tais atos.

3.1 CAUSAS, EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS

A Alienação Parental tem como suas causas e efeitos os mais devastadores, gerando várias consequências nas crianças. O menor vitimado pode sofrer problemas psicológicos até mesmo psiquiátricos. Crianças submetidas à Alienação Parental são drásticas e podem vir a desenvolver transtornos na saúde emocional que pode durar a vida toda.

Na maioria das vezes a Síndrome da Alienação Parental se dá pelo inconformismo de um dos cônjuges com a separação, pelos genitores pensarem que são detentores e proprietários da criança. A família é a primeira e principal referência da criança no que diz respeito a valores e educação.

Outra causa que surge, é o fator econômico, o qual o alienante busca auferir vantagens financeiras à custa da criança, fazendo dela mero objeto para conseguir realizar seus objetivos.

Uma das consequências mais comum é chamada de Síndrome de Alienação Parental, que é capaz de provocar vários transtornos irreparáveis aos filhos, que são as grandes vítimas dessa situação. Os efeitos que essa síndrome pode causar são diversos, dependendo do grau da alienação.

Segundo Jorge Trindade³⁹ (2010, p. 24):

Sem tratamento adequado, ela pode produzir sequelas que são capazes de perdurar para o resto da vida, pois implica comportamentos abusivos contra a criança, instaura vínculos patológicos, promove vivências contraditórias da relação entre pai e mãe, e cria imagens distorcidas das figuras paterna e

³⁹ TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Org). Incesto e alienação parental: Realidades que a justiça insiste em não ver. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

materna, gerando um olhar destruidor e maligno sobre as relações amorosas em geral.

É exatamente neste contexto que podemos perceber, que a criança que vivencia o processo de separação e o modo que os genitores lidam com ela, pode comprometer de forma definitiva o seu desenvolvimento, visto que é necessária a presença de ambos os pais para o sadio desenvolvimento mental e físico do filho.

As consequências sofridas pelos filhos começam a se manifestar na infância, podendo se estender a vida adulta. Os efeitos psicológicos da Alienação Parental tem sido um motivo de preocupação. Uma criança pode apresentar comportamentos anormais de ansiedade, nervosismo excessivo, depressão, inquietação, transtornos no sono, agressividade exacerbada, dependência emocional pelo genitor com quem vive, dificuldades na expressão e compreensão das emoções.

4 A LEI DE Nº 12.318/10

Pretende-se discorrer sobre a Lei 12.318/10, que trata da Alienação Parental, deste modo passamos a compreender do que se trata. Para TRINDADE⁴⁰ (2007, p, 112), Alienação Parental é um processo em que o genitor titular da guarda afasta o outro genitor da vida do(s) filhos através de artifícios e manobras para dificultar o encontro entre eles.

Porém, sabedores de que há certas modificações contemporâneas nas configurações familiares, percebe-se que a Alienação Parental pode ser vista como algo maior, onde se envolve outros familiares.

Diversos fatores afetaram sua configuração e a forma de seus membros se relacionarem entre si e com outros segmentos da sociedade. Atualmente percebem-se profundas mudanças na sociedade que acarretaram transformações igualmente marcantes na estrutura do modelo tradicional de família.

Percebendo estas mudanças sociais na família, o legislador estabeleceu no artigo 1.634 do Código Civil de 2002 a igualdade entre os genitores no que tange aos direitos e deveres em relação ao filho. (BRASIL, 2002).⁴¹

Neste sentido, percebe-se que mesmo após a dissolução da vida conjugal as obrigações inerentes a vida da criança cabem a ambos os genitores, exatamente da mesma maneira como faziam quando estavam unidos conjugalmente. Na prática a

⁴⁰TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental: realidades que a Justiça Insiste em não ver/ DIAS, Maria Berenice coordenação - São Paulo; Editora: Revista dos Tribunais, 2007.

⁴¹BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002

ruptura do vínculo conjugal nem sempre é tranquila, percebendo-se que em algumas famílias os filhos são objeto de disputa e instrumento de vingança entre os ex-cônjuges ou companheiros (DIAS, 2007)⁴².

Diante disso, com o intuito de proteger as relações familiares de sofrerem os impactos e consequências de atos de alienação parental, surge no âmbito jurídico a Lei 12.318/10, que dispõe sobre a alienação parental, protegendo a criança/adolescente e sua relação com seu genitor, bem como apresentou mecanismos pedagógicos e punitivos àqueles que venham a praticar atos entendidos como danosos às crianças e adolescentes (BUOSI, 2012)⁴³.

A Lei 12.318 promulgada em 26 de agosto de 2010 trata da alienação parental, uma prática antiga entre as famílias que ganhou proporção com o passar do tempo. A criação da referida lei nasceu no intuito de inibir os pais e familiares de torturarem psicologicamente as crianças fruto de um vínculo matrimonial desfeito, visando benefício próprio.

Buosi (2012) disciplina que:

Nesta análise, podemos pensar a Lei da Alienação Parental como uma tentativa formal de coibir familiares a restringir o convívio adequado entre a criança e algum ente querido, mediante interesses pessoais desse adulto, fazendo assim vigorar com mais efetividade o direito fundamental dos indivíduos envolvidos e buscando limitar autoridades parentais inadequadas dos pais para a criação com seus filhos. (BUOSI, 2012, p.83).

A legislação brasileira adotou o conceito jurídico de atos da alienação parental, definida no art. 2º da referida lei.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda

⁴²DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental. Realidades Que A Justiça Insiste Em Não Ver. RT: São Paulo, 2007.

⁴³BUOSI. Carolina de Cássia Francisco. Alienação Parental - Uma Interface do Direito e da Psicologia. Juruá: Curitiba, 2012.

ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Ou seja, é a influência que exerce um dos genitores sobre o filho para denegrir a imagem do outro genitor, ou de qualquer familiar que utiliza de sua capacidade de manipulação para conquistar a criança e/ou adolescente, visando benefício próprio.

Quando percebido indícios que o menor está sob influência desta prática, o genitor ofendido deve provocar o judiciário para impor medidas processuais que estão previstas em Lei.

O nosso ordenamento jurídico através da lei 12.318/2010 em conjunto com a Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente tem como foco principal proteger os direitos fundamentais da criança e do adolescente, sendo assim, um dos meios mais possíveis é então na tentativa de coibir os atos praticados pelos adultos, familiares, que expõe a criança/adolescente a situações complexas onde é visível a tentativa de alienação parental, utilizando da manipulação psicológica na criança e no adolescente logo que identificado, uma vez que dando início prematuramente possibilita maior proteção uma vez que passado o tempo se torna mais difícil trabalhar o vínculo afetivo entre alienado e o outro genitor.

O art. 6º dispõe sobre as penalidades que podem ser aplicadas ao alienador, senão vejamos:

Art 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também

poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar

A lei passa a ter enorme importância, pois veio amparar o judiciário nas ações envolvendo as crianças e os adolescentes objetos da alienação parental. Passou-se a integrar no ordenamento jurídico de forma para induzir os operadores de direito a debater cada vez mais sobre o assunto, assim, apontar dispositivos que permitam a efetiva intervenção nas práticas de alienação parental.

Por outro lado, percebe-se a existência de complicadores, que acabam por não beneficiar de fato crianças e adolescentes, mas sim passa a ser argumentos para qualquer tipo de afastamento do filho com um dos genitores.

Como se pode ser visto no artigo “Lei da alienação Parental: problema ou solução? Debate esquentado”, escrito por Cerioni, 2019⁴⁴ para a revista Exame:

Teoricamente, a medida deveria ser essencial para a resolução de conflitos familiares, que já costumam ser complexos. Entretanto, nos últimos anos, sua eficácia tem sido questionada.

Para críticos da lei, os motivos são inúmeros e envolvem desde o seu embasamento teórico até a sua má aplicação por pais e advogados irresponsáveis

Ainda conforme expõe Cerioni, 2019, ao entrevistar uma advoga a mesma relata:

Toda e qualquer alegação por parte da mãe quanto a descumprimentos por parte do genitor, do não-pagamento de alimentos, desrespeito às regras de visitação e guarda estipuladas e até mesmo a acusações de abuso ou violência, são contestadas tendo como principal argumento de defesa a lei da alienação parental

44 CERIONI, Clara, Lei da Alienação Parental: problema ou solução? Debate esquentado, Revista Exame, Brasil, Disponível em: <https://exame.com/brasil/lei-da-alienacao-parental-problema-ou-solucao-debate-esquentado/>, Acesso em: 07 maio 2021

Diante de alguns questionamentos como os supracitados, pensar a lei da alienação parental é fundamental compreender tal fenômeno e a quem de fato atende o melhor interesse da criança e/ou adolescente.

5 O CONFLITO COM A LEI 12.318/10

Apesar da importância desta Lei, percebem-se alguns pontos ainda carentes de regulamentação. Diante desta fragilidade a lei vem sendo discutida e conforme nos aponta a Revista Exame, e a Revista Crescer45, chegando a ser proposta a revogação da lei, diante da sua ineficácia.

Em ambas as matérias são perceptíveis que apesar da lei 12.318/2010 ter sido criada visando o melhor interesse da criança e/ou adolescente, ainda não contempla de forma eficaz tal garantia do direito fundamental, uma vez que vem sendo utilizada de forma equivocada por parte dos genitores que não se preocupam tanto com o bem estar emocional do filho, mas sim com a disputa em interesse próprio.

Outro ponto discutido nas matérias analisadas é que em alguns casos a legislação foi utilizada como uma punição para as mães, uma vez que ao denunciar uma suspeita de abuso sexual por parte do pai, é compreendida em grande quantidade como ato de alienação parental e deste modo a fala da genitora acaba por ser desacredita e desqualificada, conforme aponta a advogada Ela Castilho, entrevistada pela Revista Crescer.

Ainda Castilho, 2019 aponta “pouco se fala de esclarecer as consequências do rompimento do relacionamento dos pais e dos direitos das crianças. Como numa batalha, um dos lados sai ganhando, mas a criança nem sempre é a mais favorecida.”

Destarte a matéria realizada pela Revista Exame afirma a partir de entrevista com a advogada Cláudia Ferreira que:

Toda e qualquer alegação por parte da mãe quanto a descumprimentos por parte do genitor, do não-pagamento de alimentos, desrespeito às regras de visitação e guarda estipuladas e até mesmo a acusações de abuso ou violência, são

45 **DINI, Aline**, Lei da Alienação Parental desviou-se do propósito de proteger as crianças, submetendo-as aos abusadores. **Revista Crescer – Digital Julho/2019. Disponível em:** <https://revistacrescer.globo.com/Voce-precisa-saber/noticia/2019/07/lei-da-alienacao-parental-desviou-se-do-proposito-de-protger-criancas-submetendo-aos-abusadores-diz-especialista.html#:~:text=As%20interven%C3%A7%C3%B5es%20psicossociais%20necess%C3%A1rias%20para,a%20decis%C3%A3o%20n%C3%A3o%20for%20acertada. Acesso em: 07 maio 2021>

contestadas tendo como principal argumento de defesa a lei da alienação parental.

Assim sendo, pode beneficiar o genitor que descumpre o que foi acordado, pois ao ser denunciado o mesmo busca na própria lei recursos para benefício próprio em detrimento do melhor interesse da criança e/ou adolescente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei da Alienação Parental conforme visto vem para auxiliar os operadores do direito em casos tão complexos como são as disputas judiciais em casos de divórcio, principalmente onde haja um litígio. Ainda se torna mais complicado uma vez que não se trata apenas de uma intervenção judicial, mas sim trata-se de dor e afeto, onde um dos cônjuges ou até mesmo outros familiares buscam denegrir a imagem do outro, muitas das vezes utilizando os filhos como meio de afetar o outro.

Por se tratar de temática tão complexa, percebe-se a necessidade de mais discussões e concordando com os advogados entrevistados pelas revistas pesquisadas, a lei necessita de revisão e aprofundamentos que visem priorizar o direito fundamental de crianças e/ou adolescentes que sofrem com a manipulação de um dos genitores contra o outro, onde quem é menos beneficiado acaba por serem os filhos.

Deste modo, entende-se que a lei apesar de ter vindo para auxiliar, não exerce de fato tal função de forma eficaz, até por que não se trata apenas da letra fria da lei, mas sim de um processo ainda maior, onde deve-se envolver uma equipe multidisciplinar, podendo pensar em atuações implicadas no melhor interesse da criança e/ou adolescente, em possíveis mediações de conflitos, que pode ser visto ser uma ideia original proposta na formulação da lei, porém teve seu artigo vetado.

Diante das considerações formuladas compreende-se que muito ainda resta a ser trabalhado, para além da legislação. E tal investimento deve compreender todos os operadores da lei, assim como outros fatores fundamentais para assim como prevê o ECA seja, de fato, garantidos ao direito fundamental de crianças e/ou adolescentes, para que não sejam mais usados como instrumentos para afetar o outro em benefício próprio.

Assim sendo, este trabalho não teve a pretensão de esgotar o assunto, mas sim de apresentar certa provocação aos operadores do direito, para que se garanta sempre o melhor interesse da criança e/ou adolescente.

7 REFERÊNCIA (S) BIBLIOGRÁFICA (S)

ALONSO, Patrícia et al. **Nasce uma lei: Alienação Parental o lado obscuro da Justiça Brasileira**- São Paulo: Editora e Gráfica Assaí, 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Brasília, 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil> Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Lei 11.804/08, de 05 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Lei n 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em: 19 out. 2020.

BUOSI. Carolina de Cássia Francisco. **Alienação Parental - Uma Interface do Direito e da Psicologia.** Juruá: Curitiba, 2012, página 83

CERIONI, Clara, Lei da Alienação Parental: problema ou solução? Debate esquentado, Revista Exame, Brasil, Disponível em: <https://exame.com/brasil/lei-da-alienacao-parental-problema-ou-solucao-debate-esquentado/>, Acesso em: 07 maio 2021

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental. Realidades Que A Justiça Insiste Em Não Ver.** RT: São Paulo, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** RT: São Paulo, 2011

DINI, Aline, Lei da Alienação Parental desviou-se do propósito de proteger as crianças, submetendo-as aos abusadores. Revista Crescer – Digital, Julho/2019. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Voce-precisa-saber/noticia/2019/07/lei-da-alienacao-parental-desviou-se-do-proposito-de-protger-criancas-submetendo-aos-abusadores-diz-especialista.html#:~:text=As%20interven%C3%A7%C3%B5es%20psicossociais%20necess%C3%A1rias%20para,a%20decis%C3%A3o%20n%C3%A3o%20for%20acertada.> Acesso em: 07 maio 2021

JUNIOR, Gediel Claudino de Araújo. **Prática no Direito de Família**- São Paulo; Editora: ATLAS, 2016, 8 edição.

TRINDADE, Jorge. **Síndrome da Alienação Parental: realidades que a Justiça Insiste em não ver/** DIAS, Maria Berenice coordenação - São Paulo; Editora: Revista dos Tribunais, 2007.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, editora, 2004.

TRINDADE, Jorge. **Síndrome da Alienação Parental (SAP)**. In: DIAS, Maria Berenice (Org). **Incesto e alienação parental: Realidades que a justiça insiste em não ver**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

GLANZ, Semy. **A família mutante -sociologia e direito comparado: inclusiveo novo Código Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

A APLICAÇÃO DA *WILLFUL BLINDNESS* OU CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

MATEUS PINHEIRO WAGNER:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Una.

THAÍS APARECIDA CARVALHO QUEIRÓZ

(coautora)

Resumo: O presente trabalho adotou como objeto de investigação o ordenamento jurídico pátrio no tocante aos delitos econômicos, e o estudo da doutrina da Willful Blindness ou Cegueira Deliberada. Em relação aos objetivos específicos pretende: apresentar uma breve análise da função econômica do Direito Penal; expor sobre a seletividade do sistema penal nos crimes econômicos, assim como discorrer sobre a doutrina e a aplicação da Willful Blindness ou cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro. A organização desse artigo utiliza-se de fontes primárias e secundárias, com objetivo de demonstrar a relação do direito punitivo com os estudos econômicos na modernidade e como a teoria supramencionada se mostrou incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro através da sua aplicação em julgamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Econômico; Lavagem de Dinheiro, Willful Blindness; Operação Lava-Jato.

Abstract: The present work adopted as a subject of investigation the national legal system regarding economic crimes, and the study of the Willful Blindness or Deliberated Blindness doctrine. In relation to the specific objectives, it intends to: present a brief analysis of the economic function of Criminal Law; expound on the selectivity of the penal system in economic crimes, as well as discuss the doctrine and the application of Willful Blindness or deliberate blindness in the Brazilian legal system. The organization of this article uses primary and secondary sources, in order to demonstrate the relationship between punitive to be incompatible with the Brazilian legal system through its application in judgments.

KEYWORDS: Economic Criminal Law; Money Laundering, Willful Blindness; Operation Car Wash.

1. INTRODUÇÃO

A Cegueira Deliberada ou Willful Blindness, surgiu na Inglaterra, no ano de 1861, é aplicada quando o agente finge não saber da ilegalidade da procedência de bens, para ludibriar as autoridades. A mencionada doutrina, teve grande importância para o combate de delitos, tendo em vista, que facilitou a investigação e posterior condenação aos agentes, representando um maior rigor ao combate à corrupção e Lavagem de Dinheiro.

O Segundo Capítulo deste trabalho faz uma breve análise da função econômica da punibilidade e dos impactos.

Em seguida, o Terceiro Capítulo mostra a perspectiva da seletividade do sistema penal principalmente nos crimes econômicos, trazendo uma problematização sobre a impunidade.

No Quarto Capítulo, refaz a origem da Doutrina da Willful Blindness ou Cegueira Deliberada e sua aplicabilidade. Ressaltando que o ordenamento jurídico espanhol apresentou uma alternativa de prévia inaplicabilidade, podendo ser este exemplo comparado ao do Brasil.

Por último, no Quinto Capítulo faz-se uma análise acerca da compatibilidade ou não da teoria da Cegueira Deliberada com o ordenamento pátrio, como se deram as primeiras tentativas de aplicação e em que se baseiam os argumentos dos Tribunais Superiores atualmente tendo como paradigma julgados anteriores e contemporâneos à Operação Lava-Jato.

2. UMA BREVE ANÁLISE DA FUNÇÃO ECONÔMICA DOS CRIMES ECONÔMICOS

O Direito Penal tem o objetivo de estudar todos os comportamentos, tanto da lei seca, quanto as ações e desse modo, analisar quais as penas ou medidas de segurança podem ser aplicadas. Por isso, é de grande importância a relação do direito penal com a economia, para entender os comportamentos e os custos para combater as atividades ilícitas (BUSATO, 2017).

“É necessário que a ao aplicar uma pena, deve-se atentar ao custo-benefício dos métodos utilizados para chegar o mais próximo possível de um ponto social equilibrado (BOWLES; FAURE; GAROUPA, 2008)”. Nesse sentido, resta claro a possibilidade do Direito Penal buscar formas de punições penais com gastos pequenos aos Estados e com elevado grau de eficiência.

Por isso, vê-se a objetividade de medir quantos crimes podem ser punidos e quais agentes devem passar despercebidos, e que a competência da investigação criminal está ligada ao fato do custo para detectar as atividades criminosas e a natureza da ação (BECKER, 1974).

“Para os economistas, é possível comparar às sanções penais com os preços de produtos, sendo que quanto maior a pena de um crime menos as pessoas devem incidir nele, o mesmo acontece com as reações das pessoas para com os preços do mercado (COOTER; ULEN, 2010)”.

Destaca-se que a força de uma sanção, juntamente com seu elevado grau de punição, tem o intuito de fazer cessar as condutas delituosas, relacionando, com a cultura, na medida que a sociedade percebe as devidas punições aos agentes, gerando repercussão dos valores protegidos pelo ordenamento jurídico, como aponta REALE, 1996:

Uma norma não surge como arquétipo ou esquema ideal, mas como elemento integrante de um modelo de uma classe de ações exigida, permitida ou proibida pela sociedade, em virtude da opção feita por dada forma de comportamento (REALE, 1996. p. 606).

É importante mencionar, como a economia estuda o comportamento de uma sociedade, segundo RAMOS, 2018:

A Economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis. Essa teoria, baseada em como as pessoas reagem a incentivos, suplanta a intuição da mesma maneira como a ciência suplanta o bom senso. Mais ainda, a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. As leis não são apenas argumentos técnicos; elas são o instrumento para se atingir objetivos sociais importantes (RAMOS, 2018. p. 118).

Assim como há um estudo para a legislação vigente, a economia também é necessária nesse aspecto para analisar todos os impactos empregados na sociedade e no ordenamento jurídico, regulando também os custos da intervenção do Estado, ou seja, engloba o estudo da regulação entre Direito e a Economia.

Pelo o exposto, nota-se que o direito econômico se envolve completamente com as normas e acompanha toda sua introdução para aumentar a produtividade nas investigações, como também, para regular a sociedade.

3. A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL NOS CRIMES ECONÔMICOS

Quando falamos de criminalidade na economia, é de grande importância tratar da impunidade, principalmente da classe com um elevado nível financeiro, ainda assim, destaca-se que os crimes financeiros não são devidamente investigados, muitas vezes pela complexidade do esquema, que, tem o intuito de ludibriar as autoridades investigativas.

Ademais, para a sociedade, os autores desses delitos financeiros não são vistos como criminosos, e por isso trazem impactos na criminalização, sendo a primeira, uma criação da lei, e também, a aplicação da lei pelas autoridades. Sutherland relata que a aplicação lei se dava por três fatores, são eles, segundo AMARAL, 2015:

(1) *status*: poder imuniza os “homens de negócio” em relação aos crimes, já que incriminá-los poderá trazer problemas para o incriminador no futuro; no caso dos EUA, Sutherland afirma que as campanhas para eleição de membros do Ministério Público e os necessários apoios políticos para nomeação de juízes atuavam como freios ao aparelho de persecução penal no que tange aos membros influentes da sociedade. Esta conclusão não pode ser aplicada ao Judiciário brasileiro menos sujeito a interferências externas nos processos de nomeação de juízes, mas pode se aplicar de forma correlata ao Legislativo, responsável por criar as leis penais repressoras de crimes econômicos, já que muitas vezes os criminosos econômicos são os financiadores das campanhas dos parlamentares;

(2) *homogeneidade cultural*: juízes, administradores, legisladores e homens de negócios possuem a mesma

formação cultural, muitas vezes partilham as mesmas origens sociais e essa homogeneidade faz com que não seja uma tarefa fácil caracterizar os criminosos econômicos dentro do estereótipo do criminoso comum.

(3) *a relativa desorganização na reação aos crimes de colarinho branco*: as violações das leis pelos homens de negócios são complexas e produzem efeitos difusos. Não se tratam de agressões simples e diretas de um indivíduo contra outro. Além disso, podem permanecer por muitos anos sem serem descobertas. Os meios de comunicação de massa não exprimiriam uma expressiva valoração moral da coletividade a respeito dos crimes do colarinho branco, em parte porque são fatos complexos, de difícil colocação jornalística, mas, sobretudo porque também os jornais pertencem a homens de negócios, que às vezes são responsáveis por numerosos ilícitos análogos. Por fim, a normativa que disciplina as atividades econômicas fazem parte de um setor novo e especializado do ordenamento jurídico, pois os velhos delitos constantes dos códigos penais comuns constituíam-se de condutas danosas para o indivíduo (AMARAL, 2015. p. 10).

A seletividade da aplicação das leis pode ser observada em todo o Estado, tal fator, causa lacunas para os atores que ocorrem em crimes financeiros, juntamente com a falta de capacitação e falta dos equipamentos necessários para a investigação criminal, o que dificulta o trabalho da autoridade policial para elucidar os crimes que geralmente são complexos nessa área.

No âmbito legislativo, percebe-se a precariedade da técnica da Lei, acarretando muitas vezes na abolição dos denunciados.

Nesse segmento, no poder judiciário, é nitido o rigor aos crimes patrimoniais, em comparação aos delitos financeiros que são seletivos a uma camada social com um poder aquisitivo elevado, mencionando novamente AMARAL (2015):

O Direito Penal, diferente de outras searas jurídicas, repudia a responsabilidade objetiva. No Direito Civil, por exemplo, é perfeitamente possível que alguém seja responsabilizado e obrigado a pagar indenização resultante de um dano pelo qual não foi responsável direto — a mera relação de causalidade

entre o dano e o agente, independentemente de sua culpa, é suficiente para gerar uma responsabilidade de indenizar. O Direito Criminal, porém, veda tal possibilidade.

A sanção penal só pode ser imposta após aferida em juízo a culpa do acusado, e a pena será proporcional à reprovabilidade que incide sobre sua conduta — por isso o Código Penal explicita que, no concurso de agentes, cada qual será punido na medida da sua culpabilidade. Tal preceito veio a ser questionado quando do advento da criminalidade econômica, especificamente nos denominados “crimes societários”.

Seriam aqueles em que a prática reiterada de delitos ocorre envolvendo uma estrutura societária empresarial — em concurso de agentes, portanto — mas muitas vezes fica difícil identificar o papel de cada um dos acusados na trama criminoso, ou mesmo de aferir quem possuía de fato o poder decisório.

Tendo isso em vista, o MP passou a se valer da chamada *denúncia genérica* para mover ação penal contra os envolvidos num delito societário. A característica dessa série que, na peça inicial do processo penal, que é a denúncia, não ocorre a individualização das condutas, todos os sócios que de alguma forma estiveram envolvidos no organograma empresarial seriam acusados, e a sua participação efetiva no crime e sua culpabilidade seriam averiguadas somente no próprio processo criminal.

Alegava-se que a denúncia genérica seria inadmissível no Direito Brasileiro por conta da violação do princípio da responsabilização subjetiva, e que estar-se-ia atribuindo uma responsabilidade objetiva — acusando indivíduos de crimes pelo simples fato de integrarem uma específica estrutura empresarial, na qual poderiam, em tese, participar da execução de delitos econômicos.

Defensores dessa medida alegam que não afronta as garantias individuais, uma vez que a denúncia em si não é mais que a peça processual que aciona a jurisdição criminal, mas que a averiguação da culpa dos réus sempre se faz sempre no bojo do próprio processo penal e que, independente de a denúncia

ser genérica ou não, se não for provada a culpa de um ou outros envolvidos, o resultado não será outro senão sua absolvição dos acusados.

Uma consideração importante ensejada pelo problema da responsabilidade objetiva nos crimes societários envolve a distinção entre o cargo ocupado pelo agente e a função por ele efetivamente exercida. Na situação, por exemplo, em que não haja coincidência entre ambos — em que o indivíduo acusado possui um cargo que em tese permitiria que ele tivesse conhecimento e efetivamente atuasse na execução dos crimes, mas não exercia efetivamente função nenhuma no organograma criminoso (AMARAL, 2015. p. 38).

Em razão disso, há uma crítica, devido a essa diferenciação das seletividades nos crimes econômicos, tendo em vista que, a camada mais pobre da sociedade, atinge um percentual absurdo de condenações quanto aos crimes de colarinho branco não, tal fato gera uma insegurança jurídica, quando um magistrado inocenta os empresários, fomentando o capitalismo e aumentando as desigualdes sociais e penais (KARAM, 1996).

4. A DOCTRINA DA *WILLFUL BLINDNESS* OU CEGUEIRA DELIBERADA

No tópico em pauta, será apresentado como ocorreu o surgimento da Teoria da Willful Blindness, visando compreender de forma mais ampla esse instituto. Além disso, é um assunto de extrema relevância e que auxilia para o entendimento sobre a aplicação da Teoria nos casos de maior repercussão midiáticas acontecidas no Brasil.

A Teoria da Cegueira Deliberada, teve uma aplicação em destaque nos anos de 1861, o qual era o caso de Regina vs. Sleep, tendo Sleep embarcado em um barco com parafusos de cobre, entretanto, tal produto pertencia ao estado inglês. O juiz na ocasião decidiu absolver o réu, pelo motivo de não haver provas suficientes de que Sleep conhecia da procedência desse bem (KLEIN, 2012).

Tal julgamento, gerou repercussão à época, e gerou um desdobramento conclusivo de que não era necessário o conhecimento da origem dos bens para condenar o agente, tendo este, ocorrido em ignorância deliberada (RONCHI, 2017).

Percebe-se então que o simples ato em ignorar todo o contexto de uma suposta atividade ilícita, passou a ser compreendido que a pena pode ser equiparada ao crime comum e começou a ser aplicada em muitos julgados para responsabilização subjetiva aos agentes acusados.

Cabe ressaltar que o Estados Unidos também, utilizou-se da mencionada doutrina, para julgar os crimes relacionados ao tráfico de drogas, devido a grande notoriedade nas cortes inglesas.

A Cegueira Deliberada, nos sistemas de common law, existe a possibilidade de imputar crime ao agente, cujo este, mesmo sem saber que encontra-se de posse de substâncias ilícitas (RAGUÉS I. VALLÉS, 2008).

Outra linha de embasamento na aplicação da teoria, é que no momento em que o indivíduo comete infração penal, ele possuía consciência que juridicamente existe responsabilização criminal para o ato praticado (CALLEGARI; WEBER, 2017).

A discussão acerca da aplicação da doutrina começou a ser irradiada para Cortes de outros países. No caso do Supremo Tribunal Espanhol, considerado de tradição da civil law, diferentemente de outros países, como por exemplo, Estados Unidos e Inglaterra, a aplicação da teoria começou a se dar somente a partir dos delitos ocorridos contra a lavagem de dinheiro e saúde pública (RAGUÉS I. VALLÉS, 2008).

Salienta que nos casos que envolvem a aplicação da Willful Blindness, carece a observância acerca do dolo para que seja constatado que o sujeito realmente saiba que está envolvido em uma possível atividade delitiva, mas sem saber ao certo qual. Dessa maneira, o sujeito defende o argumento da ignorância, ou seja, ele não quis enxergar, se manteve cego, de outro modo “não se sabe por que não se quer saber”. Aqui, é cabível uma crítica à aplicação da Teoria, tendo em vista ser uma possível lesão ao Princípio da Legalidade, considerando a dificuldade de apuração. Nesse diapasão, o sujeito pode ser responsabilizado por tudo que acontecer, inclusive nos casos em que o fato seja de difícil previsão, haja vista, principalmente, ao fato da não admissão de modalidade culposa em diversos ordenamentos fundados no civil law (FEIJOO SÁNCHEZ, 2009).

Também é prudente asseverar o entendimento de Francis Beck, que irá definir a cegueira deliberada quando: “o agente intencionalmente “cega-se” diante de situação em que, se mantivesse os olhos abertos, teria condições de reconhecer ou suspeitar fundamentadamente da tipicidade da conduta que pratica”. Assim, o agente “enterraria sua cabeça” para não ter condições de conhecer detalhes da conduta que realiza, e da qual percebe a grande probabilidade da ocorrência de algo ilícito. De forma menos figurativa, são empregadas as expressões “evitação de consciência” e “ignorância deliberada”, igualmente representativas da conduta voluntária do agente no sentido de evitar o pleno conhecimento do contexto fático que envolve o seu comportamento.

Diante do exposto, e considerando a dificuldade de apuração do dolo eventual na produção probatória em crimes de lavagem de dinheiro, parte da doutrina e, mais especificamente, nos julgamentos da Operação Lava-Jato e outras Ações Penais que serão tratadas detalhadamente no próximo capítulo, é possível afirmar que o Brasil adotou-se como embasamento teórico o instituto originário da common law (onde há o desconhecimento do dolo eventual). O caso da aplicação em sede nacional se amolda ao exemplo espanhol de incorporação da teoria num sistema de civil law.

5. APLICAÇÃO DA *WILLFUL BLINDNESS* OU CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sendo o tópico a seguir o problema principal do presente trabalho, retrataremos a aplicação da Willful Blindness no ordenamento jurídico penal brasileiro e o entendimento jurisprudencial fixado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, bem como a demonstração dos casos mais polêmicos para melhor entendimento.

“A teoria da cegueira deliberada foi utilizada pela primeira vez no julgamento do famoso caso do furto ao Banco Central de Fortaleza/CE, ocorrido em agosto de 2005 (CARVALHO E FAYET, 2020, p.7)”.

No caso supramencionado, é possível relatar que no dia seguinte ao furto ao Banco Central, os criminosos compraram 11 veículos em uma revendedora de carros denominada Brilhe Car, totalizando um desembolso de R\$ 980.000,00, no qual o pagamento fora realizado em espécie. Estima-se que a quantia furtada é de R\$ 167,7 milhões, no qual a Polícia Federal calcula que, no máximo, R\$ 60 milhões foram

recuperados, por meio da venda de bens dos criminosos participantes ou pelo resgate de quantias em espécie durante as investigações.

Analisando o inteiro teor do acórdão da Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0, que foi julgado pelo Tribunal Regional da 5ª Região, é possível afirmar que o órgão entendeu que um dos envolvidos na operação cometeu o delito da lavagem de dinheiro previsto na lei 9.613/98. Observemos os seguintes trechos retirados do respectivo acórdão:

Conclui-se, assim, como fato incontroverso, que foi o réu JOSÉ CHARLES MACHADO DE MORAIS quem efetuou o pagamento de R\$ 980.000,00 em notas de cinquenta reais, referente aos onze veículos adquiridos da Brilhe Car.

Recorde-se, aqui e uma vez mais, os conceitos de dolo eventual e a doutrina da cegueira deliberada (willful blindness ou conscious avoidance doctrine) expostos anteriormente, no que pese entendermos que José Charles sabia da ocorrência do furto e, conseqüentemente, da origem do dinheiro

O recorrente JOSÉ CHARLES esteve várias vezes na empresa BRILHE-CAR para escolher os veículos a serem adquiridos com o produto do furto. Estranhamente, pela primeira vez em vários anos, acompanhou o motorista da transportadora de sua propriedade em viagem a São Paulo, ocasião em que a carreta em que viajava, além, dos veículos adquiridos com o dinheiro subtraído do Banco Central, conduzia também mais de 3 milhões de reais ocultados em um dos carros transportados.

JOSÉ CHARLES MACHADO DE MORAIS: pena de 18 anos e 10 meses de reclusão e pena pecuniária de 600 dias-multa, arbitrados em 5 salários mínimos.

Entretanto, a sentença foi reformada, quando foi afastada a aplicação da Cegueira Deliberada por inadequação quanto aos autos. O argumento apontado é que, para o enquadramento no crime de lavagem de dinheiro, previsto no inciso I, §2º, do art. 1º da Lei 9613/98, somente ocorreria se o sujeito tivesse consciência da procedência ilícita dos valores, não fazendo necessário que este tivesse absoluta certeza sobre o fato, tendo sido tudo demonstrado nos autos.

Segue posicionamento firmado pelo Tribunal Regional Federal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO À CAIXA-FORTE DO BANCO CENTRAL EM FORTALEZA. (...) TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA (WILLFUL BLINDNESS). INEXISTÊNCIA DA PROVA DE DOLO EVENTUAL POR PARTE DE EMPRESÁRIOS QUE EFETUAM A VENDA DE VEÍCULOS ANTES DA DESCOBERTA DO FURTO. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.

(...)

2.4- Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (willful blindness), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98. O inciso II do PARÁGRAFO 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do PARÁGRAFO 2.º.

(...)

(PROCESSO: 200581000145860, ACR5520/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 09/09/2008, PUBLICAÇÃO: DJ 22/10/2008 - Página 207).

Neste sentir, segue posicionamento de Correia e Pádua, 2018:

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região (2008) entendeu que não havia elementos suficientes que demonstrassem que os acusados tinham ciência da ilicitude dos valores recebidos, sendo assim, segundo o Tribunal, a condenação configuraria um caso de Responsabilidade Penal Objetiva (COOREIA; PÁDUA, 2018. P. 442).

Prosseguindo, considerando a repercussão da Ação Penal n.º 470 tramitada no Supremo Tribunal Federal, conhecida pela mídia como “Mensalão” também merece ser apreciada. No tocante do escândalo, aduz Correia e Pádua, 2018:

A Ação Penal 470, conhecida como Mensalão, foi recebida pelo Supremo Tribunal Federal em 2007, dentre os quarenta denunciados, havia parlamentares e ministros, os quais foram denunciados pelos crimes de peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, dentre outras fraudes. Os envolvidos visavam à compra de suporte político e financiamento de campanhas eleitorais (CORREIA; PÁDUA, 2018. p. 442).

Nesta perspectiva, demonstramos o voto da Ministra Rosa Weber no julgamento da Ação Penal:

Pode-se identificar na conduta dos acusados-beneficiários, especialmente dos parlamentares beneficiários, a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada. Para o crime de lavagem de dinheiro, tem se admitido, por construção do Direito anglo-saxão, a responsabilização criminal

através da assim denominada doutrina da cegueira deliberada

(willfulblindness doctrine). Em termos gerais, a doutrina estabelece que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta (ROSA WEBER, 2007. p. 1297).

E, para finalizar, CARVALHO e FAYET conclui:

Nesse processo, a Ministra Rosa Weber, em seu voto, lançou mão da teoria da cegueira deliberada para imputar a prática do crime de lavagem de dinheiro a alguns dos agentes processados, argumentando, para tanto, que na conduta dos réus estava presente a indiferença em relação à origem do dinheiro, o que era suficiente para o reconhecimento do dolo eventual na prática

desse injusto, sendo aplicável, assim a willful blindness doctrine (CARVALHO; FAYET, 2020. p. 7).

Portanto, resta demonstrado que a menção à Teoria da Willful Blindness na decisão da Ação Penal pelo Supremo Tribunal deu maior repercussão a Teoria, demonstrando a sua aceitação pelo Tribunal Superior e possibilidade de aplicação em nosso ordenamento jurídico (CORREIA; PÁDUA, 2018).

No tocante da aplicação da cegueira deliberada pelo entendimento jurisprudencial fixado pelo Supremo Tribunal Federal, podemos expor que no escopo, na Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000, o juiz federal Sérgio Moro também entendeu ser possível à aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada para fundamentar a condenação do réu Ivan Gomes Torres Júnior em razão da prática da lavagem de dinheiro.

Segue trecho do ilustre juiz como suporte na sua decisão:

Aqui são pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da 'cegueira deliberada' ou 'willful blindness' e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. (MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo, Saraiva, 2010).

E continua:

A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da common law, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da civil law, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros (MORO, 2010).

Destarte, resta demonstrado que o juiz Sérgio Moro utilizou decisão do Supremo Tribunal Espanhol para embasar a condenação do réu aludido, sob o argumento que o ele possuía conhecimento, ainda que não absoluto, do esquema que envolvia o parlamentar, tendo o agente conduzido com dolo não eventual ao não se opor ao pedido feito pelo chefe á época dos fatos. Somente a caráter de conhecimento, vale informar que réu Ivan Gomes Torres Júnior era chefe do gabinete do ex-deputado Pedro Corrêa, e que ele teria disponibilizado a sua conta bancária para que o parlamentar recebesse dinheiro oriundo de propina paga por empreiteiras que visavam

celebrar contratos privilegiados a Petrobrás. Consequentemente, o réu foi condenado a cinco anos pelo crime de lavagem de dinheiro.

De modo similar, nas Ações Penais nº 50472-2977.2014.4.04.7000/PR e 5007326-98.2015.4.04.7000/PR versam sobre a possibilidade, ou não, de aceitação do dolo eventual em sede de lavagem de dinheiro e sobre a possibilidade de aceitação do emprego da cegueira deliberada como foi feito no ordenamento espanhol, instituto com origem no common law, em uma realidade de civil law, respectivamente.

Em suma, mormente a partir das decisões oriundas da Operação Lava-Jato, a imputação da Lavagem de Dinheiro através do dolo eventual no Brasil pode advir de dogmaticamente insatisfatória. Podemos concluir que o perigo dessa aplicação é uma possível lesão ao Princípio da Legalidade na medida em que pode dar espaço a explicações simplistas e supor o dolo do agente criminoso nos casos em que há dificuldade de apuração. Esse anseio se assevera visto que não existe responsabilização penal culposa no crime analisado e, concomitantemente, somada à pressão social e midiática, grande esforço internacional e nacional para punição evidenciando um caráter emergencialista do Direito Penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi discorrer sobre a aplicação da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico brasileiro e o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça - STJ, sendo que para isso abordou os seguintes temas: uma breve análise do Direito Penal econômico, especificamente abrangendo a seletividade do sistema penal nos crimes econômicos, e a aplicação da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro.

Como mostrado, a eficiência jurídica é de grande valia para o Estado, sendo um importante princípio - o custo benefício, se sobrepondo muitas vezes sobre o mérito do caso.

Ressalta-se que com a evolução tecnológica, foi possível o avanço de condutas criminosas mais complexas com potencialidade de obter lucros lesando muitas vezes o próprio Estado, por exemplo, nos casos de crimes de Lavagem de Dinheiro, tendo

em vista que as condutas cada vez mais difíceis de ser identificadas, sendo o lucro disfarçados aos olhos da Lei.

Observa-se que, o objetivo também foi criticar, não só os prejuízos econômicos mas os sociais, causados pela seletividade de crimes financeiros em comparação com crimes patrimoniais.

Nessa linha de raciocínio, passou-se a utilizar a Cegueira Deliberada, para auxiliar nas condenações pelos crimes mais simples, mas principalmente em casos de delitos complexos.

No Brasil, com a reformulação da Lei nº Lei 9.613 no ano de 2012, juntamente com a aplicação da Cegueira Deliberada em outros países, houve um esforço para introduzir a mencionada doutrina nos julgamentos, com intuito de diminuir a atuação do crime organizado.

A partir de então, a teoria ganhou relevâncias nos tribunais brasileiros, principalmente para fundamentar sentenças criminais, nos delitos de lavagem de capitais e organização criminosa. Na Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000, um dos desdobramentos da Operação, o juiz federal Sérgio Moro entendeu ser possível a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada para fundamentar a condenação do réu Ivan Vernon Gomes Torres Júnior em razão da prática de lavagem de dinheiro. Na condição de ex-assessor do deputado Pedro Corrêa, o réu teria disponibilizado a sua conta bancária para que o parlamentar recebesse dinheiro oriundo de propina paga por empreiteiras que visavam celebrar contratos privilegiados com a Petrobrás.

Concluindo-se, a partir das decisões oriundas da Operação Lava-Jato, a imputação da Lavagem de Dinheiro, sob o aspecto do dolo eventual no Brasil mostrou-se insatisfatória, tendo em vista o perigo dessa aplicação e uma possível lesão ao princípio da Legalidade na medida em que pode dar espaços a argumentos simplistas, em que há dificuldade de apuração.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Thiago Bottino do. **Direito Penal Econômico**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas. 2015.

BECK, Francis. **A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro**. Sapucaia do Sul: Revista de Estudos Criminais, 2011.

BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. In: BECKER, Gary S. LANDES, William M. Essays in the economic of crime and punishment. 1974.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A cegueira deliberada no julgamento da ação penal 470**. Publicada em 30/07/2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>> Acesso em 24 de maio de 2021.

BOWLES, Roger A.; FAURE, Michael G.; GAROUPA, Nuno M. **The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications**. Journal of Law and Society, v. 35, n. 3, p. 389-416, Sep. 2008.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região. ACR Nº 50231353120154047000**. Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto. Oitava Turma. Data de julgamento: 13/09/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Joaquim Barbosa** <<https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>> Federal Rogério Fialho Moreira. Data de julgamento: 09/09/2008. Segunda Turma, data de publicação: 22/10/2008> Acesso em 29 de maio de 2021.

BRASIL. **Tribunal Regional da 11ª Região. ACR: 5520 CE 014586-40.2005.4.05.8100**. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Data de julgamento: 09/09/2008. Segunda Turma, data de publicação: 22/10/2008. Disponível em

<http://https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRF5/IT/ACR_5520_CE_1268813448849.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEO67SMCVA&Expires=1622321024&Signature=F3v4e72yVPMo5B9TKRXkp%2BiNvHU%3D> Acesso em 29 de maio de 2021.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2017.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel B. **Lavagem de Dinheiro**. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Andersson Vieira; FAYET, Fábio Agne. **Teoria da cegueira deliberada e os limites de responsabilização subjetiva no direito penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010.

COOTER, Robert. **The Confluence of Justice and Efficiency in Economic Analysis of Law in PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles. The Origins of Law and Economics**. Essays by the Founding Fathers Edward Elgar Publishing, Inc., 2005.

CORREIA, Aline Guelli; PÁDUA, Gabriel Senra e. **A (im) possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Minas Gerais: Juiz de Fora, 2018.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial: un esbozo de una teoría general de los delitos económicos**. Revista para el análisis del derecho, Barcelona ed. 2, 2009.

KARAM, Maria Lúcia: **A esquerda punitiva**. In **Discursos Sediciosos**, nº 1. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

KLEIN, Ana Luiza. **A Doutrina da Cegueira Deliberada Aplicada ao Delito de Lavagem de Capitais no Direito Penal Brasileiro**. 2012. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/4.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2021.

KITCH, Edmund W. **"The Intellectual Foundations of 'Law and Economics'"**. Journal of Legal Education, v. 33, 1983.

LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. **A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro**. Boletim IBCCRIM, São Paulo: a 17, n 204, 2009.

MESTIERI, João. **A Norma no Direito Criminal**. In: Ferraz, Sérgio (Org.). **A Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

MORO, Sergio Fernando. **Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem de dinheiro**. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando. **Lavagem de Dinheiro: comentário à lei pelos juízes das varas especializadas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

POSNER, Richard. **An economic theory of criminal law**. Columbia Law Review, n. 85, 1985.

POSNER, Richard A. **"The Economic Analysis of Law"**. Texas Law Review, v. 53, n. 4, 1975.

RAGUÉS I. VALLÉS, Ramón. **La ignorancia deliberada en Derecho Penal**. Barcelona: Editorial, 2008.

RAGUÉS I. VALLÉS, Ramón. **La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva**. Barcelona: Revista para el análisis del derecho, 2008.

RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise econômica do direito penal: uma abordagem para uma possível sanção penal ótima para os delitos cometidos por pessoas jurídicas**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 10, n. 18, 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo, Saraiva, 1996.

RONCHI, Isabela. **Teoria da Cegueira deliberada e a sua (in) aplicabilidade no Direito Penal brasileiro: um estudo a partir das teorias do dolo e da tipicidade**. Repositório UNESC, Criciúma, 2017.

SUTHERLAND, Edwin H: **"Crime and business" The annals of American Academy of political and social science**, 1941, V.217, 112. Cf também de mesmo autor: **"White-collar criminality"**, American Sociological Review, V. 5, nº1, 1940.

SUTHERLAND, Edwin H.: **White collar crime — the uncut version**. New Haven: Yale University Press, 1983.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

LIANA ALVES SABOIA FERREIRA:
Acadêmico do curso de Direito pelo
Centro Universitário Luterano de Manaus
– ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA⁴⁶

(orientador)

RESUMO: É considerada violência obstétrica atos abusivos contra a mulher na hora do parto, apesar dessa prática acontecer com frequência, ainda não existe uma lei específica para punir quem comete maus tratos em um momento tão delicado para as mães que esperam ansiosamente a chegada do bebê. Alguns apoios jurídicos foram criados no intuito de amenizar essas condutas desumanas que por diversas vezes são praticadas contra as gestantes na hora do parto, e também existem alguns procedimentos que forçam a criança a nascer e que pode ser caracterizada como violência.

PALAVRAS – CHAVE: Violência Obstétrica. Lei do Acompanhante. Tipos de Parto Forçado.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Sobre a Violência Obstétrica. 1.1. Resolução nº2.232. 2. Tipos de violência. 2.2. Como denunciar. 3. Lei do Acompanhante Nº11.108/2005. 3.1. Tipos de parto. 4. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

É da mulher que a humanidade se reproduz, por concepção natural ou por técnicas de reprodução assistida. Independente de como o bebê tenha se gerado ele precisa de uma mulher para se desenvolver e vir ao mundo, apesar das mulheres serem as únicas reprodutoras da humanidade, elas ainda sofrem muito na hora do parto. Alguns profissionais da saúde maltratam as mães no momento mais delicado que é a hora do nascimento da criança.

Esses maus tratos são denominados violência obstétrica e pode ser tanto físico quanto psicológico, a violência não é apenas a praticada pelo médico ou enfermeiro que esteja realizando o procedimento, mas também pela falta de suporte como falta de material ou indisponibilidades de leitos que é oferecida pela rede pública de saúde

⁴⁶ Docente do curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA

ou pelas clínicas ou de qualquer sistema de saúde que seja para atendimento de grávidas.

1. SOBRE A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

É considerada violência obstétrica qualquer omissão ou ação, seja verbal ou física, e é praticado contra a mulher no período da gestação, parto, ou pós-parto e pode ser efetuada por todos os prestadores de serviço que englobam a área da saúde. Ainda se considera violência, realizar procedimentos que causem dor, ou forçar a mulher ficar deitada enquanto sofre contrações na hora do nascimento, zombar, beliscar ou negar assistência adequada.

Em média, 1 em cada 4 mulheres sofrem violência obstétrica, e a maioria dos casos ocorre no sistema público de saúde em um dos momentos mais apreciados pela mãe, que é a chegada de seu bebê, mas para muitas, esse tão sonhado momento vem acompanhado de trauma. A parte mais delicada é que ainda não existe Lei Federal específica para punir quem comete este tipo de crime, apenas legislação genérica estadual. Vale ressaltar que algumas condutas estão configuradas como crime no Código Penal, omissão de socorro, homicídio, lesão corporal e crime contra a honra.

O médico Hemmerson Magione fundador do Instituto Nascer declarou que a "*Violência obstétrica ainda é um conceito em construção. Transita entre o desrespeito humano durante o cuidado ao nascimento até a prática de condutas médicas sem respaldo científico*".

Todos merecem ter respeito, independente de classe social, cor, etnia ou religião, o preconceito opera em todas as esferas sociais. E, dentro dos órgãos de saúde não é diferente, alguns profissionais trabalham sem nenhum respeito com os pacientes, inúmeras mortes causadas por negligência poderiam ser evitadas, tanto dos recém nascidos quanto das mães, se os serviços fossem oferecidos corretamente. O agravante não vem apenas das ações do profissional, a falta de leito, materiais hospitalares e medicamentos adequados também contribuem para o sofrimento de muitas mulheres.

1.1. RESOLUÇÃO N°2.232

O Conselho Federal de Medicina alterou a Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, com a mudança decidida pela sessão plenária de 17 de julho de 2019, asseguram os seguintes termos:

Art. 1º A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.

Art. 2º É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.

Parágrafo único. O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível.

Art. 3º Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros.

Art. 4º Em caso de discordância insuperável entre o médico e o representante legal, assistente legal ou familiares do paciente menor ou incapaz quanto à terapêutica proposta, o médico deve comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando o melhor interesse do paciente.

Art. 5º A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.

§ 1º Caracteriza abuso de direito:

I - A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.

II - A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.

§ 2º A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto.

Não são apenas os pacientes que necessitam de respaldo jurídico no exercício de suas funções, os profissionais também. Algumas mulheres optam pela cesariana porque ficam com medo de sofrer muita dor no parto normal, mas para o obstetra realizar o procedimento é necessário comprovar a necessidade de fazer cirurgia. Existem inúmeras situações em que o profissional precisa ter mais cautela no atendimento, um deles é quando a paciente é portadora de doenças transmissíveis, ou que possuem diabetes e não podem realizar cirurgias.

2. TIPOS DE VIOLÊNCIA

Uma pesquisa realizada pela (OMS) Organização Mundial da Saúde nos mostra um quadro alarmante, na maioria dos países foram identificados 7 tipos de maus-tratos contra as gestantes na hora do parto, são eles:

I – Abuso físico (dar beliscos, bater);

II – Abuso sexual ;

III – Abuso verbal (xingar, usar palavras chulas no intuito de humilhar);

IV – Discriminar pela idade, etnia, classe social ;

V – Deixar de cumprir os padrões profissionais com cautela (negar auxílio imediato, negar);

VI – Mau relacionamento entre a gestante e a equipe (falta de comunicação, falta de cuidado e retirada da autonomia);

VII – Más condições do sistema de saúde (falta de leitos e medicamentos).

Outros contribuintes para os maus-tratos é a falta de interação adequada entre o médico e a paciente. Durante o pré-natal, é importante a gestante conversar com seu médico e explicar quais os procedimentos que gostaria de receber na hora da chegada de seu filho. O fundador do Instituto Nascir Hemmerson Magione dá dicas de como seguir com o procedimento conforme abaixo:

"Funciona como uma carta de intenções onde a gestante diz como prefere passar pelas diversas fases do trabalho de parto e como gostaria que seu filho fosse cuidado após o

nascimento, quais procedimentos que ela aceita e quais procedimentos prefere evitar, se possível".

Desta forma, o obstetra realizará o parto de acordo com as solicitações da paciente, e assim diminui o número de casos envolvendo violência obstétrica. E também pode diminuir o número de óbitos de mães e bebês recém-nascidos.

2.2. COMO DENUNCIAR

Sabe-se que a maioria dos casos de maus-tratos e violações dos direitos humanos ocorre dentro do sistema público de saúde, alguns casos de abusos foram filmados e mostrados nos jornais. Um deles aconteceu em Manaus no ano de 2018 na maternidade Balbina Mestrinho, o obstetra xingou e bateu com as mão nas partes íntimas da mulher na hora do trabalho de parto, além de agredir fisicamente e verbalmente, a paciente estava totalmente nua, a equipe não disponibilizou o avental hospitalar.

Quem for vítima de algum tipo de agressão, tanto física quanto verbal, pode realizar a denúncia na própria unidade de saúde que foi atendida, ou procurar a secretaria que é responsável pelo hospital ou clínica (distrital, municipal ou estadual). Também pode ser realizada no Conselho Regional de Medicina (CRM), caso a agressão seja praticada pelo médico obstetra, e no COREN quando os maus-tratos partirem dos enfermeiros ou pelo técnico de enfermagem.

Outra forma de solicitar apoio é no número 180 (Central de Atendimento à Mulher, ou pelo disque saúde 136. O número de casos que envolvem violência obstétrica vem diminuindo, as pacientes tem o direito de serem assistidas por outra pessoa durante o trabalho de parto.

3. LEI DO ACOMPANHANTE Nº11.108/2005

A Lei do Acompanhante nº11.108, entrou em vigor dia 07 de abril de 2005. Esta lei permite que a gestante escolha um acompanhante de sua preferência no período do trabalho de parto e também no pós-parto. A nova modalidade tende a diminuir os casos de abusos e violações dos direitos humanos, pois a paciente não irá ficar sozinha com os profissionais da saúde durante o parto.

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente.

§ 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo.

Existem diversos tipos de parto, e alguns deles é indispensável a ajuda de um acompanhante, a cesariana é realizada um corte no abdômen para a retirada da criança, a mãe fica impossibilitada de carregar seu filho e ir ao banheiro sozinha.

3.1. TIPOS DE PARTO

A maioria dos partos é o parto normal e o natural, o normal é o que ocorre sem a necessidade de cirurgia, mas pode ter usos de medicamentos para auxiliar no nascimento. O natural também não envolve cirurgia e não faz uso de nenhum medicamento durante o nascimento da criança.

Outra forma de nascimento é a cesariana, vale ressaltar que a cesárea é recomendada pelo obstetra somente quando não houver a possibilidade da criança nascer de parto normal. De acordo com cálculos da Organização Mundial de Saúde (OMS), por ano, em média 15% dos partos são cesáreas, é indicado nos casos de urgência, quando o bebê está sentado, ou se o cordão umbilical estiver em volta do pescoço. Em contrapartida, nas unidades particulares chegam até 85%, as gestantes podem escolher o tipo de parto e a maioria prefere a cesárea para não sofrer com as fortes dores de um parto normal.

O parto na água está sendo procurado cada vez mais, ele permite melhor irrigação sanguínea causando o relaxamento uterino e acelera o parto. Para os bebês, há benefícios por ser na água, diminui o barulho e não há muita luz. Vale ressaltar que é necessário estar sempre acompanhado do médico.

O parto de cócoras ou agachado também é um meio facilitador para a chegada do bebê, pois a posição permite o relaxamento do abdômen. O parto Leboyer foi desenvolvido na década de 70, esta técnica foi desenvolvida por um médico francês, é considerado um parto sem violência porque é conduzido apenas pela mãe. Só pode cortar o cordão umbilical quando este parar de pulsar, durante o nascimento a mãe fica em um quarto com pouca luz e silencioso.

Atualmente o parto humanizado tem sido uma das modalidades mais procuradas por muitas mães, neste a gestante escolhe o local onde quer ter a criança,

podendo ser realizado em casa, opta pela posição mais confortável e se alimenta quando quer. É importante reverberar que a presença de um médico especializado em partos esteja presente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluímos que a violência obstétrica é quando um profissional da área da saúde viola os direitos da gestante no período do pré-natal, durante o parto ou pós-parto. O que configura o crime é a ação praticada pelo profissional da saúde que pode ser físico ou verbal. Beliscar, bater, xingar, discriminar por cor, raça, idade ou fator social estão configurados como crimes. Especificamente, no Brasil, ainda não existe lei específica para punir quem comete crimes configurados como violência obstétrica.

Apesar de não ser divulgado com frequência nos jornais, em média uma a cada 4 mulheres sofreram algum tipo de abuso na hora do parto, faz-se necessário políticas públicas para combater esses abusos que violam os direitos humanos e afetam a parte física e cognitiva de muitas mães. Um dos momentos mais aguardados é a chegada do bebê, mas em alguns casos, o que era pra ser momentos de felicidade, se tornam momentos de trauma.

Assim, destaca-se a importância das gestantes conhecerem os seus direitos, no período do pré-natal solicitar ao médico como gostaria de ser tratada e como tratar o bebê. Sempre levar um acompanhante, pois a lei nº 11.108/2005, permite que a mãe escolha uma pessoa para apoiar durante o parto e o pós-parto. O que precisa ser erradicado urgentemente é a falta de respeito com milhares de mulheres que esperam ansiosamente durante 9 meses pela chegada de seu filho, e na hora do parto passa por humilhação e maus tratos por alguns profissionais de saúde, que contrariam as normas éticas que constam no Conselho Regional de Medicina.

5. REFERÊNCIAS

1) VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: o que é, tipos e leis. Disponível em: <https://www.minhavidacom.br/familia/tudo-sobre/34875-violencia-obstetrica>. Acesso em: mar. de 2021.

2) AGRESSÃO FÍSICA E VERBAL DURANTE O PARTO. Disponível em: <https://paisefilhos.uol.com.br/gravidez/medico-que-agrediu-mulher-gravida-durante-trabalho-de-parto>. Acesso em: mar. de 2021.

3) TIPOS DE PARTO. Disponível em: <https://leiturinha.com.br/blog/quais-sao-os-tipos-de-parto-que-existem/>. Acesso em: mar. de 2021.

- 4) Hemmerson Henrique Magioni, médico ginecologista e obstetra, CRM-MG 3445.
- 5) Organização Mundial de Saúde (OMS): Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde.
- 6) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 5. Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: jan. de 2021.

OS HORIZONTES DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

GUSTAVO HENRIQUE DADA DE AMORIM:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário UNA

CAROLINE PONTELO DIAS

(coautora)

RESUMO: O presente artigo visa abordar a arbitragem em face da administração pública e seus horizontes sob um prisma teórico, bem como quanto em relação a projeções de sua aplicabilidade no dia a dia dos órgãos públicos, seja da administração direta, seja da administração indireta. A Lei 13.129, publicada no DOU no dia 27/05/2015, alterou a lei de arbitragem, no §1 do art. 1º, deixando claro que a Administração Pública, direta ou indireta, poderá utilizar da arbitragem para solução de possíveis litígios. Diante desta lei, o artigo visa analisar a valia para administração pública dessa inovação legal, como a celeridade nos processos administrativos, a onerosidade dos processos, o princípio da continuidade dos serviços públicos, entre outros. Por outro lado, também é objetivo do trabalho analisar os pontos que não serão benéficos em face da administração pública, como a onerosidade nos contratos da administração pública advinda das planilhas para contratar.

PALAVRAS CHAVES: Arbitragem, Administração Pública, Lei 9307/96, Constituição Federal.

ABSTRACT: This article aims to address arbitration in the face of public administration and its horizons from a theoretical perspective, as well as in relation to projections of its applicability in the day-to-day activities of public bodies, whether for direct administration or indirect administration. Law 13.129, published in the DOU on 05/27/2015, amended the arbitration law, in §1 of art. 1, making it clear that the Public Administration, directly or indirectly, may use arbitration to resolve possible disputes. In view of this law, the article aims to analyze the value for public administration of this legal innovation, such as the speed in administrative processes, the onerousness of processes, the principle of continuity of public services, among others. On the other hand, it is also the objective of the work to analyze the points that will not be beneficial in the face of public administration, such as the onerousness in public administration contracts arising from spreadsheets to hire.

KEYWORDS

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo é de suma importância, devido ao tema de grande relevância na administração pública direta, bem como a indireta. Além da sua importância a temática é inovadora e desafiadora.

A Lei 13.129, publicada no DOU no dia 27/05/2015, alterou a lei de arbitragem, no §1 do art. 1º, deixando claro que a Administração Pública, direta ou indireta, poderá utilizar da arbitragem para solução de possíveis litígios.

Assim, demonstrado a sua inovação em 2015, os desafios são diários para a sua implementação, quais sejam, probidade nas decisões administrativas, visto que o interesse é social nas demandas, confidencialidade arbitral x publicidade nos atos administrativos, celeridade na resolução dos litígios advindos das relações entre administração pública e contratados entre outros pontos que serão essenciais para discussão do presente artigo.

Também, com alusão a desconformidade com a lei de responsabilidade fiscal, bem como os impactos orçamentários para criação das câmaras arbitrais para tais decisões arbitrária.

Para tanto iremos adentrar no estudo da PL Lei nº 28/20, a qual "Regulamenta a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada", originária do Projeto de Lei nº 388/17, que é o projeto de lei do Município de Belo Horizonte, com o objetivo de tratar dos litígios advindos da administração pública.

Devido a temática inovadora, as bibliografias serão de outros artigos, e doutrinas para conceituação de princípios e o que se fizer necessário, visando sempre usa-los como respaldo para melhor alocação de informações, também, outras fontes de pesquisas e estudos.

Por fim, com o objetivo de informação e pesquisa sobre os horizontes da Arbitragem no âmbito da Administração Pública, como seria a sua aplicação, bem como as vantagens e desvantagens, com o intuito de finalizarmos com o nosso entendimento e visão na prática da inclusão ou não do sistema arbitrário no âmbito administrativo. Visando elucidar todos os horizontes advindos com esta novidade do nosso ordenamento jurídico, com a finalidade de desafogar o sistema judiciário.

2. BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE A ARBITRAGEM

Para analisarmos a evolução histórica da arbitragem no Brasil, é extremamente importante analisarmos as práticas dos nossos antepassados.

É de notório saber que quando não existia a figura do Estado com o seu poder político, todos os litígios eram resolvidos pelos próprios envolvidos que por negociações conseguiam resolver aquilo que fora trazido para solucionar.

Em ato contínuo, foi constituída a figura do estado, ademais a criação da justiça pública, ocorrendo à transição da justiça privada para justiça pública, acontece que a lentidão no processo público sempre fora notória. (TAVARES, 2021)

De acordo com vários estudos, a origem da arbitragem se deu pelos hebreus, há 3.000 anos A.C, no Egito, Assíria, Babilônia, Kheta, que de tal modo, resolviam os seus litígios frente a uma câmara arbitral. (TAVARES, 2021)

A fim de enriquecer a evolução da arbitragem a classificação para Moreira Alves, senão vejamos:

- a) na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o defensor, ou entre os grupos de que cada um deles fazia parte), mas o Estado – então incipiente – intervém em questões vinculadas à religião, e os costumes vão estabelecendo regras para estabelecer a violência legítima e ilegítima
- b) na segunda, surge o arbitramento facultativo: a vítima, ao invés de usar a vingança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização para que a ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (ou árbitro) para fixá-la;
- c) na terceira etapa, nasce o arbitramento obrigatório: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem, e como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que, as mais das vezes, se continuava a empregar a violência para a defesa do interesse violado; por isso o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolherem o árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença, se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la;
- d) finalmente, na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada, e através de funcionários seus, resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos,

executando a força, se necessário, a decisão. Ainda sendo possível utilizar-se de árbitros para dirimir tal conflito. (ALVES, 1971, p. 203-204)

No Brasil, a arbitragem surgiu na Constituição do império de 22/03/1824, respaldado pelo artigo 160, estabelecendo que as partes nomeassem juízes/árbitros para solucionar os litígios, senão vejamos:

“Art. 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.” (NOGUEIRA, 2012, p. 81)

Ato contínuo, em 1850 o código comercial, dispôs a arbitragem forçada em detrimentos aos imbrólios entre sócios seria solucionado por juiz arbitral, senão vejamos:

Art. 245 - Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.

Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral. (Código Comercial, 1850)

A título informativo, no mesmo ano, foi sancionado um regulamento de numeração 737 que regulamentava o processo comercial, assim, diferenciando a arbitragem necessária e voluntária, sendo que as voluntárias seria para as causas mais comuns e a necessária para assuntos comerciais. Contudo, em 1866 fora revogada a obrigatoriedade da arbitragem pela lei 1350, de 14 de setembro (Decreto nº 737, 1850)

A arbitragem durante todo esse lapso temporal, não fora mais referida ou legislada, sendo somente citada novamente, na nossa atual carta magna, dispondo sobre a arbitragem no art. 4º, §9º, VII, bem como o art. 114, §1º.

Por fim, denominado por Lei Marco Maciel nº 9.307/96, que permitiu o desenvolvimento os métodos adequados para solução dos litígios, fora do poder judiciário. Contudo, limitaram, apenas, à garantia o êxito da arbitragem como solução das práticas dos conflitos, por meio da conciliação, mediação, arbitragem, todos na área privada.

3.A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Regulamentada primeiramente pela Lei 9.307/96 e depois de longos anos, atualizada pela Lei 13.129/15, a Arbitragem é conhecida como uma técnica alternativa de conflitos que pode ser utilizada por pessoas que se encontram com litígios no que tange a direitos patrimoniais disponíveis e que tenham inserido a cláusula compromissória no contrato ou em documento separado apresentado posteriormente, chamado de compromisso arbitral.

O doutrinador Irineu Strenger (apud MUNIZ, 2001, p.40) conceitua o instituto arbitral da seguinte forma: "a instância jurisdicional, praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios, e força executória perante tribunais estatais. "

Com a aprovação da Lei da Arbitragem, no dia 23 de setembro de 1996, Lei nº 9.307, é incluído no ordenamento jurídico brasileiro a faculdade de escolher entre o Poder Judiciário ou a Arbitragem para solucionar um conflito existente.

Os indivíduos escolham árbitros que resolveriam a lide, dando uma solução e tendo esta decisão força de sentença, equiparada a um título executivo judicial, logo, dispensa a necessidade de homologação do judiciário.

A aplicação da arbitragem, desde 1996, tem como objetivo a pacificação social e com sua efetiva aplicação o desafogamento do Poder Judiciário no que tange ao volume de litígios apresentados.

Com o advento da Lei, a cláusula compromissória que antes era considerada apenas uma obrigação de fazer, passa a ser um título executivo judicial, ou seja, passa a ter execução específica, reforçando a seriedade que tem este método.

O artigo 7º da Lei de Arbitragem trouxe ainda mais convicção a força de uma sentença arbitral, senão vejamos:

"Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim." (Lei de arbitragem, 1996)

Este artigo traz a possibilidade de invocar o Poder Judiciário quando uma das partes não cumprir a cláusula compromissória ou se recusar a atender o compromisso feito com o Árbitro. Nestes casos, o juiz primeiramente tenta resolver a situação sem impor sua força, na figura de um conciliador, mas caso não seja possível obter sucesso, o juiz designa audiência e ele mesmo elabora o chamado compromisso arbitral e

nomeia o árbitro responsável, sendo nesse caso excepcional, o legítimo substituto da vontade das partes.

A parceria com o Juiz Estatal é preconizada por vários artigos da Lei, como por exemplo, no caso das medidas cautelares, antecipação de tutela e até mesmo a execução da própria sentença arbitral, como já mencionado anteriormente, a fim de garantir a execução e a efetividade de decisões emitidas pelo árbitro.

A Arbitragem acontece por um procedimento composto de duas fases:

A primeira conhecida como convenção arbitral, também denominada de fase pré-arbitral ou contratual, consiste em obedecer a vontade das partes em realizar a convenção arbitral por algum dos meios possíveis supracitados, qual seja: o compromisso arbitral ou a cláusula compromissória inclusa em contrato.

Essa fase é responsável por definir o objeto do litígio, as partes, indicar as normas que devem ser obedecidas durante o procedimento arbitral, a lei aplicável ao caso, o procedimento adequado, nomear o árbitro, as custas do procedimento, a análise da validade dos contratos apresentados (capacidade das partes, objeto lícito, etc) quando tem a cláusula compromissória e quando é escolhido o compromisso arbitral, ou seja, quando a lide já existe, também deve ser observado os requisitos obrigatórios, quais sejam: qualificação das partes, objeto, lugar da arbitragem, opção pela lei brasileira ou estrangeira, entre outras questões que trata da técnica.

Nesse sentido, afirma Pedro Antônio Batista:

“Ao firmarem a cláusula compromissória, os contratantes concordam com a submissão de eventual conflito à justiça privada, não mais podendo arrepender-se ou reverter a questão, unilateralmente, à jurisdição ordinária.”
(MARTINS, 1999)

Verifica-se que é por livre vontade das partes que a arbitragem é escolhida para solucionar possíveis conflitos, retirando da esfera jurisdicional a competência e levando a questão ao juízo arbitral, porém, é necessário frisar que deve ser analisada a possibilidade do objeto ser submetido à arbitragem e conforme o art. 1º da Lei de Arbitragem é possível pessoas físicas e jurídicas contratar o método devendo ser observado a capacidade civil regulada pelo Código Civil.

A segunda fase é o procedimento arbitral, conhecida também como fase jurisdicional que se instaura através da aceitação do árbitro ou do órgão arbitral,

estabelecendo assim, o juízo arbitral. Presentes no momento, os sujeitos que irão compor o procedimento, sujeitos parciais em lados opostos e no centro o árbitro, imparcial e acima dos litigantes ali presentes com o objetivo singular de garantir a melhor solução para o litígio instaurado. O marco inicial do procedimento é regulado pelo artigo 19 da referida Lei, conforme é possível analisar a seguir:

“Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. § 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)”

Conforme é possível verificar, as partes possuem o *ius postulandi*, ou seja, o advogado é dispensável e os próprios litigantes têm a oportunidade de expor suas razões perante o árbitro.

Cumprе ressaltar que a presença do advogado é dispensável, melhor dizendo, fica a critério de a parte contratar ou não para auxiliar nas questões ali discutidas, mas a figura do advogado pode auxiliar muito as partes, principalmente no que tange às leis ou normas aplicáveis ao caso, hipótese em que o advogado tira possíveis dúvidas, aconselha a forma de expor o problema e esclarece para as partes os atos e decisões do árbitro.

O árbitro ou o tribunal (no caso de a decisão ser tomada por três árbitros) é escolhido pelas partes e possuem as prerrogativas do juiz estatal no que diz respeito à investidura, assim, o árbitro é considerado um funcionário público nesta fase exercendo uma atividade de interesse público, conhecido como funcionário *sui generis*, visa à pacificação social e a distribuição da justiça.

Conforme é o entendimento de Sílvio Venosa os árbitros desempenham no compromisso arbitral a mesma função do juiz togado, ficando sujeitos a idênticas responsabilidades, proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (art. 13, §6º, da Lei de Arbitragem). (VENOSA, p.594, 2010.)

Em caso de suspeição ou impedimento o árbitro, assim como o juiz estatal, também poderá ser substituído, em consonância com o Art. 20 da Lei de Arbitragem.

Nesse sentido, o árbitro poderá ouvir testemunhas, ouvir as partes, determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias seja de ofício ou

mediante requisição das partes. O judiciário somente deverá ser acionado nesses casos haja negativa sem justa causa por parte da testemunha e como o árbitro não é dotado do poder de coerção, fica incumbida a autoridade judicial de conduzi-la. Agora, se a conduta contrária partir de uma das partes, o árbitro pode proferir a sentença e nela constar o comportamento adverso, ou seja, a revelia de uma das partes não impede o árbitro de proferir a sentença, é o que diz o art. 22, §3º da lei em comento.

Sobre a efetiva atuação do árbitro, Ferreira Netto esclarece: "A arbitragem tem profundas diferenças em relação aos institutos da mediação e da conciliação, particularmente pelas suas fontes normativas, pelo formalismo na instalação da Câmara Arbitral, nos procedimentos arbitrais e, principalmente pela natureza da sentença, que é ato terminativo na atuação de uma jurisdição particular, com valor, no sistema brasileiro, igual de uma sentença judiciária transitada em julgado. É na arbitragem que encontramos a efetiva atuação do árbitro no sentido de tutelar o direito posto em pauta e não apenas um terceiro atuando no sentido de pacificar ou harmonizar a relação das partes." (FERREIRA NETTO, p.6, 2009.)

Com as mudanças que a Lei 13.129/15 trouxe para a Lei 9.307/96, criou-se um capítulo exclusivo para tratar do art. 22, que visa a possível necessidade das tutelas cautelares e de urgência, onde as partes poderão recorrer ao Judiciário para a concessão de tais medidas e após estabelecida a arbitragem, é facultado aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Conforme regulamenta a Lei de Arbitragem, o prazo para proferir a sentença é de 6 (seis) meses, mas observando o princípio da autonomia da vontade dos litigantes, as partes podem estipular outro prazo devendo o árbitro obedecer sob pena de nulidade da sentença proferida. A sentença proferida não pode ser objeto de recurso e não é necessária a homologação da justiça, tornando-se um título executivo judicial e caso não aconteça o cumprimento dela, deverá ser executada perante o Judiciário, obedecendo as normas do Código de Processo Civil Brasileiro.

Para Sílvio Venosa, a lei arbitral concedeu ampla autonomia ao juízo e à sentença arbitral. No sistema revogado, a par da inexecutoriedade da cláusula compromissória, era grande a ligação da arbitragem com o Poder Judiciário devido à necessidade de sua homologação. Hoje, embora abolida a homologação obrigatória do laudo arbitral para que ele produzisse os mesmos efeitos da sentença estatal, pode a parte interessada pleitear ao juiz togado a anulação da decisão arbitral. (VENOSA, p.580, 2010.)

Cumpra salientar que as partes recebem a notificação ou ciência pessoal acerca da sentença arbitral e tem o prazo de 05 (cinco) dias para solicitar a correção de algum erro material, alguma obscuridade, dúvida ou contradição encontrada no conteúdo, tendo o árbitro um prazo de 10 (dez) dias para editar a sentença e cientificar as partes.

Há também, outras hipóteses de nulidade da sentença arbitral além da citada neste ponto, sendo um rol taxativo constante no Art. 32 da Lei de Arbitragem e a parte poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente, a declaração de nulidade da sentença arbitral.

No Brasil, existem vários órgãos que aplicam e administram a arbitragem afim de exercê-la da melhor forma possível e com a seriedade necessária, como por exemplo a CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial do Brasil, a CAESP – Conselho Arbitral do Estado de São Paulo e um dos mais conhecidos, CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem.

4. DAS NOÇÕES GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administração Pública se dá pelo conjunto de órgãos, serviços e agentes estatais que procuram satisfazer as necessidades da sociedade em todas as áreas, como, educação básica, cultura, segurança, saúde, infraestrutura, entre outros. Tem como objetivo principal gerir os interesses públicos por meio das prestações de serviços para a comunidade. (CARVALHO FILHO, 2012.)

É notório que a Lei de Arbitragem foi criada para atender a uma demanda envolvendo pessoas físicas e jurídicas, porém, foi incluso em seu texto a possibilidade da Administração Pública usar este método sendo necessária a observância do princípio da publicidade, se não sejamos logo no §1º do Art.1º, advindo da alteração da Lei 9.307/96, pela Lei 13.129/15: “§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)”

Faz-se necessário mencionar que a alteração recente, feita em 2015 ainda é novidade na Administração Pública sendo pouco usada atualmente, até mesmo pela dificuldade em interpretar os direitos patrimoniais disponíveis conceituados pelo parágrafo supracitado.

Os contratos administrativos, dentre eles os contratos de concessão e permissão de serviços públicos e das parcerias público-privadas podem inserir a cláusula arbitral exposta no tópico anterior.

Para melhor entendimento da Administração Pública, a priori, se faz necessário elucidar o Art. 37, da Constituição Federal, que regulamenta o dever de obedecer aos

princípios que norteiam a Administração Pública, quais sejam: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência sendo necessária sua aplicabilidade tanto na modalidade direta quando na indireta.

Aduz Romeu Felipe Bacellar Filho, que a Administração Pública existe e só tem sentido se houver uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e dos encargos sociais, sendo que suas numerosas tarefas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário. (BACELLAR FILHO, p. 37, 2005.)

No que tange aos princípios, é fundamental explanar o conceito e objetivo de cada um, conforme será feito abaixo:

1) Princípio da Legalidade:

O Estado deve obedecer às leis que ele mesmo criou, ou seja, todo e qualquer ato administrativo deve ter respaldo legal, deve estar rigorosamente subordinado ao que diz o texto constitucional.

É o mesmo para Hely Lopes Meirelles, que entende por ser legalidade, como princípio da Administração Pública, significa que o administrador público está sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, deles não podendo se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal. (MEIRELLES, p.89, 2008.)

2. Princípio da Impessoalidade:

Visa este princípio, garantir que a administração pública não fará distinção entre pessoas, todos serão tratados de forma consoante, ou seja, o agente público não pode atuar visando beneficiar ou prejudicar determinando cidadão, uma vez que o objetivo é sempre priorizar o interesse público.

Odete Medauar alude que o intuito essencial desse princípio é impedir que fatores pessoais, subjetivos, sejam os fins das atividades administrativas. Afirma, também, que o princípio da impessoalidade visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações e concursos públicos, por exemplo. A finalidade deste princípio é fazer predominar o sentido de função, ou seja, a ideia de que os poderes atribuídos servem ao interesse de toda a coletividade, desconectados de razões pessoais. (MEDAUAR, p.147, 2004.)

3. Princípio da Moralidade:

Este princípio exige dos agentes públicos, dos aplicadores da Administração Pública, que a atuação seja respeitosa, ética e séria. Diversos são os meios de controle da moralidade administrativa regulamentadas em lei, quais sejam: Ação Popular, Lei da Ficha Limpa, Ação de Improbidade, dentre outros.

Em suma, versa Di Pietro, que haverá ofensa ao princípio da moralidade administrativa sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e a ideia comum de honestidade. (DI PIETRO, p.270, 2005.)

4. Princípio da Publicidade:

Todo e qualquer ato da Administração deve ser público com o objetivo de prestar contas à sociedade, exceto em casos de segurança nacional. Em caso de Arbitragem, todos os atos e fases devem ser públicos e de amplo acesso à população interessada. Uma vez que os atos se tornam públicos, a reputação dos agentes públicos se torna ilibada e a população consegue confiar no poder constituinte.

Sob uma aparência prática, Bacellar Filho comenta que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. No entanto, a referência à autoridade ou a servidor, constante em placas comemorativas ou de inauguração de obras, por exemplo, não pode servir de caso à aplicação da norma impeditiva, já que, na maioria das vezes, antes de configurarem promoção pessoal, ilustram um momento histórico da Administração Pública. (BACELLAR FILHO, p.46, 2005.)

5. Princípio da Eficiência:

Por fim e não menos importante, a Constituição traz o princípio da Eficiência que visa à efetivação célere das finalidades públicas, ou seja, o aumento e continuidade da produtividade, eficaz e satisfatória.

No caso da Arbitragem neste âmbito, é o método ideal devido ao tempo de conclusão ser bem mais célere que o sistema estatal de resolução de conflitos. Uma lide levada a Arbitragem demorará, pelo prazo estabelecido na Lei 9.307/96, seis meses para ser solucionada e logo prolatada a sentença, já levado ao poder judiciário, com toda a sobrecarga que este vem sofrendo, irá se delongar por vários anos.

Para a professora e doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro o princípio da eficiência apresenta dois aspectos: pode ser considerado quanto ao modo de atuação

do agente público e em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública; ambos possuindo o mesmo objetivo, o de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, p.84, 2005.)

Notório é a importância desses princípios à luz da administração pública, como devem funcionar, a conduta do gestor público e a eficácia de seus atos, tornando a Arbitragem um método eficiente e necessário no que tange aos conflitos advindos dos contratos administrativos.

5. DA ARBITRAGEM NA ADMISTRAÇÃO PÚBLICA: PONTOS POSITIVOS E PONTOS NEGATIVOS

Antes de adentrarmos nos pontos negativos e positivos da arbitragem em face da Administração Pública, se faz necessário, elucidar as alterações trazidas pela Lei nº 13.129/15, que alterara o texto original da Lei de arbitragem, assim, sanados quaisquer divergências jurídicas em face da aplicação da arbitragem no âmbito da Administração Pública.

Para tanto, abaixo, alguns trechos do dispositivo legal, que autorizou a utilização da arbitragem:

“Art. 1º § A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da Arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ “A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de Arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

“Art. 2º § A Arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”
(Lei13.129/15, 2015)

Como já visto nos tópicos anteriores, a Administração Pública, por meio do princípio da legalidade, só poderá agir com base na lei, portanto, o poder público poderá sim recorrer a arbitragem, partindo pelo pressuposto, que existem amplas legislações que autorizam neste sentido.

À título exemplificativo, não poderia deixar de mencionar a nova lei de licitação, que fora promulgada em 2021, que em seu capítulo XII, deixou claro que todos os conflitos poderão ser solucionados mediante os métodos adequados de resolução de conflitos, vejamos:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes. (Nova Lei de Licitação, 2021)

Como já é sabido por todos, em nosso resumo e introdução, salientamos que o presente artigo visava informar aos leigos, os lados positivos, bem como, os negativos da implementação da arbitragem na Administração Pública, diante de tal situação, neste tópico iremos abordar sobre eles e uma opinião própria como.

Os lados positivos e melhorias que a arbitragem vai trazer a administração pública são imensuráveis, quais seja celeridade, tecnicismo nas decisões, diminuição nas demandas do judiciário.

A celeridade na resolução dos litígios da administração pública se faz necessário há anos, com a vinda da arbitragem não podemos pensar diferente do que será a tentativa de solucionar um dos problemas, inerentes a Administração Pública, qual seja, a demora do judiciário para resolução dos litígios.

A celeridade ora mencionada torna-se mais relevante, quando apresentamos números da justiça estadual, vejamos:

Cerca de 14 mil magistrados em primeiro grau, que julgam, em média, 1.082 processos por ano. Isso corresponde a 3 processos julgados por dia (considerando-se 365 dias trabalhados

ininterruptamente) ou 1 processo a cada três horas (para uma jornada de 9 horas). Em outras palavras, por ano, o juiz dedicará, em média, apenas três horas para o processo. • Situação nos Tribunais Superiores: em 2013, 6.788 processos foram julgados em média por ministro (cerca de 18 processos/dia ou meia hora por processo, para uma jornada de 9 horas). • Pior situação: STJ – em 2013, 8.909 processos foram julgados em média por ministro (cerca de 24 processos/dia ou cerca de vinte minutos por processo, para uma jornada de 9 horas). • TJ/SP (o maior tribunal do país): em 2013, 1.585 processos foram julgados em média por Desembargador (cerca de 4 processos/dia ou 1 processo a cada duas horas e meia, para uma jornada de 9 horas) (RODOVALHO, ANO, p. 13-14)

Para exemplificar do porque é de suma importância a celeridade em relação aos processos da administração pública, imaginemos:

Caso hipotético: Em Belo Horizonte abre um edital de licitação com o objeto para reforma de um determinado prédio da administração pública. O certame está encerrado, e a empresa X foi a contemplada como vencedora da licitação.

A empresa X começa as obras de reforma de do determinado prédio. Em um determinado dia a administração pública e a empresa entram em litígio inerente aos reajustes anuais do contrato.

Não chegando a um denominador comum que seja satisfatório para ambas as partes, o município de Belo Horizonte retira a inércia do judiciário para sanar as divergências entre as partes.

Percebe-se que a reforma do prédio é importante para os municípios pelas razões trazidas no edital de licitação, mas, diante deste litígio, esta reforma ficará paralisada durante anos, esperando o judiciário.

Contudo, caso fosse previsto no edital de licitação a resolução de conflitos por meio da arbitragem, tal sentença pela câmara arbitral se resolveria em até 6 meses, de acordo com o art. 23, Lei da Arbitragem, que versa: "A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro."

O tecnicismo das decisões arbitrais se dá pelas partes poderem escolher em comum acordo qual árbitro dará a sentença arbitral, partimos pelo pressuposto que escolheram o melhor arbitro que esteja à disposição nos momentos, qual seja, um arbitro que se especializou em administração pública ao contrário do judiciário que será escolhido um juízo aleatoriamente que pode não ter o mesmo saber jurídico do arbitro.

Para maior explanação do tema competência/técnica, a imposição da lei em relação ao tema:

“Lei impõe ao mesmo o dever de competência para decidir a demanda. O vocábulo “competência”, tal como empregado na Lei de Arbitragem, refere-se à capacidade técnica para, competentemente decidir o litígio e não àquela figura de competência na acepção jurisdicional. Se, por exemplo, a arbitragem se processar em inglês, aplicando a lei material francesa e disser respeito a aspectos altamente especializados do setor de energia elétrica, um advogado que não fale uma palavra de inglês, não tenha qualquer experiência com direito internacional ou com ordenamentos jurídicos estrangeiros e que não entenda absolutamente nada sobre o setor energético certamente não conseguirá se desincumbir do dever de decidir o litígio com competência. Nesse cenário, a própria pessoa nomeada teria o dever de não aceitar o encargo de arbitrar a demanda, sob pena de, em algumas circunstâncias, ter sua nomeação recusada pelas partes.” (Nogueira, ANO, p. 77)

Ao contrário dos casos que vão para a justiça comum, que serão sorteados entre juízes que promulgam sentenças de todos os assuntos no âmbito jurídico.

Já os pontos negativos são de fáceis percepções, como o impacto financeiro nos contratos já iniciados, bem como os demais e remuneração de membros de supostos comitês arbitrais, que de tal modo, demonstraria uma viabilidade técnica e operacional.

A princípio, como sugestão, a intenção de resolução de conflitos pelos métodos autocompositivos pela administração pública, aconteceria somente nos contratos que ainda serão orçados, pois, vários empreendimentos que estão em etapas finais de fase interna de licitação, já contando com suas planilhas orçamentárias prontas, ou, em bias de finalização. A imposição de inclusão dos métodos arbitrais obrigaria um novo orçamento, que demandaria tempo e custos adicionais para administração pública.

Já superado este ponto, partimos para o impacto e o interesse público a ser satisfeitos no que diz respeito aos contratos que estão por vir, vê-se que a imposição vai trazer desequilíbrio a equação econômica financeira, o que vai ensejar as empresas licitantes aumento nos preços de postostas.

Ou seja, a medida gera considerável impacto financeiro, acarretando aumento de obrigação com caráter continuado, sem, contudo, que exista indicação de fontes específicas de recursos para suportá-los.

Ademais, se tratando de despesas obrigatórias de caráter continuado, é necessária a comprovação de que a despesa que será criada não afetará nas metades de resultados fiscais previstas no anexo da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

A priori, por tratar-se novamente do princípio da legalidade, deverão ser realizados estudos antes da aplicação da arbitragem, uma vez tal imposição de enquadrar dentro a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Neste sentido, são grandes as vantagens, mas, mais ainda desafiadora a que fora trazido neste artigo, a fim de revolucionarmos o direito público.

Por fim, podemos perceber que as vantagens são inúmeras, bem como as desvantagens são sanáveis por estudos, o que não pode é a Administração Pública ficar à mercê da morosidade da Justiça Comum sendo que os maiores prejudicados são os cidadãos.

6. CONCLUSÃO

Com o fim do artigo, em que passamos por todo contexto histórico da arbitragem no Brasil, vislumbramos os principais pontos da arbitragem, bem como as noções que norteiam a gerência e por fim, finalizamos com os horizontes da arbitragem em face da administração pública.

Partindo pelo contexto histórico, podemos perceber que antes da figura do estado, os litígios eram resolvidos por meio de negociação entre os envolvidos. Com estudos, percebe-se a origem da arbitragem se deu pelos hebreus, há 3.000 anos A.C no Egito. Já no Brasil, na Constituição do Império de 184 com respaldos em seu Art. 160, surgiu a arbitragem, com evoluções consideráveis até os dias atuais.

Já a arbitragem no ordenamento jurídico é conhecida como um dos métodos adequados para resolução de conflitos que visa desafogar o colapso que se encontra o poder judiciário público, com a alta demanda a arbitragem fornece o mesmo nível ou até mesmo um embasamento superior nas decisões proferidas.

Conforme explanado, a Administração Pública se dá pelo conjunto de órgãos, agentes estatais e serviços que tem como intuito a satisfação das necessidades da sociedade, tendo como princípios norteadores: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A mudança que fez sentido para elaboração do presente artigo foi advinda da Lei nº 13.129/15 que alterou o texto original da Lei de Arbitragem promulgada em 1996, autorizando a Administração Pública direta e indireta a utilizar-se da arbitragem para dirimir os seus litígios e trazer celeridade aos contratos.

Percebe-se, que a mudança da Administração Pública em adotar a arbitragem se faz necessária por todos os dados apresentados no presente trabalho, pois a demanda na justiça pública é maior do que a capacidade da administração judiciária comporta além do risco de se perder uma maior qualidade nas decisões.

Por fim, os horizontes da arbitragem na administração pública podem ressaltar que as novidades são grandes, contudo os desafios também são enormes, mas com o estudo e a boa vontade, iremos conseguir implementar de forma assertiva a arbitragem para solucionar a maioria dos litígios públicos e, em razão disso, desafogar o judiciário e conseguir agilizar os processos no que tange a Administração Pública.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano, v.1. 3. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1971, v. I. P.203-204

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46.

BRASÍLIA. Lei 9.307 de 1996, dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial de União de 24 de setembro de 1996. Disponível em : < www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm >. Acesso em: 26 abril 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Código Comercial. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm >; Acesso em 10/05/2021

Código de processo Civil de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. <acesso em 25/05/2021>

Constituição da Republica de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. <acesso em 25/05/2021>

Daniel F. Jacob Nogueira. O arbitro, 2021. Disponível em <file:///C:/Users/Estagiario1/Downloads/Manual_arb_oab_cacb%20(1).pdf>; Acesso em 10/05/2021

Decreto 737. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>; <acesso em 26/04/2021>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 79.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 84.

FERREIRA NETTO. Cássio Telles. Contratos administrativos e arbitragem. São Paulo: Campus Jurídico, 2009, p. 6.

LEI Nº 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. <acesso em 25/05/2021>

Constituição do império de 1824. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf. <acesso em 25/05/2021>

MARTINS, Pedro Antonio Batista. Convenção de Arbitragem. Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 207.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

MUNIZ, Tânia Lobo. Arbitragem no Brasil e a Lei nº 9.307/96. Curitiba: Juruá, 1999

Nova Lei de Licitação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm> Acesso em 10/05/2021

Octaciano Nogueira. Constituições Brasileiras, 2012. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf>; Acesso em 10/05/2021.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. in RT, vol. 735.2000

Thiago Rodvalho. Aspectos Introdutórios da Arbitragem, 2021. Disponível em <[file:///C:/Users/Estagiario1/Downloads/Manual_arb_oab_cacb%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Estagiario1/Downloads/Manual_arb_oab_cacb%20(1).pdf)>; Acesso em 10/05/2021

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 580.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 594.

RESSOCIALIZAÇÃO NO ESTADO DO TOCANTINS: A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO NO PROCESSO DE REINserÇÃO SOCIAL NAS POLÍTICAS DE EXECUÇÃO PENAL DO TOCANTINS NO REGIME FECHADO.

DILSON RODRIGUES NOLETO JÚNIOR:

Formando em Direito pela Faculdade Serra Do Carmo e Servidor Público.

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO⁴⁷

(orientador)

RESUMO: Este artigo aborda as mazelas do sistema penitenciário do estado do Tocantins no tocante a aplicação da política de trabalho a pessoa privada de liberdade. Além disso, objetiva explicar sobre a política mais promissora quando se fala ressocialização. A utilização do trabalho como forma ressocializadora tem vários aspectos, peculiaridade quanto ao surgimento, a aplicabilidade e a efetividade, o intuito desta pesquisa é explicar esses aspectos. A forma de coleta de informação do presente artigo se deu nas plataformas de acesso a informação do governo do estado do Tocantins e o sisdepen plataforma federal de informações prisionais. Todo esse esforço resultou na evidência de algumas falhas na aplicação dessa Política. E conseqüentemente, soluções para que construa sistemas Penitenciário e Prisional referente a política de trabalho.

Palavra Chave: Políticas Prisionais, Ressocialização, Sistemas Penitenciário e Prisional, Tocantins.

ABSTRACT: This article addresses the problems of the penitentiary system in the state of Tocantins regarding the application of the labor policy to persons deprived of liberty. Furthermore, it aims to explain the most promising policy when talking about resocialization. The use of work as a way of resocializing has several aspects, peculiarity regarding its emergence, applicability and effectiveness, the purpose of this research is to explain these aspects. The form of information collection in this article took place on the platforms of access to information of the government of the state of Tocantins

47 Luiz Rodrigues de Araújo Filho, Possui Graduação em Direito pela 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). Atualmente é Auditor Fiscal da Receita nível IV - SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO TOCANTINS e Professor MS-1 Mestre da Faculdade Serra do Carmo e Universidade Estadual do Tocantins.

and the federal prison information platform sisdepen. All this effort resulted in evidence of some failures in the application of this Policy.

Keywords: Prison Policies, Resocialization, Penitentiary and Prison Systems, Tocantins.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Evolução histórica da política de trabalho – 2.1 políticas de trabalho no ordenamento pátrio – 2.2. Benefícios do trabalho na execução penal – 2.3 políticas pública de trabalho: legislação estadual – 2.4. Sistema penitenciário do estado do Tocantins, uma visão voltada para o preso - 3. Considerações finais – 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo sanar dúvidas as acerca da importância da inclusão de atividade de trabalho na política de ressocialização dos reeducando nas unidades penais do estado do Tocantins, com enfoque na efetividade da ressocialização do apenado por meio das políticas públicas de trabalho na execução buscando demonstrar benefícios para a sociedade, estado e reeducando.

No primeiro momento, esse artigo se propõe, com muita clareza e de forma objetiva explanar sobre as políticas de ressocialização não só nesse estado, mas de maneira geral. No segundo momento desta pesquisa será abordar um breve estudo sobre a inserção do trabalho no cumprimento da sanção penal que é privativa de liberdade e a sua finalidade, a ressocialização do reeducando.

Teoricamente, o cumprimento da pena visa à reinserção do reeducando à sociedade, tendo o reeducando direito de acesso a meios de ressocialização, onde por estes, se garanta sua readaptação ao convívio social no final de sua condenação. Esta pesquisa demonstrar a importância do trabalho na execução da pena para a efetivação do cumprimento das sanções e dos meios de ressocialização a fase de execução. O intuito é demonstrar que por meio do trabalho, a execução se torna mais efetiva, bem como também, tentar comprovar a sua importância.

Mas é neste contexto que surge um grande questionamento: Quais os impactos para a sociedade, estado e para o próprio reeducando a integração dessas atividades remuneradas no cumprimento da execução da pena?

Este trabalho se mostra de suma importância ao discutir um assunto um tanto quanto ignorado por todos, mas de relevante importância para nossa sociedade. A questão da ressocialização traz consigo um debate social bastante amplo e cheio de tabus e questionamentos, mas que de forma indireta atinge a todos nós, como humanos, como cidadãos. Não se trata apenas de uma segunda chance ao

reeducando, mas também sobre dignidade e direitos básicos para qualquer ser humano, independentemente da situação que se encontra.

A inclusão do reeducando por meio dessas políticas pode causar, de certa forma, estranhamento em algumas pessoas, por não saberem como acontece. Essa atividade gera uma certa obrigação perante o preso? Se o trabalho desempenhado impacta a sociedade direta e indiretamente Quais as contrapartidas que o reeducando recebe por esse trabalho exercido? E por último, o estado se beneficia com essa atividade laborativa desempenhada pelo encarcerado?

Sanar esses questionamentos é de uma imensa relevância, a ressocialização se mostra necessária para a manutenção da segurança e da ordem social, e até mesmo dos direitos básicos do cidadão, pois é na execução que será definido o futuro do indivíduo, é nesse momento que serão abertas ou fechadas as portas das oportunidades da vida após a prisão, e onde a partir daí estará sendo entregue à sociedade uma vida transformada, ou um perigo a mais para as pessoas.

Para análise da problemática da importância do desenvolvimento de trabalho/emprego no processo de reinserção social ao que essa pesquisa se propõe, será utilizada como método a pesquisa bibliográfica, que é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

A pesquisa a ser realizada neste trabalho pode ser classificada como descritiva e explicativa isto porque, com o material em mãos por meio das várias fontes pesquisadas, por um processo de sondagem, tem o objetivo de aprimorar ideias, descobrir intuições, construir hipóteses.

Torna-se uma pesquisa descritiva, pois tem por objetivo descrever as características da problemática, estabelecendo relação entre as variáveis no objeto de estudo analisado, e explicativa, visto que nessa pesquisa será buscada a razão, o porquê dos fenômenos, uma vez que aprofunda o conhecimento de uma dada realidade. Mesmo que a margem de erros represente um fator relevante, sua contribuição é bastante significativa, dada a sua aplicação prática.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POLÍTICA DE TRABALHO

A utilização de atividades laborativas nas políticas de ressocialização já está presente no DNA normativo do nosso país há algum tempo. De modo que, com o passar dos anos vem recebendo uma concepção diferente em relação a sua obrigatoriedade, remuneração e sua real efetividade na política de ressocialização.

A exemplo do que foi dito, o código criminal do império do Brasil de 1830 trazia dentre os seus artigos a previsão do trabalho não como está previsto atualmente, o trabalho toma forma e destinação diferente atrelado com penas inerente ao valor da tortura ou outras penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. No mesmo código o trabalho tem definições distintas, prevista pena de prisão com trabalho e pena de galés:

Art. 44. A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da provincia, onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do Governo.

Art. 46. A pena de prisão com trabalho, obrigará aos réos a occuparem-se diariamente no trabalho, que lhes fôr destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças, e dos regulamentos policiaes das mesmas prisões.

Nesse período, o trabalho na execução penal tinha uma ótica penalizadora não sendo remunerado, por ser uma pena, não havia o que se falar quanto a discricionariedade, tendo uma obrigatoriedade. A exemplo disso, chama atenção a Pena de Galés uma sanção que só levando em consideração como foi descrita na forma da lei dava pra ter uma ideia. Além disso, a atividade laborativa era usada para suprir a hipossuficiência financeira para liquidar a as penas de multas:

Art. 57. Não tendo os condemnados meios para pagar as multas, *serão condemnados em tanto tempo de prisão com trabalho*, quanto fôr necessario para ganharem a importancia dellas. Terá lugar neste caso a disposição do artigo trinta e dous.

O código criminal do império do Brasil vigorou até 1891 sendo substituído pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil criado pelo decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Apesar de representar um novo texto normativo, a utilização do trabalho na execução penal não diferenciou ao que estava previsto na legislação anterior, a atividade laborativa vinha atrelada com prisão e compunha um roll previsto no art.43 alínea "d":

Art. 43. As penas estabelecidas neste código são as seguintes:

"d prisão com trabalho obrigatório" (...)

O nome da pena já nos remetia a ideia de que era totalmente obrigatório, não sendo discriminatório ao réu a execução da atividade laboral. Em 7 de dezembro de

1940, entrando em vigor somente no dia 1º de janeiro de 1942, o código penal de 1940 foi decretada a lei Nº 2.848 um novo código penal. Por não haver até então nenhuma disposição acerca da execução penal, esse novo código trouxe em seu conteúdo um misto de normas criminais e ao mesmo tempo descrevia normas de natureza de execução penal.

Por enquanto, todas as disposições normativas anteriores ao código penal de 1940 tratavam o trabalho como uma espécie de pena, com a reforma penal da década de 40 o rol de penas que antes tinha trabalho como pena restou espaço apenas para as penas detenção, reclusão e multa. O trabalho que até então servia para reprimir, ganha um novo significado, passando a ter uma finalidade educativa assim como previa expressamente no Pu do art 31 da lei 2.848.

A mulher é parte integrante da evolução da política de trabalho na execução penal, pois houve mudanças tendo elas como protagonista, com o código de 1940 passa a ter previsão legal de trabalho para as mulheres apenadas no art. 29 : “§ 2º As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em secção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno.”

Além de tudo, essa política já estava presente em todas as penas previstas naquela, não se aplicava apenas na reclusão ou detenção, o requisito primordial e ao de atender caráter educativo, pode ser escolhido pelo detento, na conformidade de suas aptidões ou de suas ocupações anteriores a Pu art.31 para os detentos cumpriam detenção e para os reclusos isolamento durante o dia, por tempo não superior a três meses art 30§1ºpodendo posteriormente realizar as atividades.

A pena atrelada ao trabalho prejudicava a real finalidade dessa política. Ora, pois a pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal Grecco p.533. Completa Lenza p 709 que a finalidade é a readaptação do condenado ao convívio social e a prevenção em relação à prática de novas infrações penais. Mesmo havendo a previsão ressocializante desse instituto a real finalidade só se alcança com as políticas públicas de ressocialização. O caráter despenalizador do trabalho trazido pelo código penal de 1940 trouxe para a política de trabalho uma perspectiva educativa

É notório que com o passar dos anos o Brasil aos poucos chegava ao real propósito da política de trabalho na execução. Observou que o trabalho se mostrava eficaz para ressocialização do apenado, mostrando ao reeducando princípios morais e éticos necessários para que um cidadão possa viver em sociedade.

De uma forma bem sucinta entraremos sobre o assunto da evolução histórica das leis de execuções penais no Brasil. Se tratando em execuções penais, o Brasil mais foi ativista nesse assunto, havendo diversos anteprojetos que versavam sobre a matéria. Inicialmente tivemos a tentativa de criar o código penitenciário da república em 1937, porém não prosperou posteriormente a isso, foi elaborada a lei L. 3.274 que versava sobre normas gerais do regime penitenciário.

É importante salientar que a lei 3.274 trazia inovações na política de trabalho com criação de pecúlio que seria formado com uma porcentagem da remuneração obtida pelos trabalhos prestados art. 1º, VI. O trabalho ganha alguns requisitos para a fixação do reeducando, analisando as reações psicológicas e psicofisiológicas do apenado §1º art.9 da lei. A sujeição da mulher ao trabalho começa a ganhar aspecto, exigindo que, as atividades profissionais sejam compatíveis o seu sexo e que sejam exercidos em estabelecimentos apropriados (art10).

Todas essas legislações e os anteprojetos de 1963, 1970 e de 1981, foram tentativa de elaboração de uma norma perfeita acerca da execução penal, corroboraram para a criação da atual Lei de Execuções Penais do país. E em 1984, resultante de muitos esforços na tentativa de gerá-la, é criada a Lei de Execuções Penais, lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, revogando a lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957. Essa edição do texto foi um avanço normativo. No tocante ao trabalho da pessoa presa, essa política ganha destaque, adquirindo um capítulo somente para tratar deste assunto. dividindo – se em disposições gerais, trabalho Externo e Interno.

É inegável o avanço da execução penal com a criação da lei 3.274, uma lei que desvencilhou o código penal da execução penal, a partir desse momento começou a haver uma espécie de individualizar a pena imposta pelo estado. Entretanto, apesar do que representa para execução penal, mostrou-se ineficaz por não contemplar sanções para o descumprimento das regras estabelecidas. P23 Execução penal / Norberto Avena.

Um das grandes inovações é a visão contemporânea a respeito da política, o trabalho ganha condição de integração da dignidade humana (art. 28), é peça fundamental para formação do valor intrínseco de cada ser humano, nesse sentido, constitui um direito mínimo de para que um ser seja considerado humano, mesmo este sendo privado de liberdade. Não suficiente, o art. 40 elenca o trabalho como constituinte de direitos do preso a atribuição de trabalho e sua respectiva remuneração. Perceba que com o advento da nova lei de execuções penais a atividade laborativa se torna direito do preso, paralelo a isso, o art. 39 diz que constitui um dever a execução do trabalho ofertado. Cabe ressaltar, que o motivo de está previsto como dever do reeducando, não implica em dizer que o trabalho seja *forçado*, pois a constituição do trabalho como dever não implica força-lo ao trabalho. É descrisionado

ao preso a possibilidade de não executar o trabalho resultando apenas em falta grave impossibilitando requisitos para receber algumas vantagens na execução de sua pena.

A remuneração pela mão de obra carcerária, até então, era a única contrapartida recebida pelo infrator em função das atividades. A lei de 1984 consagrou uma das mais importantes conquistas, a possibilidade de o interno remir sua pena por meio do trabalho, a cada três dias trabalhados, desconta-se um dia na pena. Desta forma o detento possui a possibilidade reduzir sua pena mediante aos esforços empenhados.

2.1 POLÍTICA DE TRABALHO NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O trabalho é a política primordial para que isso aconteça, atuando para que o reeducando não se sinta ocioso no decorrer da execução da sua pena, além disso, dando chance para uma criação da sua própria personalidade, que ocorre no momento em que o preso adquire uma mão de obra que leva em consideração suas habilidades construindo um cidadão em um ser humano que antes era visto como um infrator da sociedade.

Não obstante, em uma visão voltada subjetivamente ao preso, o trabalho desempenha importante papel no processo de recontato com o meio livre, sendo eficaz instrumento de afirmação da dignidade humana⁴⁸. Como já foi dito, o trabalho impacta a sociedade das várias formas, nesse sentido, não pode deixar de ser contemplada pela constituição federal, que traz o trabalho como fundamento:

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:**

IV - **os valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa;

Ainda na constituição, em seu art 5º inciso XLVII, que versa sobre as penas que não são admitidas em nosso ordenamento, essas sanções ferem diretamente princípios basilares da constituição federal Brasileira.

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

⁴⁸ Roig, Rodrigo Duque Estrada Execução penal : teoria crítica / Rodrigo Duque Estrada Roig. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVII - não haverá penas(...)

c) de trabalhos forçados;

(...)

Quanto ao texto normativo citado, é notório que todas as formas de pena que remete ao trabalho forçado são repudiada pela constituição. Ao mesmo tempo o art. 31 da lei de execução penal traz o trabalho de forma coercitiva, obrigando o a pessoa condenada a pena privativa de liberdade ao trabalho.

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Aparentemente, surge um conflito entre os dois dispositivos normativo. Em termos legais a constituição federal prevalecerá, pois há uma relação hierárquica. Mas nessa situação não oque se falar em conflito, pois o trabalho, nestes termos, representa e faz parte da laborterapia inerente à execução da pena do condenado, que necessita de reeducação⁴⁹. Assim como dispõe o art. 28 de lei 7210/84 que O viés do trabalho de acordo com lei principal que rege a execução penal no Brasil reafirma a condição da atividade laboral como de dignidade humana, além disso, prevê que o trabalho para o sentenciado deve ter dupla finalidade: educativa e produtiva. Dito isso o trabalho que está previsto no art. 5º da constituição federal não se iguala ao trabalho previsto na lei de execução penal. Ora, trabalho deixou de ser pena desde o código penal dos estados unidos do Brasil, em tempos atuais o trabalho assumiu um papel fundamental na política de ressocialização.

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Tendo conhecimento disso, a administração pública deve fomentar de várias formas promover essa política nas unidades penais distribuídas por todo o estado. Deve-se ressaltar compreende que não é simplesmente oferecer postos de

⁴⁹ Nucci, Guilherme de Souza Curso de execução penal / Guilherme de Souza Nucci. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

trabalho que não tem uma demanda no mercado de trabalho ou simplesmente formar trabalhadores sem levar em consideração suas habilidades e suas limitações.

2.2 BENEFÍCIOS DO TRABALHO NA EXECUÇÃO PENAL

A saída do interno da prisão é cheia de estigmas, esse momento é caracterizado pelo preconceito da sociedade, infelizmente, pelo fato do sistema penitenciário ser precário marcado por várias situações que desprestigiam e colocam em dúvida a função ressocializadora da pena. Ora, não podemos culpar o corpo social por ter essa visão, muito menos entraremos nesta questão, o que quero frisar é o resultado desse receio acerca da reeducação do apenado pois se a comunidade entende que todo esse processo é inútil para reformar as condutas infracionais do indivíduo certamente não iram oferecer ajuda para que realmente possa se sentir um ser integrante da sociedade sem ter um sentimento de segregação por más escolhas que foram feitas no passado. Entender esse processo se faz importante, analisar os erros que foram cometidos e fortalecer as políticas que tiveram um resultado satisfatório.

Nesse sentido, a política de trabalho se mostra muito promissora, tendo vários benefícios a serem citados. De uma forma bem analítica iremos percorrer sobre os benefícios dessa política que tem sido utilizada nas unidades de todo o Brasil.

A primeira vantagem da promoção dessa política é a prevenção da ociosidade, nesse sentido é importante destacar de acordo com o informe do CNJ "Os processos criminais que foram baixados em 2019 duraram uma média de 4 anos na fase de conhecimento, 4 anos e 7 meses na execução de penas alternativas e 4 anos e 8 meses na execução de penas restritivas de liberdade. Cabe lembrar que enquanto o processo tramita em conhecimento ou em grau de recurso, o réu pode permanecer preso provisoriamente, cumprindo previamente parte de sua pena antes da condenação, que, posteriormente, acaba por ser deduzida do tempo da execução penal propriamente dita." Levando isso em consideração, o reeducando passará, em média, de 4 a 8 anos em penas restritivas de liberdade. A inclusão de políticas de trabalho serve não só para reduzir os custos com os afazeres do estabelecimento penal, mas também mantém o reeducando ocupado, evitando que ele fique ocioso, desviando-o da prática de atividades ilícitas, funcionando neste caso como uma espécie de terapia ocupacional.

Outra característica interessante a respeito, com exceção do reeducando que recebe do auxílio reclusão, aposentadoria, benefício assistencial ou por não ser sentenciado a perder o direito de receber sua remuneração, o preso não consegue aferir nenhum valor para subsidiar sua família e até o indivíduo em questão. A respeito disso, a lei preconiza que o trabalho deve ser remunerado, há de se pensar que a mão de obra carcerária representa uma força motriz com custo-benefício consideráveis

prevê a remuneração para o custodiado é a garantia que essa mão de obra não utilizada de forma arbitrária por parte do estado.

Pensando nisso, o legislador de forma expressa traça o valor mínimo a ser recebido por cada reeducando. Apesar do trabalho não ser regido pela clt, e o período trabalhado não conta para fins previdenciário e ainda não ter direito a FGTS ou até mesmo seguro-desemprego. Algumas peculiaridades devem ser analisadas, devemos entender que as atividades desempenhadas dentro dos estabelecimentos devem se assemelhar com labor realizado pelas pessoas que não cumprem pena. Isso se deve pelo fato que a promoção dessa política na ressocialização tem o objetivo de conscientizar o indivíduo a ter o hábito de trabalhar, conseqüentemente prover seu sustento e de seus familiares tornando-o uma peça integrante da sociedade. Com base nisso, criar posto de trabalho nos estabelecimentos prisionais privando por completo dos benefícios provenientes do trabalho irá criar estigma no consciente do indivíduo não havendo uma efetividade no resultado quanto a essa política.

Assim, a remuneração como contrapartida pelo serviço prestado se torna direito do preso, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário-mínimo e tendo destinação expressa em lei devendo ressarcir os danos causados pelo crime, proporcionar assistência à família, custear pequenas despesas pessoais e ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado. Apesar do valor recebido pelo preso ter essa destinação, e o valor se insuficiente para atender cada uma dessas exigências. O trabalho, nessas condições, prepara o indivíduo para que se familiarize com as responsabilidades em que um cidadão costuma ter, tornando ele peça fundamental em uma sociedade capitalista e entende que seu dever é contribuir com esse ciclo.

Se torna importante ressaltar outro aspecto positivo atrelado a essa política é o da remição. Previsto no art. 126 da lei de execuções penais, a remição é o direito que a pessoa privada de liberdade tem de conseguir reaver dívida imposta pelo estado por meio do trabalho. Sem dúvida que esse instituto é de grande valia ao reeducando, ora, pois nestes termos o preso consegue diminuir o tempo de pena de acordo com seus esforços empregados para execução do trabalho. Esse instituto promove a política de ressocialização, no sentido da recompensa pelo trabalho não se dá não somente pela remuneração, mas também por remir a pena, a cada 3 dias trabalho antecipa se um dia na pena.

2.3 POLÍTICA PÚBLICA DE TRABALHO: LEGISLAÇÃO ESTADUAL

O panorama do Tocantins quanto aos dispositivos criados para proteger e fomentar a política de trabalho na execução penal não coloca o presente estado em primeiro lugar na lista de estados com legislações desenvolvidas. Isso não quer dizer

que todos os dispositivos produzidos não seja efetiva ou não produza seus efeitos esperados, mas atualmente, referente ao trabalho existem apenas duas leis que versam acerca da matéria.

A fim de captar recursos e garantir uma destinação justa dos valores captados surge a lei nº 3.667, de 21 de maio de 2020 com o objetivo de subsidiar projetos, atividades e ações, nos estabelecimentos do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo e Sistema Penitenciário e Prisional, garantindo-lhes recursos para a aquisição, transformação e revenda de mercadorias, a prestação de serviços, bem como para o custeio de despesas correntes e de capital Art. 1º desta lei. Ao que parece, o sistema penitenciário do estado até o ano de 2020 não possuía nenhum sistema responsável por fazer o levantamento e gerir a receita proveniente da mão de obra carcerária, conforme a lei sancionada, constituem receitas do Fundo Rotativo:

Art. 2º Constituem receitas do Fundo Rotativo:

I - dotações específicas consignadas na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais;

II - as resultantes da prestação de serviços e da revenda de mercadorias produzidas nos estabelecimentos do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo e Sistema Penitenciário e Prisional ou fora deles, mediante força de trabalho dos internos;

III - doações, auxílios e subvenções procedentes de pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras;

IV - recursos provenientes de convênios, contratos, acordos, termos de parceria e outros instrumentos congêneres firmados com a União, estados ou municípios;

V - recursos decorrentes de juros e rendimentos de aplicações financeiras do Fundo;

VI - receitas decorrentes das concessões e permissões de uso dos espaços físicos localizados nas unidades do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo e Sistema Penitenciário e Prisional;

VII - outros recursos que lhe forem destinados.

Como o programa desta lei, assegura a pessoa presa à remuneração devida aos seus esforços empregados no trabalho prisional, a importância da remuneração já foi explanada nesse artigo, ter uma lei que assegura é imprescindível. A remuneração nos termos desta lei seguirá a seguinte destinação, 50% serão destinados a assistência à família e a despesas pessoais do reeducando e socioeducando, outros 25% serão destinados à constituição do pecúlio, que será, preferencialmente, depositado em conta judicial vinculada ao processo de execução penal, com o fim de cobrir despesas eventuais e necessárias para o egresso. Os outros 25% será empregado no ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do interno, cujo montante deve ser depositado na conta do Fundo Rotativo. Ademais, A lei cria o conselho gestor do fundo rotativo, esse comitê será responsável por deliberar com a finalidade de tomar decisões em assuntos em que a lei der uma margem de escolha para decidir:

Art. 3º O Fundo Rotativo é administrado pelo Conselho Gestor, composto pelos seguintes membros:

I - Secretário de Estado da Cidadania e Justiça, que o presidirá;

II - um representante do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo;

III - dois representantes do Sistema Penitenciário e Prisional;

IV - um representante da Diretoria de Administração e Finanças da Secretaria da Cidadania e Justiça;

V - um representante da Diretoria de Planejamento e Convênios da Secretaria da Cidadania e Justiça.

Contudo, a lei dispõe também das atribuições do conselho no fundo rotativo.

Art. 5º Compete ao Conselho Gestor do Fundo Rotativo:

I - elaborar o plano anual de destinação de recursos do fundo e aprovar a correspondente programação financeira;

II - acompanhar a operacionalização do Fundo, com vistas ao cumprimento de exigências decorrentes da legislação aplicável à matéria;

III - manter arquivo, com informações claras e específicas, das ações, dos programas e dos projetos desenvolvidos,

conservando em boa guarda os documentos correspondentes;

IV - manter organizados os demonstrativos de contabilidade e escrituração do Fundo;

V - elaborar, no prazo de 90 dias contados da data de instituição do Fundo, o respectivo regimento interno, aprovando-o mediante publicação no Diário Oficial do Estado.

Apesar de ser instituído, o fundo rotativo precisa ser regulamentado, isso é o que preconiza o Decreto nº 5.921, de 27 de março de 2019, esse dispositivo cria o procedimento a ser seguido quando há a proposição de atos legislativos e administrativos ao Governador do Estado. Isso é o que diz o art °2 desta lei:

Art. 2º Cumpre ao Secretário de Estado ou Dirigente do órgão ou entidade da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo Estadual, quanto à proposição de quaisquer dos atos de que trata este Decreto, legislativos e administrativos, em etapa interna de estudo e preparação da correspondente minuta, demandar a elaboração de:

I – nota explicativa à assessoria técnica, a fim de que sejam enunciadas todas as informações necessárias a contextualizar a origem, a relevância, os objetivos e a finalidade da matéria proposta;

Mesmo não havendo a regulamentação, essa lei tem um aspecto muito promissor, pois o que ela busca regulamentar assume um papel de grande importância para a política de Trabalho. Ora, pois com o advento desse ato normativo irá reafirmar direitos que já estão previsto na Lei de execução penal como a remuneração e a destinação dela.

Anterior a essa lei no, a legislação estadual possuía apenas a lei nº 3.355, de 4 de abril de 2018. Essa lei orientava acerca da destinação do dinheiro arrecadado com a mão de obra carcerária assegurando aos detentos a remuneração correspondente aos esforços empenhado e apresenta a política laborativa como um direito social de dignidade humana, com a finalidade educativa e produtiva e de manutenção, por meio de prestação de serviços Art. 1º.

Além disso, a lei regula acordo com empresas que se instale nos presídios, abordando, nessa situação a responsabilidade empresarial quanto ao acordo firmado despesa da remuneração dos condenados; o recolhimento do INSS sobre a

remuneração; capacitação dos condenados para o trabalho e o fornecimento do uniforme, folha de frequência e EPI's. Uma grande parte desse dispositivo normativo foi revogado com o advento da lei nº 3.667, de 21 de maio de 2020. Entretanto, possui sua eficácia por regulamentar as questões mencionadas.

2.5 SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO TOCANTINS, UMA VISÃO VOLTADA PARA O PRESO

O cenário atual do sistema penitenciário do Estado do Tocantins não se diferencia dos demais estados. O Superintendência de Administração dos Sistemas Penitenciário e Prisional, área responsável pela gestão do Sistema Penitenciário e execução de políticas públicas para o adequado cumprimento de pena do custodiado. Este setor responsável pela administração aproximadamente 3700 presos em regime fechado distribuído em 31 unidades penais do estado.

As dificuldades presentes na ressocialização tocaninense encontram em diversos aspectos. No primeiro momento, chama a atenção o número de unidades penais em que a população carcerária é dividida percebe que há uma descentralização da população carcerária. Essa distribuição dos apenados em regime fechado nessas unidades penais dificulta muito a assistência ao preso pois para que seja feito o acompanhamento assistencial requer toda uma logística, dificultando o oferecimento das políticas públicas, esse número de unidades faz com que não chegue em alguns internos assistências que na maioria das vezes é de extrema importância na reeducação.

Ao que concerne a política de trabalho no sistema prisional do estado é exercida pela Gerência de Reintegração Social, Trabalho e Renda ao Preso que é atrela a esta Superintendência. A gerência em questão visa implementar e ao mesmo tempo gerenciar políticas públicas de Educação, Trabalho e Renda previstas na Lei de Execução Penal nº 7.210/1984, com vistas a efetiva reintegração social no Sistema Penal do Estado do Tocantins.

Levando em consideração a finalidade deste artigo se faz necessário fazer um estudo acerca das ações tomadas pela administração pública para promover a política de trabalho. Investigar a atuação desses setores ajudará descobrir falhas presente na utilização dessa política. Descobrir essas falhas será de grande relevância criar soluções para os possíveis problemas levantados a partir da conclusão desse artigo.

Antes de falarmos sobre ações promovidas pelo estado. Faz-se necessário explicar sobre as formas de repasse da união para o estado para execução de programas que falaremos logo a diante. A secretaria que administra o sistema prisional conta com o financiamento para a inclusão da política. O Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN previsto na lei complementa 79/94. Essa lei instituiu o FUNPEN Com a

intenção

de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional.

Criar postos de trabalho, a administração fez parceria para implantação de fábricas de capacitação, com o intuito de oferecer cursos capacitando a mão de obra carcerária. Isso ocorre por meio da implantação do projeto de capacitação profissional e implantação de oficinas permanentes (procap).

De acordo com as informações do portal da transparência do governo federal. A administração penitenciária do Tocantins realizou convenio com a união visando capacitação de apenados, em três momentos. Em 2012 o estado fechou acordo visando ofertar a capacitação profissional às pessoas presas, por meio do aparelhamento de oficinas permanentes, aquisição de insumos e oferecimento de cursos nos estabelecimentos penais Núcleo de Custódia e Casa de Prisão Provisória de Palmas - TO, Centro de Ressocialização Social Luz do Amanhã- Cariri- TO e Unidade de Tratamento Penal Barra da Grota- Araguaína- TO. O curso na área de Panificação, por intermédio do aparelhamento de oficinas permanentes e cursos de Panificação profissional, propiciou integração social das pessoas privadas de liberdade.

Mesmo estando nesse cenário de alto índice de reiteração, tanto em âmbito nacional como local, constatado pelas pesquisas realizadas, além de expor o panorama tal qual ele se delinea, procura buscar um modelo sistêmico alternativo que minimize o baixo nível de eficácia das políticas públicas de ressocialização. Nesse sentido, em outro momento, especificamente no ano de 2015 o convenio visava a implementação de fábrica para a produção de artefato de concretos. Esse curso possibilitou a ampliação da capacitação na mão de obra. Cabe ressaltar que capacitação do apenado precisar ir bem além do ato mencionado, deve fazer um estudo da área do mercado de trabalho que são mais promissores para que após seu retorno à sociedade, a partir da formação também em empreendedorismo, inserir-se no mercado de trabalho formal e na informalidade, constituindo o seu próprio negócio.

Nesse mesmo sentido, em 2019 através do convenio com a implantações de fábricas com o intuito de ofertar curso em três unidades penais essas oficinas são de malharia, produção de alimentos e serralheria que serão instaladas nas respectivas unidades: Unidade de Tratamento Penal Barra da Grota, unidade penal de Palmas e Fazenda Agrícola e Agropecuária no Complexo Prisional do Cariri. Diante dos avanços conquistados na execução da pena no Tocantins, assim como da realidade a ser trabalhada, entende-se ser prioritária a Implantação da oficina desses segmentos, no sentido de atender a população em destaque, buscando o fortalecimento da cidadania,

da autonomia e da identidade desse público. Além de, com este trabalho, estarmos atendendo ao que é determinado pela Lei de Execução Penal – LEP, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Os projetos executados que se propôs a criação das oficinas que consequentemente formaram o cenário atual do sistema prisional do Tocantins foram financiados por meio de repasses do Departamento Penitenciário - Depen. Os repasses pela União são provenientes do Fundo Penitenciário, que foi instituído pela Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994 que visa proporcionar recursos e meios para financiar e Apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional Art. 1º. As formas que são repassadas esses valores é regulamentado pelo decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007 que versa sobre regulamentação dos convênios e os contratos de repasse celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades que envolvam a transferência de recursos oriundos art. 1º do decreto. De forma subsidiária aplicasse também Portaria Interministerial Nº 507, de 24 de novembro de 2011 que estabelece normas para execução do disposto no Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse.

Levando em consideração as informações, é perceptível que os programas de promoção às políticas ressocializadoras não conseguem alcançar todas as unidades do estado que, consequentemente, ficam desassistidas quanto à preparação para o mercado de trabalho. Na maioria das demais unidades penais são caracterizadas pela grande movimentação de preso provisório. Isso é realmente muito preocupante, pois é no primeiro contato que reeducando tem com a cadeia é momento ideal para tentar construir uma personalidade que atende todos os anseios sociais. Nesse momento, se torna primordial a utilização de mecanismo para tentar trazer o enclausurado pois não criou raiz na criminalidade, uma identidade no crime.

Dito isso, dar oportunidades as demais unidades penais com as mesmas condições que são ofertadas para as unidades de porte maior é primordial para a efetivação das políticas prisionais. Nota-se que o resultado depois de feito o levantamento sobre as oficinas criadas para ofertar cursos profissionalizantes e criar Posto de Trabalho não alcançam todas as 31 unidades penais do ente federativo em questão, os convênios pactuados com a união no ano 2015 e 2012 contemplaram os mesmos estabelecimentos penais. Fazendo com que essa política tão importante não alcançasse uma grande parte de pessoa privadas de liberdade.

Além dos Convênios pactuados, o sistema penitenciário do Tocantins visando e fomentar remição, progressão de regime e outros benefícios previstos em lei,

colaboram na diminuição da ociosidade, no aumento da escolaridade, no desenvolvimento intelectual, no suporte às famílias, na manutenção do Estabelecimento Penal e na qualificação para o trabalho, favorecendo novas perspectivas, após o alvará de soltura. O estado por meio do grupo responsável pela administração penitenciária e prisional criaram o projeto NOVO TEMPO com o intuito Expandir projetos de trabalho prisional; Ampliação de oficinas próprias de trabalho permanente; Ampliação do acesso à Renda; Ampliação das possibilidades de remição da pena pelo estudo e trabalho; Dar visibilidade às boas práticas de educação, trabalho e renda nas Unidades Penais de acordo o informativo do programa. Iniciativas como essa são muito importantes pois transparece o comprometimento do estado com a política em questão.

De acordo com o SISDEPEN “plataforma de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro que sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária.” No ano de 2020 mais especificamente no período de janeiro a junho. O sistema prisional de Tocantins contava com uma população carcerária 3.827 dentre esses, 2.069 cumpridos execução em regime fechado. Ressalta que de acordo com o mesmo sistema, sem diferenciação de regime, existe no sistema prisional do Tocantins uma quantia de 878 reeducandos exercendo atividade laboroterápica que é a Terapia através do trabalho; tratamento de alguma enfermidade psíquica ou psicológica pela atividade laboral.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota -se, de acordo com as informações, que apesar de a ressocialização por meio de trabalho ser o método viável para alcançar a reintegração almejada, só uma porção de pôr volta $\frac{1}{4}$ da população carcerária tem acesso a essa política. Isso se dá pela distribuição das unidades carcerárias, o número de unidades implantadas no estado faz com que os programas federais e estaduais não alcancem todas as pessoas privadas de liberdade.

Outra situação que chama a atenção é a falta da presença de empresas privadas para fomentar essa política, quando há a introdução do particular dentro das unidades haverá conseqüentemente a efetividade das ações voltadas ao trabalho. A presença de fabricas nas unidades Penais seria muito importante, ora, com essa parceria traz vários benefícios, as empresas colaboraram para a criação de postos de trabalho e todos remunerados. Além disso, não gera custos ao estado e nem a união, pois a intenção do estado é a criação de espaços para a garantir do dever previsto no art. 28 da LEP de que toda pessoa privada de liberdade exerça alguma atividade laboral, seja por

terem sido construídos com estes espaços, seja por terem improvisado algum módulo de trabalho.

Acontece que o estado e união faz com que esse processo seja dispendioso, quando abrem espaços para empresas adentrarem na unidade penal ocorre que todo esse processo de fomentar e criar postos de trabalho se torna menos burocrático. Quando as empresas se instalam em uma unidade penal, elas garantem a ininterruptão das vagas de trabalho, isso se dá pelo fato de que não deixar faltar os insumos e maquinários necessários para a produção de determinados objetos. Essa produção resultante de todo esforço da mão de obra carcerária já possui destino certo pois na maioria de vezes a própria empresa que financia a produção é a interessada pelos seus resultados. Nesse sentido, a parceria tendo como partes do acordo público e privado é imensamente mais vantajosa pelos motivos citados.

Diante disso, todas essas limitações presentes na política de trabalho promovido no sistema penitenciário do estado do Tocantins, resultam em uma deficiência, fazendo com que prejudique o apenado por não chegar até ele essa política.

4. REFERÊNCIAS:

Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal** / Rogério Greco. - 17. ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2015.

Roig, Rodrigo Duque Estrada **Execução penal : teoria crítica** / Rodrigo Duque Estrada Roig. - 2. ed. - São Paulo : Saraiva, 2016.

Avena, Norberto **Execução penal** / Norberto Avena. - 5. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

Governo do estado do Tocantins, **catálogo do programa Novo Tempo**. Secretaria de Cidadania e Justiça, Palmas-TO.

BRASIL. **Lei de Execuções Penais**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. **CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRAZIL**. Brasília: Assembléa Geral, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. **CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL**. Brasília: Planalto, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20847%2C%20DE%2011%20DE%2

00OUTUBRO%20DE%201890.&text=Promulga%20o%20Codigo%20Penal.&text=Art.,q
ue%20n%C3%A3o%20estejam%20previamente%20estabelecidas.&text=2%C2%BA%
20A%20viola%C3%A7%C3%A3o%20da%20lei,omiss%C3%A3o%3B%20constitue%20c
rime%20ou%20contraven%C3%A7%C3%A3o.>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. **Portaria Interministerial Nº 507**. Brasília: Plataforma Mais Brasil, 2011.
Disponível em: < <http://plataformamaisbrasil.gov.br/legislacao/portarias/portaria-interministerial-n-507-de-24-de-novembro-de-2011>>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. **Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências**. Brasília: Planalto, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm htm >. Acesso em: 26 mai. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017**. Disponível em:<<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen>>. Acesso em: 26 mai. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016**. Disponível em:< <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen>>. Acesso em: 26 mai. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020**. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> >. Acesso em: 26 mai. 2021.

DOS CRIMES COMETIDOS CONTRA A PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOB A ÓTICA DA LEI Nº 13.146/2015

MOISÉS ROSA PEREIRA: Médico, formado pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA, possui pós-graduação em Psiquiatria, pós-graduando em medicina intensiva AMIB e Graduando em Direito pelo Centro de Ensino Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

RESUMO: A pessoa com deficiência encontra-se em posição de extrema vulnerabilidade na sociedade, exigindo, nesse sentido, a necessidade legal de ter assegurados, pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma série de direitos e liberdades fundamentais visando à sua inclusão social e cidadania, no intuito de ter reduzidas as suas desigualdades e, conseqüentemente, fazer jus ao pleno exercício de sua dignidade enquanto ser humano, nos moldes dos pactos e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário e, principalmente, nos termos da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, o objetivo deste trabalho, portanto, é o de analisar a tipificação criminal das diversas modalidades de crimes que podem ser praticados em face pessoas com deficiência, destacando, principalmente, a indefensabilidade da vítima em face do agressor. Para tanto, será utilizada de revisão bibliográfica, no intuito de conhecer a legislação vigente destinada ao reconhecimento das garantias e direitos elaborados para as pessoas com deficiência, incluindo-se a apreciação dos principais dispositivos contidos na Lei Nº 13.146/2015, conhecida popularmente como Estatuto do Deficiente, além de analisar as previsões contidas no Código Penal Brasileiro, concomitantemente com a avaliação das correntes doutrinárias mais recorrentes. Findo o estudo, conclui-se que, apesar das importantes conquistas legislativas alcançadas para as pessoas com deficiência, inclusive com a tipificação de novos crimes que punem o preconceito e a discriminação, verificou-se que o Estatuto pecou em não alterar o Código Penal brasileiro, tendo em vista seu conteúdo repleto de expressões estigmatizantes e pejorativas, além de imprecisas, que destoam do espírito da Lei (EPD).

Palavras-chave: Crimes. Pessoa com Deficiência. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

ABSTRACT: The disabled person is in a position of extreme vulnerability in society, demanding, in this sense, the legal need to have ensured, by the Brazilian legal system, a series of fundamental rights and freedoms aiming at their social inclusion and citizenship, in order to have their inequalities reduced and, consequently, to be entitled to the full exercise of their dignity as a human being, along the lines of the international

pacts and conventions to which Brazil is a signatory and, mainly, under the terms of the 1988 Federal Constitution. the objective of this work, therefore, is to analyze the criminal classification of the different types of crimes that can be practiced in the face of people with special needs, highlighting, mainly, the victim's indefensibility in the face of the aggressor. For this purpose, a bibliographic review will be used in order to learn about the current legislation aimed at recognizing the guarantees and rights developed for people with disabilities, including the assessment of the main provisions contained in Law No. 13,146 / 2015, popularly known as Statute of the Disabled, in addition to analyzing the forecasts contained in the Brazilian Penal Code, concomitantly with the assessment of the most recurrent doctrinal currents. At the end of the study, it is concluded that, despite the important legislative achievements achieved for people with disabilities, including the classification of new crimes that punish prejudice and discrimination, it was found that the Statute did not change the Brazilian Penal Code, in view of its content full of stigmatizing and pejorative expressions, as well as imprecise, which are at odds with the spirit of the Law (EPD).

Keywords: Crimes. Disabled Person. Status of the Disabled.

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, na história das civilizações, a deficiência fora vista, exclusivamente, pela perspectiva médica, de forma isolada, associada a alguma patologia, de modo que ser deficiente era ser uma pessoa doente. No entanto, no contexto sociocultural atual, a percepção médica da deficiência falha por não visualizar o incidente de forma contextualizada, vendo a deficiência em si mesma, como problema de um indivíduo que foge de um padrão homogeneizado do ser perfeito.

Nessa perspectiva, a problemática da deficiência não está na pessoa que apresenta tal condição, mas na forma como a pessoa deficiente é concebida na sociedade. Assim, o modelo social reconhece a singularidade da pessoa e não a sua deficiência, singularidade essa que a torna diferente de todas as outras pessoas, pois se parte do entendimento de que cada pessoa é única. Nesse sentido, a sociedade deve adaptar-se para responder as necessidades de todos os seus membros, pois o contexto social assume um papel decisivo como favorecedor ou impeditivo do processo de desenvolvimento das pessoas que nele se encontram inseridas.

O instituto da capacidade civil passou por diversas mudanças com o advento da Lei Nº 13.146/15, passando a considerar as pessoas com deficiência plenamente capazes na ordem civil, dando a elas mais autonomia e igualdade de condições para regerem suas vidas.

Assim, a pessoa com deficiência deixa de ser considerada absolutamente incapaz, e passa ser capaz para exercer os atos da vida civil, alteração esta que repercutiu diretamente no âmbito penal, suscitando o seguinte questionamento: no que se refere aos crimes cometidos contra as pessoas com deficiência, quais as consequências que esses criminosos terão que responder?

Diante desse cenário, o objetivo proposto para este estudo foi de identificar os principais direitos e garantias em face da Lei Nº 13.146/15, a nível penal, no âmbito da proteção da pessoa com deficiência, com ênfase na punição criminal do causador da agressão, ao passo que os objetivos suplementares consistem em esclarecer as nomenclaturas usadas anteriormente, até o estatuto entrar em vigor, também compreender de modo geral todas as mudanças e alterações que ocorreram no ordenamento jurídico depois que o Estatuto entrou em vigor.

2 DOS DIREITOS E GARANTIAS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

2.1 A pessoa com deficiência na história das civilizações

Nos primórdios civilizatórios, em que os humanos ainda dependiam exclusivamente da caça e coleta, o abandono ou extermínio eram comuns, uma vez que:

Na existência de fator que poderia pôr fim ou causar grave prejuízo à totalidade do grupo ou tribo (por exemplo, uma pessoa enferma, seja por acometimento de doenças, seja por ferimentos em virtude de caça ou guerra), o mesmo deveria ser abandonado ou sacrificado em benefício da manutenção do coletivo (MOISES, 2019, p. 40)

Nesse mesmo sentido, Ricardo Tadeu Marques da Fonseca destacado por Maria Ivone Fortunato Laraia afirma que:

Os povos primitivos tratavam-nas das mais diversas formas: muitos, simplesmente, eliminavam-nas, com empecilhos que representavam para a caça e para a marcha natural entre os nômades; outros ao contrário, protegiam-nas, sustentando-as, no afã de conquistar a simpatia dos deuses, como medida de recompensa por mutilações sofridas durante a caça ou durante a guerra (LARAIA, 2009, p.22).

Desse modo, é possível concluir que cada grupo das primeiras civilizações humanas possuíam dentre si, uma forma de tratamento para com as pessoas com deficiência. Na maioria dos grupos, porém, segundo historiadores, as pessoas idosas e

os deficientes eram deixados para trás, para que se prevalecesse primeiramente a sobrevivência do grupo.

Em verdade, um dos registros mais antigos leva a data de 1.250 a.C. quando houve o primeiro registro de uma pessoa com deficiência no Egito, sendo possível verificar em uma imagem gravada em pedra. Além disso, também é possível expor que a primeira gravura de uma cadeira de rodas, ainda muito diferente daquelas que são encontradas atualmente, obviamente, mas que é acionada por cisnes (BRASIL, 2016, p. 4).

Segundo interpretação de alguns papiros encontrados por historiadores, é possível afirmar que o Egito antigo foi por muito tempo uma “terra de pessoas cegas”, em decorrência de doenças que se originavam nas tempestades de areias e nas pragas, sugerindo que, com seus conhecimentos e busca de curas, foram os primeiros grupos a fazerem cirurgias oculares no tratamento da cegueira, mostrando-se uma sociedade tolerante e respeitadora para com seu povo (YARAIAN, DESTRO, 2018).

O mesmo não acontecia Grécia antiga. Há uma relação de tratamento com as pessoas com deficiência totalmente oposta aos egípcios. Certas pessoas consideradas “incomuns ou disformes” das normas padrões da sociedade, sem beleza ou força física, eram desprezadas ou condenadas à morte.

As cidades-estados, Atenas e Esparta, tratavam a pessoa com deficiência com certa rigorosidade, enquanto que na Polis Grega Atenas, o pater família, verificando-se a deficiência do seu filho, detinha a responsabilidade da eliminação do mesmo, através de abandono, que se dava por manter a criança recém-nascida dentro de um vaso de argila, para sua morte em decorrência da exposição do calor; ou a possibilidade das pessoas com deficiência serem atiradas do aprisco das montanhas Taygetos, nas palavras de Platão apud Maria Aparecida Gugel (2014, p. 63).

Quanto à Polis Esparta, os cidadãos eram marcados pela padronização de ideias estéticas e atléticas. As pessoas que não se enquadravam nos padrões, como as pessoas com deficiência eram considerados cidadãos de segunda categorias, se igualando aos escravos e pariécicos (YARAIAN, DESTRO, 2018).

A sociedade Romana Antiga, na mesma direção considerava inútil sua existência, dando permissões aos pais para o sacrifício dos filhos que nasciam com algum tipo de deficiência ou deixarem a mercê da sorte em locais extremamente perigosos. As práticas mais comuns eram o afogamento no famoso Rio “Tibre” ou em lugares considerados como sagrados, havendo também, contudo, uma forma de abandono

em margens de rios, com a finalidade de serem encontrados e acolhidos por famílias de plebeus (YARAIAN, DESTRO, 2018).

Por sua vez, durante a Idade Média, a pessoa com deficiência, por meio da ascensão da fé cristã durante a Idade Média, passou a ser considerada também “filha de Deus” e detentora de alma. Com surgimento do Cristianismo, religião monoteísta, que teve como base de seus ensinamentos as pregações de Jesus de Nazaré, a realidade foi um pouco alterada, influenciando a sociedade a encarar com devido respeito as pessoas com deficiência, verificando-se situações de acolhida, abrigos e alimentações para tais indivíduos. A consolidação de uma doutrina fundada no sentimento de humildade, caridade e amor ao próximo, gerou a crença e a aceitação de que cada indivíduo passava a ser, independentemente de sua condição física ou mental, um ser criado por Deus e que acima de tudo deveria ser respeitado e tratado com igualdade aos demais na sociedade.

No entanto, no referido período, a inexistência de investigações sobre as pessoas com deficiência, no campo científico, e o desconhecimento e fanatismo religioso de parcela significativa da sociedade, que confundia ciência com bruxaria, proporcionaram, por diversas vezes, que pessoas com deficiência fossem consideradas bruxas ou “endemoniadas”.

Para Pessotti (1984), a pessoa com deficiência no século V:

[...] era visto como portador de desígnios especiais de Deus ou como presa de entidades malignas às quais “obviamente” serviria através de atos bizarros como os das bruxas. Dada a credulidade da população rural e seu fanatismo clerical, não surpreende que entre as cem mil pessoas queimadas por bruxaria, só na Alemanha do século XVII, estivessem incluídos centenas de dementes e amentes ou deficientes mentais (PESSOTTI, 1984, p. 9).

Contudo, somente em 1233, através do Papa Gregório IX, que houve o rompimento com práticas como a tortura e a pena de morte àqueles que possuíam deficiências físicas de qualquer natureza ou mentais, e representavam alguma ameaça ao poder religioso sobre a sociedade. Tal evolução levou certamente a integração social e maior aceitação da pessoa com deficiência.

Outrossim, somente no século XX foi que se deu, efetivamente, o surgimento a preocupação com o bem-estar e a devida inserção da pessoa com deficiência na sociedade. Em busca de melhores condições, foram realizados conferências e congressos em vários países, versando sobre temas como as “Crianças Inválidas –

1904”, “Congresso Mundial dos Surdos – 1909” e a Conferência sobre “Os Cuidados de Crianças Deficientes – 1909”.

A Primeira Guerra Mundial trouxe alterações relevantes ao mundo do trabalho e, conseqüentemente, para os direitos da pessoa com deficiência. O fim da guerra foi marcado por crises financeiras que assolaram o mundo e por haver grande quantidade de homens inabilitados ao trabalho, impossibilitados de exercerem determinadas atividades e a realização de força em local de trabalho. Assim, fez-se necessário o desenvolvimento de ações para a reabilitação dos combatentes.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a sociedade pasmada com as atrocidades realizadas, começa a visualizar a necessidade de se buscar alternativas para a reabilitação das pessoas vítimas dos combates. Além dessa busca, começa também um movimento de consolidação de direitos, bem como de mecanismos para se evitar um novo acontecimento de tal magnitude.

Instituiu-se, assim, através da Carta das Nações Unidas, em 1945, há criação da Organização das Nações Unidas – ONU, em Londres, que visava, juntamente com os diversos países membros, buscar soluções no âmbito dos direitos humanos, com preservação da dignidade da pessoa humana, incluindo-se nesse circuito, os direitos da pessoa com deficiência, ainda que com nomenclatura genérica e incompleta acerca das possibilidades existentes.

2.2 Conceitos e definições legais acerca do termo deficiência

Em nosso ordenamento jurídico, uma das primeiras previsões que determinam conceituação está na Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências disposto em seu artigo 20, parágrafo 2º, o seguinte:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

[...]

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental,

intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, Lei N° 8.742, 1993).

Este dispositivo traz o mesmo conceito determinado no artigo 1º do Decreto 6.949/2009, que recepcionou e promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. (BRASIL, Decreto 6.949, 2019).

Por seu turno, o Dicionário Aurélio (online) da Língua Portuguesa traz seu conceito de deficiência. “De.fi.ci.ên.cia: Imperfeição, falta, lacuna. Já o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa (2017), explica: “Deficiência s. f. Imperfeição, falta, lacuna”.

Nesse sentido, podemos observar que os conceitos trazidos pelos dicionários citados acima, aduzem a incapacidade como um defeito e uma imperfeição. Por outro lado, analisando-se o Estatuto do Deficiente, o que se pode extrair é a não existência da incapacidade, hoje as pessoas com deficiência estão incluídas na sociedade e principalmente no mercado de trabalho, são independentes e já podem optar por gerir suas próprias vidas.

O artigo 2º da Lei N° 13.146/15 traz, expressamente, em sua escrita o conceito de deficiência, nos seguintes termos:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015, p 01).

Sendo assim, é considerada pessoa com deficiência o portador de limitações de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, de modo a comprometer sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Antes disso, em 25 de outubro de 1989 foi publicada a Lei N° 7.853, de 24 de outubro de 1989, que disciplinou o apoio às pessoas com deficiência e sua respectiva integração social, além definir crimes. Esta lei só foi regulamentada mais de 10 (dez) anos depois, por meio do Decreto N° 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Este Decreto,

além de conceituar a deficiência, a deficiência permanente e a incapacidade, descreve as situações em que a pessoa é considerada com deficiência (GOULART, 2015).

A Organização Mundial da Saúde (2011) caracteriza a diversidade da deficiência como experiências resultantes da interação de problemas de saúde, fatores pessoais, e fatores ambientais e, expõe que:

[...] As pessoas com deficiência são diferentes e heterogêneas, enquanto que os pontos de vista estereotipados da deficiência enfatizam os usuários de cadeiras de rodas e alguns poucos outros grupos “clássicos” tais como os cegos e os surdos. A deficiência afeta seja a criança recém-nascida com uma condição congênita tal como paralisia cerebral, seja o jovem soldado que perde sua perna ao pisar numa mina terrestre, a mulher de meia idade que sofre de artrite severa, ou o idoso que sofre de demência, entre muitas outras pessoas (OMS, 2011, s/p).

O Movimento (BRASIL, 2016, p. 20) ainda aponta, de acordo com sua pesquisa, foi em 2006 que “a expressão ‘pessoa com deficiência’ é consagrada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU. Ser ‘pessoa com deficiência’ é, antes de tudo, ser como qualquer outra pessoa.”

A partir disso, é possível afirmar o termo pessoa com deficiência como o correto para ser utilizado quando necessário se referir à alguém com algum tipo de deficiência, seja qual for, onde o processo emancipatório das pessoas com deficiência destina-se a reconhecer o poder de diálogo e a participação nos processos legislativos para fomentar a discussão sobre o acesso aos direitos humanos fundamentais e a exigência e efetivação desses direitos perante o Estado e a Sociedade Civil, reconhecendo a autonomia na vida digna.

2.3 O processo de inclusão social da pessoa com deficiência na sociedade contemporânea

O processo de inclusão social da pessoa com deficiência é tão antigo quanto o processo de socialização do homem. O mundo social inerente aos seres humanos é composto de características individuais que os tornam únicos e diferentes uns dos outros, de modo que, para que um indivíduo compreenda o meio em que ele está inserido, ele deverá aprender os aspectos sociais vigentes nessa sociedade. Esse processo é chamado de socialização.

Junto ao processo de socialização, há o processo de inclusão social deste indivíduo recém-chegado ao meio social, que é formado por um conjunto de ações que visam garantir a participação igualitária de todos os membros da sociedade, integrando-os independentemente dos aspectos à eles inerentes. À medida em que há uma evolução da sociedade, seus aspectos culturais e suas características sociais, tendem a acompanhar essa evolução, às vezes criando novas características ou consolidando o que já estava conceituado.

Com efeito, verificamos na sociedade contemporânea a existência de muitos conceitos culturais e sociais predominantes anteriormente, que são cada vez mais acentuados. Cenário esse, que dará espaço para uma percepção de exclusão social do indivíduo.

A exclusão social, além do conceito originário que está relacionado à uma condição inerente ao capitalismo contemporâneo – que de certa forma impulsiona o crescimento de desigualdades sociais – está também relacionado ao processo de afastamento e privação de determinados indivíduos em diversos âmbitos da estrutura da sociedade (AMARAL, 2019).

A Constituição de 1988 traz em seu corpo alguns dispositivos específicos no que tange aos direitos das pessoas chamadas portadoras de deficiência. Alguns destes mandamentos são explícitos e específicos a estas pessoas e outros são implícitos, tratando apenas da proibição de distinção ou preconceito de qualquer espécie, conforme se verifica a seguir. A primeira referência implícita se apresenta no artigo 1º, inciso III, onde se vislumbra como fundamento a dignidade da pessoa humana, que será abordado em tópico específico.

Em seguida, no artigo 3º do mesmo dispositivo legal, observa-se que 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 (BRASIL, 1988). Cláusula pétrea e expressa, o mandamento acima dispensa maiores delongas, vez que proíbe qualquer tipo de discriminação. Da mesma forma, o artigo 5º da Carta Magna determina a igualdade entre os brasileiros e os estrangeiros residentes no país:

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: [...]. (BRASIL, 1988).

Todos estes mandamentos encontram-se no capítulo I, dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. No capítulo II da CF/88, que trata dos direitos sociais, observa-se o seguinte dispositivo expresso:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; (BRASIL, 1988).

Aqui é possível vislumbrar que o Poder Constituinte passou a visualizar a necessidade de determinar expressamente que as pessoas com deficiência merecem igualdade de condições no tocante a salários e critérios de admissão, talvez pelo fato de que intrinsecamente, ainda exista muito preconceito quando se trata de trabalhadores com qualquer tipo de deficiência

Se levarmos em conta o conceito de exclusão social e a vida em sociedade, podemos evidenciar a existência de distintos obstáculos que irão impedir a efetivação e promoção das garantias fundamentais. Por isso, a fim de erradicar a exclusão da pessoa com deficiência, garantir a igualdade entre os seres humanos e a dignidade da pessoa humana, instituiu-se em 30 de março de 2007, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Servindo de parâmetro para todos os países signatários da Carta das Nações (AMARAL, 2019).

Logo em seguida, o Brasil, no dia 25 de agosto de 2009, por meio do Decreto nº 6.949, promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e, em 6 de julho de 2015 instituiu o consagrado Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146), norma de notável importância no ordenamento jurídico brasileiro, referente à proteção e promoção dos direitos fundamentais deste grupo social.

2.4 O Estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade civil

Indiscutivelmente, o mais sério estigma da deficiência é o rótulo no qual ela se constitui, ocorrendo mesmo, a sobreposição desta ao ser humano, que praticamente desaparece. Com isto, a pessoa com deficiência passa a ter, em inúmeras situações, seu nome desconhecido, sendo tratado pela espécie de sua deficiência, onde apelidos capacitistas são pronunciados em substituição ao nome civil. Por esse motivo, ao longo dos anos, a proteção à pessoa com deficiência passou a receber cada vez mais destaque no cenário legal e social, havendo, nesse contexto, uma lei muito sensível às

necessidades de inserção social, proteção patrimonial e um campo normativo punitivo para aqueles que praticam crimes contra vítimas com deficiência.

A evolução dos direitos humanos fundamentais é percebida como essencial para a organização jurisdicional positiva dos direitos civis, acompanhada pelos fatos e lutas sociais que incidem na alteração, inclusive, das normas de direito processual. Em consequente, a defesa da legalidade e das pessoas, num modo geral, e por muitas vezes, abstrato, representa uma grande e importante quebra de paradigma no que tange o tratamento das pessoas com deficiência, por positivizar direitos que visam a efetivação dos direitos humanos fundamentais, especificamente os direitos promulgados na Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência.

Os movimentos e ações políticas, tanto positivas como negativas, no do Estado Democrático tem evoluído na afirmação dos direitos humanos fundamentais, nos quais se incluem os direitos das pessoas com deficiência, a partir da conscientização social e da positivação inicial no âmbito internacional com respaldo nas principais normas de caráter protecionista (PINHEIRO, LOCATELI, 2017).

A partir do posicionamento de afirmação, o Direito nasce de uma pretensão, ou seja, a possibilidade de uma pessoa exigir de outra, ou do Estado, que faça ou deixe de fazer algo em virtude de algum privilégio. Isso decorre da legitimidade reconhecida a alguém para que, por meio de um terceiro, representado pela imparcialidade, reconheça o direito e o dever da prestação, especialmente quando se tratam de direitos fundamentais. Em decorrência, as normas de direitos humanos passam por processo afirmativo para a exigência de ações, muitas vezes por meio de inclusão de norma interna e políticas públicas, para atendimento das necessidades de cada grupo ou indivíduo.

Nesse contexto, a sociedade civil brasileira sempre enfrentou grandes desafios para garantir a todos a segurança de ser tratado com respeito na sua condição de pessoa humana, com direitos, deveres e oportunidades iguais. Depois de anos de lutas e resistências, as pessoas com deficiência conquistaram a tão sonhada Lei Brasileira de Inclusão (LBI), popularizada como o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A Lei Nº 13.146/2015 é uma lei ampla que assegura em nosso ordenamento jurídico, a acessibilidade e a inclusão da pessoa com deficiência, em diferentes aspectos da sociedade, embora, para sua efetiva concretização plena há ainda um longo caminho a percorrer.

A grande novidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi alterar outras leis como o Código Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho, o Código Eleitoral e todas as legislações vigentes para deixá-las em conformidade com a Convenção

Internacional da Organização das Nações Unidas, alterou ainda, a Teoria das Incapacidades.

O chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD, Lei Nº 13.146/15, que entrou em vigor em 2 de janeiro de 2016, trouxe inúmeras mudanças no âmbito das capacidades, alterando diversos dispositivos do Código Civil, entre eles, o art. 3º, que passa a considerar como absolutamente incapaz apenas os menores de dezesseis anos de idade e o art. 4º, que trata como relativamente incapazes:

- I - Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - Os ébrios habituais e viciados em tóxicos; e
- III - Aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade (BRASIL, 2002).

Verifica-se, aqui, que é evidente que o Estatuto veio proporcionar mais autonomia à pessoa com deficiência, quando visa incluí-la na sociedade como qualquer sujeito dotado de deveres e obrigações e vela pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a partir de uma presunção da capacidade.

A Lei Nº 13.146/15 surge como aparato protetivo e revolucionário para a pessoa com deficiência, tendo como viga mestre de sustentabilidade a dignidade da pessoa humana. Esta é um dos pilares de um Estado Democrático de Direito e fundamento da República Federativa do Brasil, assegurada no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, sendo ela o centro de toda e qualquer garantia dada ao ser humano.

Esse novo diploma legal rompeu com a ideia de a pessoa com deficiência ser reputada ou estigmatizada como incapaz, estabelecendo um tratamento mais isonômico, positivando sua capacidade legal plena, estando alicerçado no respeito aos Direitos Humanos e na Carta Magna de 1988, trazendo em sua fundamentação a exaltação do princípio da dignidade humana e a promoção de direitos e cidadania para as pessoas com deficiência, além de trazer grandes avanços na proteção da dignidade da pessoa com deficiência, alterando e revogando artigos do Código Civil brasileiro. Houve alterações na estrutura e no funcionamento das chamadas incapacidades causando repercussão direta em institutos como o da interdição, da curatela, do casamento, etc., assim como, da prescrição (DIAS, 2019).

Nesse íterim, cumpre trazer à baila o ilustre entendimento de Vicente e Alexandrino, a ver: A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de

proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes (VICENTE; ALEXANDRINO, 2013)

Importa destacar que a capacidade é a medida jurídica da personalidade. Essa capacidade se subdivide em capacidade jurídica ou de direito, a qual todos os indivíduos possuem que é a aquela para adquirir direitos e contrair deveres na ordem civil, "a capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despindo-o dos atributos da personalidade" (DINIZ, 2017, p.168). E capacidade de fato ou de exercício, que diz respeito à possibilidade de o indivíduo praticar por si só os atos da vida civil, a qual pressupõe discernimento entre o certo e errado.

A capacidade civil das pessoas com deficiência está intimamente ligada às questões de igualdade, dignidade e inclusão social. Todo indivíduo é dotado da chamada capacidade de direito, a qual é considerada aptidão genérica para alguém ser titular de direitos e obrigações. "Toda pessoa natural a tem, pela simples condição de pessoa" (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 305).

Já a capacidade de fato nem todos possuem, pois é a possibilidade de o indivíduo exercitar pessoalmente os atos da vida civil. Sobre o assunto Lôbo explica que:

A concentração em um mesmo sujeito (homem, pessoa, capacidade civil) resulta do processo histórico de emancipação da humanidade, no sentido de afirmação da dignidade da pessoa humana, sem discriminações, como proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem ("Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direito") (LÔBO, 2013, p. 107).

No entanto, embora as mudanças quanto à capacidade civil tenham sido expressivas, em nada se alterou no Código Penal quanto à condição dessas pessoas. Antes da entrada em vigor do presente Estatuto, havia uma sintonia entre os Códigos Civil e Penal, nos quais o indivíduo que era capaz ou incapaz para um, era para o outro. Porém, hoje, com a alteração dos arts. 3º e 4º do CC/02, a pessoa com deficiência passou a ser capaz civilmente em relação a todos os seus atos, mas permaneceu incapaz penalmente, ou melhor, inimputável, gerando uma incompatibilidade no ordenamento jurídico.

Muito embora seja cediço que o Código Civil e o Penal são institutos completamente diferentes, cada um com regras próprias, porém, o que se esclarece aqui é que o agente incapaz, ora inimputável do Código Penal, é o mesmo indivíduo

capaz do Código Civil, o que de fato é juridicamente controverso e antes inexistente, gerando no mínimo uma incoerência entre tais institutos. Nesse íterim, o Código Penal Brasileiro segue inalterado, considerando as pessoas com doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado como inimputáveis, conforme discrimina o artigo 26 do CP e são, portanto, isentas de pena.

Ademais, embora não tenha sido modificado, o Código Penal sofreu reflexos das alterações promovidas pela Lei Nº 13.146/15, principalmente no que diz respeito ao estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A. O Código Penal, nesse aspecto, parte de uma presunção de vulnerabilidade da pessoa com deficiência, a qual colide com a garantia do art. 6º, II do Estatuto, qual seja, o direito a ter uma vida sexual e reprodutiva. Trazendo, por sua vez, insegurança jurídica para essas pessoas.

2.5 Tipificação penal dos crimes contra a pessoa com deficiência sob a égide da Lei Nº 13.146/2015

O artigo 88 da Lei Nº 13.146/2015 tipifica como crime a conduta: “Art. 88 Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência.” A sanção para quem comete referido ilícito penal é a pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa.

A pessoa com deficiência requer um olhar e uma assistência afetiva peculiar à sua condição. Gestos que por vezes não causam a mínima perturbação a uma pessoa pode ter dimensões catastróficas quando direcionadas à pessoa com deficiência. Considerando essa peculiaridade, o legislador categorizou como crime no artigo 88 da Lei Nº 13.146/2015 a prática de discriminação contra a pessoa com deficiência, impondo uma pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Assim, quando a pessoa com deficiência está sob o cuidado e responsabilidade de determinada pessoa, a sociedade chancela a confiança de que a referida pessoa será protetora da pessoa com deficiência contra qualquer ato que ofenda seus direitos fundamentais, principalmente tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vida. Acrescido à responsabilidade que o Estado lhe confere, ainda existe o fator de afetividade e confiança que a pessoa com deficiência deposita naquele que tem o encargo de protegê-la, causando uma série de traumas e distúrbios de ordem psicológica, razão pela qual o legislador erigiu a situação agravante prevista no § 1º da Lei Nº 13.146/2015.

Caso o crime seja cometido com a utilização de meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, a sanção penal aumenta para o intervalo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, conforme artigo transcrito abaixo:

Art. 88 (...)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza:

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

Além disso, o legislador, conferiu tipicidade não somente ao sujeito que pratica o ato de discriminação, mas também aquele que induz ou incita referido ato. Segundo Damásio de Jesus (2012), induzir é incitar, incutir, mover, levar. No induzimento, o sujeito faz penetrar na mente da vítima a ideia de autodestruição.

No artigo 89 da Lei Nº 13.146/2015, o legislador penaliza aquele criminoso que investe sua ambição contra o patrimônio da pessoa com deficiência. O patrimônio da pessoa com deficiência é de titularidade da mesma e aquele que desfalca ou se apropria de parcela ou integralidade desse patrimônio está praticando o crime tipificado no supracitado artigo. Vale frisar que não só os bens são protegidos, mas proventos, pensões, benefícios, remuneração ou qualquer tipo de renda (SANTOS, 2019).

Apesar dessas importantes conquistas para as pessoas com deficiência, inclusive com a tipificação de novos crimes que punem o preconceito contra pessoas com deficiência, entendemos que o Estatuto pecou em não alterar o Código Penal brasileiro. Primeiramente, porque a lei penal ainda contém expressões estigmatizantes e pejorativas, além de imprecisas, que destoam do espírito da Lei (EPD). Exemplo disso são as expressões “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” (art. 26) e “inválido” (arts. 135 e 244), encontradas no Código, quando a expressão correta a ser empregada, vez que encontra definição legal no Decreto n.º 3.298, de 1999, seria “pessoa com deficiência mental ou física”.

Um ponto mais sensível do Código Penal que não foi observado pelo legislador diz respeito aos crimes contra a dignidade sexual. De acordo com a reforma parcial realizada pela Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou a ser crime de estupro de vulnerável a prática de qualquer ato sexual com pessoa menor de 14 anos ou “alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato”, punido com 8 a 15 anos de reclusão (art. 217-A).

Com isso, as pessoas com deficiência mental foram consideradas vulneráveis, isto é, absolutamente incapazes de consentir com a prática de atos sexuais. Pelo Estatuto, no entanto, a deficiência, ainda que mental, não afeta a plena capacidade civil

da pessoa, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos (art. 6.º). Tal capacidade está assegurada desde antes pela Convenção, que foi assinada pelo Brasil ainda em 2007, antes da criação do tipo penal em questão.

É no mínimo curioso observar que, no mês de agosto de 2009, ao mesmo tempo em que se concedia status de Emenda Constitucional à Convenção, reconhecendo o exercício de direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência, criava-se o crime hediondo de estupro de vulnerável, impondo relevante incapacidade sobre tais pessoas. Esta inobservância pelo legislador, seja em 2009 ou 2015, cria relevante dificuldade aos operadores do direito, que precisam avaliar, caso a caso, quando uma pessoa com deficiência tem ou não o necessário discernimento para a prática de ato sexual, o que gera incerteza e insegurança jurídica, não apenas para os juízes, promotores e advogados, como para as próprias pessoas com deficiência e seus parceiros.

2.6 Outros dispositivos protetoriais voltados para a punição dos crimes contra a pessoa com deficiência

A Lei nº 7.853/89, de maneira peculiar, trouxe uma sistemática diferente daquela comumente empregada em outras leis definidoras de infrações penais, já que prevê a pena no caput do artigo, antes mesmo da definição da conduta delituosa, trazendo, em seu artigo 8º, a seguinte redação:

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:

I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;

II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;

III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;

IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência; (BRASIL, 1989)

Esses delitos podem ser classificados como formais, eis que independem de algum resultado para sua consumação. São também crimes dolosos, eis que não previsão para a modalidade culposa. No que se refere à tentativa, esta é admitida na grande maioria das condutas. A exceção fica por conta dos chamados crimes omissivos próprios, ou seja, aqueles que se consumam instantaneamente. É o caso, exemplificadamente, das condutas “deixar de prestar assistência – inciso IV”, “deixar de cumprir – inciso V” e “omitir dados – inciso VI”.

Finalmente, além das condutas previstas na Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, o Código Penal também elenca uma série de delitos cujas vítimas são pessoas com deficiência.

O primeiro deles está no capítulo “DAS LESÕES CORPORAIS”. Trata-se do § 11º, que remete ao § 9º, ambos do artigo 129:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

(...)

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

(...)

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, **a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.** (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006) (grifo nosso)

Nos CRIMES CONTRA A HONRA, os delitos estão assim dispostos:

Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

(...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

Disposições comuns

Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

(...)

IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003) (sem grifos no original) (BRASIL, 1989)

Além disso, o art. 8º, em seu inciso IV, constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro), anos e multa, recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa com deficiência.

As formas pelas quais o delito pode ser praticado consistem em recusar, retardar, ou dificultar a prestação de assistência médico-hospitalar a pessoa com deficiência em razão desta. Recusar é o ato de negar-se terminantemente a cumprir

com o dever imposto por lei, não é simplesmente um comportamento omissivo, mas desobediência a preceitos legais atinentes à função do agente e dos quais ele deve ter pleno conhecimento.

Retardar significa protelar, utilizar-se de delongas desnecessárias no cumprimento do dever jurídico de prestar assistência ao deficiente, ou seja, retarda sem necessidade, quem procrastina quando já estão presentes as mínimas condições de realização do atendimento exigido pelo caso concreto. Deixar de prestar assistência constitui-se na modalidade pela qual o agente comete o crime ao omitir-se de executar o dever de prestar assistência, considerando para tal atitude negativa, unicamente a deficiência da vítima (ARAÚJO, 2014)

Finalmente, impende salientar que o indivíduo com deficiências de qualquer modalidade - seja visual, auditiva, física ou mental - encontra-se em uma posição de grande vulnerabilidade em relação ao sem deficiência, sendo frequentemente marcante a assimetria das relações de poder na interação entre ambos. Tal assimetria de relação hierárquica é multiplicada, conforme a severidade de cada caso, sendo ampliada se a pessoa com deficiência pertencer a um outro grupo de risco, como por exemplo, se for mulher ou criança.

Em resumo, o trunfo do agressor, nestes casos, está na vulnerabilidade das pessoas com deficiência, que costumam apresentar déficits na capacidade de discernir seus direitos e as situações que são abusivas, desafiadoras de sua integridade física, moral e psicológica, em que os algozes podem, dessa maneira, estar em qualquer classe social, em qualquer raça/etnia, em qualquer profissão, participar de qualquer credo religioso, pertencer a qualquer partido político, a qualquer clube, muitos sendo considerados acima de qualquer suspeita.

Nas intervenções típicas com deficientes, para que o atendimento seja efetivo, é preciso conhecer suas necessidades especiais, considerando limitações e potencialidades. Isto implica na ciência dos diagnósticos dos sujeitos, por parte dos pesquisadores, dado a partir de um processo de observação das suas condutas e características.

Portanto, o conteúdo das discussões, tarefas, entrevistas ou atividades da intervenção precisa ser adaptado às condições especiais da população-alvo, para que o próprio participante tenha uma ação ativa no processo terapêutico. Nesta etapa, devem ser criadas soluções para minimizar limitações visuais, físicas ou mentais, assegurando a devida inclusão do indivíduo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas de apoio a pessoa com deficiência são uma realização da chamada igualdade material, que se traduz no jargão “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam”. Na seara criminal, é ainda mais urgente essa preocupação com a vulnerabilidade da vítima. As agravantes ou causas de aumento de pena refletem uma especial cautela para com as pessoas com deficiência.

Assim, direta ou indiretamente, a vulnerabilidade vai ingressando no Código Penal e exigindo um espaço para explorar sua dimensão. Muitas são as necessidades e fragilidades do homem que vão surgindo de acordo com a utilização da inteligência racional. Assim, o indivíduo é visto como um bem que deve ser conservado para a própria perpetuação da humanidade. As imperfeições fazem parte da natureza humana, mas se apresentam como obstáculos a serem superados. Do contrário, não se justifica a grandiosidade do ser humano. A sabedoria, a experiência, a solidariedade são atributos que se desenvolvem no homem justamente para buscar o aprimoramento de sua existência. A lei, em razão de seu espírito cogente, apresenta-se como um espaço hábil para o desenvolvimento das práticas que buscam a valorização do homem e sua realização na sociedade em que vive.

No dia 02 de janeiro de 2016 entrou em vigor, em todo o território nacional, o Estatuto das Pessoas com Deficiência. Entre diversos dispositivos destinados a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, tipificando crimes e promovendo uma revolução no regime da capacidade civil.

Em que pese reconhecer o valor e o calibre desse necessário e útil instrumento na luta das pessoas com deficiência pela realização dos seus direitos mais básicos, a tipificação, tal qual descrita pelo legislador, enseja dúvidas que devem ser solucionadas, especialmente no que se refere ao pleno exercício de sua dignidade humana, cidadania, direito à igualdade, segurança e proteção, tendo em vista seu estado de vulnerabilidade.

A alocação da dignidade da pessoa humana no âmago do sistema constitucional reflete um movimento vivido em todo o mundo diante dos horrores testemunhados na II Grande Guerra. Desde o fim do malsinado conflito, e após a consagração da ideia de dignidade humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, diversos instrumentos normativos de status constitucional ou supranacional expressamente assinalaram a dignidade humana como base essencial de qualquer ordem jurídica.

A mudança de paradigma constitucional, que passa a ter como vetores de interpretação a dignidade e a igualdade, acena com uma mudança de paradigma para o tratamento até então reservado às pessoas com deficiência. Abandona-se uma ideia de segregação ou mera incorporação dessas pessoas e passa-se a adotar um paradigma de inclusão. Uma noção nascida na década de 1980 que se mostra claramente na mudança do conceito de pessoa com deficiência, cambiando uma leitura exclusivamente médico-biológica por uma perspectiva que também inclui o elemento social.

Nesses termos é que se elabora Estatuto da Pessoa com Deficiência, revelando uma afirmação legislativa pela derrubada das mais diversas barreiras e atenção às necessidades especiais para assegurar a igualdade material, com vistas à inclusão e a possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Trata-se de uma das maiores conquistas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma lei ampla que trata da acessibilidade e da inclusão em diferentes aspectos da sociedade, além do fato de que, com a entrada em vigor da EPD, novos crimes foram introduzidos e penas foram majoradas, para aqueles que cometem agressões contra essa população tão indefesa.

Uma das suas novidades são as alterações na teoria da capacidade, onde a pessoa com deficiência deixou ser incapaz e passa a ter capacidade para praticar os atos na vida civil. Conseqüentemente, ocorreram alterações no instituto da tutela e curatela, onde a curatela passa a ser aplicada com expressa indicação de um Juiz, em determinadas situações (atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial), que o curatelado será assistido pelo seu curador. A curatela passa ter caráter extraordinário, e durará o menor tempo possível.

Nesse sentido, o presente trabalho discorreu sobre os princípios constitucionais que norteiam a pessoa com deficiência e a plena efetividade do Estatuto da Pessoa com Deficiência, concluindo que o referido dispositivo foi um grande avanço, mas, por ser uma lei relativamente nova, ainda nova gera críticas de diversos aspectos na sua aplicação, suscitando uma busca contínua pela criação de uma cultura de inclusão eficaz, no intuito de derrubar barreiras que ainda existem.

Finalmente, pensar toda diversidade humana, humanizar e universalizar serviços são os grandes desafios que nos impõe este início de um novo milênio, de maneira que Todas as pessoas com deficiência devem ter acesso ao tratamento, à informação sobre técnicas de autoajuda e, se necessário, à provisão de tecnologias assistivas e apropriadas. Cada pessoa com deficiência e cada família que tenha uma pessoa com deficiência devem receber os serviços de reabilitação necessários à otimização de seu

bem-estar mental, físico e funcional, assim assegurando a capacidade dessas pessoas para administrarem sua vida com independência, como o fazem quaisquer outros cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Lucas Costa. **Pessoa com deficiência: inclusão e acessibilidade na sociedade contemporânea**. V. 12. N. 1. Legis: Rio de Janeiro, 2019.

ARAÚJO, Josemar Figueiredo. **A justa causa nos crimes de preconceito contra pessoas com deficiência**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3941, 16 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27759>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. Brasil para Todos. **O Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil**. 2016. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/noticias/exposicao-para-todos>. Acesso em: 3 abr. 2021.

DIAS, Ana Paula Veronica. **Da prescrição contra incapazes sobre a ótica do Estatuto da pessoa com deficiência: análise da permanência ou revogação do benefício após o advento do Estatuto** / Ana Paula Verônica Dias. - Sousa: [s.n], 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014.

GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade.** (2014). Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/wp->. Acesso em: 02 abr. 2021.

JESUS, Damásio de Jesus. **Curso de Direito Penal**, vol. 2. 35ª Edição – 2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. **A Pessoa com Deficiência e o Direito ao Trabalho.** Tese (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil Parte Geral.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINHEIRO, Anderson Tadeu; LOCATELI, Claudia Cinara. **Curatela: a humanização promovida pelo estatuto da pessoa com deficiência.**

SANTOS, Marcílio Marcelo Leão. **Dos crimes contra as pessoas deficientes sob a ótica da Lei 13.146/2015.** Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78556/dos-crimes-contra-as-pessoas-deficientes-sob-a-otica-da-lei-13-146-2015>. Acesso em: 06 abr. 2021.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 10. ed. São Paulo: Método, 2013.

YARAIA, Nathalia Ghiraldelo; DESTRO, Carla Roberta Ferreira. A jornada histórica da pessoa com deficiência: a importância da Declaração Universal de 1948. ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - ISSN 21-76-8498. v. 14, n. 14 (2018) Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/6973/67646937>. Acesso em: 08 abr. 2021.

COMERCIALIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS ENTRE EMPRESAS PRIVADAS APÓS A IMPLEMENTAÇÃO DA LGPD (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS)

ARTHUR SOUSA MARX PRATES:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Una Betim - MG (Grupo Ânima Educação)

TULLYO GABRIEL GONTIJO PEREIRA⁵⁰

(coautor)

WAGNER FELIPE MACEDO VILACA⁵¹

(orientador)

RESUMO: O artigo em questão tem como pretensão averiguar a comercialização de dados entre empresas privadas após a implementação da LGPD, bem como suas consequências e responsabilidades oriundas destas práticas, e ainda, sua fiscalização e sanções que poderão ocorrer em caso de descumprimento.

PALAVRA-CHAVE: LGPD, comercialização de dados, consequências, responsabilidade civil, fiscalizações e sanções.

ABSTRACT: The article in question is intended to ascertain the commercialization of data between private companies after the implementation of the LGPD, as well as its consequences and responsibilities arising from these practices, as well as its inspection and sanctions that may occur in case of non-compliance.

KEYWORDS: LGPD, data exchange, consequences, civil liability, inspections and sanctions

SÚMARIO: **1.** Introdução. **2.** A LGPD. **2.1.** Os possíveis impactos sociais com a implementação da LGPD, no século da tecnologia. **3.** O trânsito de informações pessoais sem consentimento expresso do titular. **3.1.** A comercialização de informações entre empresas privadas e as empresas especializadas na gestão de bancos de dados. **3.2.** Das consequências oriundas desta prática. **4.** Da responsabilidade civil pelo tratamento de dados. **5.** Do órgão fiscalizador destas

50 Coautor: Graduando em Direito pelo Centro Universitário Una Betim.

51 Orientador: Mestre em direito. Professor de Direito do Centro Universitário Una

irregularidades. **5.1.** Sanções administrativas aplicadas em face a essa comercialização. **6.** Considerações finais. **7.** Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Na década de 60, durante a guerra fria, surge nos Estados Unidos, a partir de uma rede de informações militares que interliga centros de comando e de pesquisa bélica – a internet, um dos maiores marcos históricos dos últimos séculos. Nos anos 70, começa a ser utilizada pela comunidade acadêmica mundial, e em 1975, são feitas as primeiras ligações internacionais. Na década de 1980 e o início dos anos 90, a rede é aperfeiçoada e começam a aparecer os serviços que dão à Internet sua feição atual.

A internet chegou ao Brasil em 1981 e só a partir 1994 se desloca da academia e começa a ser testada por alguns usuários. Em maio de 1995, o serviço se torna definitivo no país e o Ministério das Comunicações decide pela exploração comercial, o que torna o produto uma tendência no país e a populariza. A internet passou a ser fundamental no dia a dia das pessoas e das empresas, que começaram um processo de digitalização muito forte.

A Internet conta com vários mecanismos de busca que catalogam os sites e realizam pesquisa na rede, a partir de uma palavra-chave fornecida pelo usuário. Representa uma tendência de produção de informação nas mãos de grandes grupos de comunicação, contribui para a pluralização da produção de informações dando, potencialmente, a grupos menores e a indivíduos isolados as mesmas condições técnicas de produzir mensagens e atingir o mesmo público potencial. Com o crescimento súbito da internet, ocorre uma grande proliferação de sites, chats, redes sociais — orkut, facebook, msn, twitter —, tornando a internet uma rede ou teia global de computadores conectados aproximando pessoas, culturas, mundos e informações. Hoje em dia, a Internet é utilizada mundialmente como ferramenta de trabalho, diversão, comunicação, educação, informação. Saiu-se de um mundo físico e criou-se um mundo “paralelo” em que permanecemos conectados o tempo todo.

Todo acesso realizado via equipamentos digitais consegue facilmente criar várias espécies de registros, gerando desta forma um imenso histórico de informações, bancos de dados pessoais, podendo ser acessado prontamente por outro usuário tudo que pesquisamos, acessamos, compartilhamos e/ou compramos.

Uma das dúvidas mais frequentes sobre a Internet é: quem controla seu funcionamento? É inconcebível para a maioria das pessoas que nenhum grupo ou

organização controle essa ampla rede mundial. A verdade é que não há nenhum gerenciamento centralizado para a Internet. Pelo contrário, é uma reunião de milhares de redes e organizações individuais, cada uma delas é administrada e sustentada por seu próprio usuário que colabora com outras redes para dirigir o tráfego da Internet, de modo que as informações possam percorrê-las. Juntas, todas essas redes e organizações formam o mundo conectado da Internet.

Trata-se de avanço tecnológico jamais visto e inovador a cada dia, o que gerou uma instabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois os avanços foram tão intensos que as leis até então criadas não estavam preparadas para proteger os usuários de todos os males oriundos destas práticas, tais como: a disponibilização de dados caracterizados como sigilosos e o uso indevido desses.

Assim, tornou-se comum o vazamento de informações pessoais para empresas, bem como a comercialização de dados entre grandes empresas. Essas empresas (detentoras dessas informações filtradas e armazenadas) passaram a compartilhar e comercializar esses dados entre outras empresas. Esse tráfego e/ou filtragem de informações "facilitou" a oferta de produtos de consumo. Com o perfil adequado a cada consumidor, as empresas conseguem acessar através dos sites, de maneira mais fácil, os consumidores de seus produtos.

Com a avalanche de ofertas de vendas de serviços e produtos, e se sentindo invadidos, ameaçados e expropriados, diversas pessoas iniciam um movimento de impetrar ações e mandados de segurança sem que houvesse no ordenamento jurídico, leis que subsidiassem as decisões nos tribunais brasileiros.

Como tentativa de conter esta instabilidade jurídica, em 14 de agosto de 2018, foi sancionada pelo então Presidente, Michel Miguel Elias Temer Lulia, a Lei n.º 13.709/2018, denominada como LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), que tem como principal objetivo, a regulamentação do uso, a proteção e transferência de dados pessoais no território brasileiro.

Este artigo em questão, pretende estabelecer os principais pontos afetados e combatidos pela LGPD, a forma de responsabilização em casos de descumprimento das leis impostas, o órgão fiscalizador destas irregularidades e as sanções aplicadas.

2. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A discussão acerca da exigência de uma lei brasileira que viesse garantir a segurança dos usuários da rede e que possibilitasse a proteção dos dados pessoais dos usuários contra invasores iniciou-se com a publicação de um artigo, pelo autor Ronaldo Lemos, professor da Fundação Getúlio Vargas, Doutor pela Universidade de São Paulo e especialista na área de tecnologia, que em 2007 já apontava a necessidade de regulamentação da utilização da internet.

Buscando conter o aumento desenfreado das práticas ilícitas no mundo digital, e estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no país, em 2009 o Ministério da Justiça, através da plataforma CulturaDigital.br, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade e com a Fundação Getúlio Vargas, iniciou um amplo debate público objetivando construir um documento de regulação, que veio a se tornar o que muitos denominaram como a **“Constituição da Internet”**.

Com a contribuição da sociedade civil organizada, comunidade empresarial, representantes das áreas técnica e acadêmica e cidadãos comuns interessados no tema, o anteprojeto de Lei foi construído de forma inovadora dado que com adoção da plataforma digital, permitia a interação entre os participantes, garantindo que cada contribuição fosse vista e comentada pelos demais usuários engajados no debate, garantindo uma melhor sistematização do texto pelo governo.

Na sociedade atual, mergulhada no âmbito digital, é possível considerar que a personalidade e cidadania da pessoa humana também são moldadas pelo uso da internet: por esse meio a pessoa se expressa, busca informações, se relaciona. O ambiente virtual, tanto quanto o real, deve se submeter à proteção dos direitos humanos, de modo mais abrangente possível, respeitando o princípio do não retrocesso.

Diante disso, em 23 de abril de 2014 foi sancionada pela então presidente, Dilma Vana Rousseff, a lei n.º 12.965, mais conhecida como Marco Civil da Internet, estabelecendo diretrizes para o uso da internet no Brasil – princípios, garantias, direitos e deveres. Porém, embora muito atual e inovadora, a lei apresentava insuficiências de cunho jurídico, conforme análise de diversos juristas, entre eles Eduardo Tomasevicius Filho, professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, assesta diversas críticas a Lei:

Embora o Marco Civil da Internet tenha sido bastante festejado por ser a primeira lei do mundo a disciplinar os direitos e deveres dos usuários da rede, não se perceberão mudanças substanciais,

uma vez que esta não acrescentou praticamente nada à legislação vigente. (TOMASEVICIUS, 2016)¹

No bojo dessas discussões e a partir do sentimento de inconsistência na aplicação das leis que envolviam o mundo cibernético em todo território brasileiro e considerando a criação da GDPR (*General Data Protection Regulation*), em 2016, na União Europeia, na qual regulamenta sobre a privacidade e proteção de dados pessoais, aplicáveis a todos os indivíduos, foi sancionada em nosso ordenamento jurídico a Lei n.º 13.709/2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Oriunda do PLC (Projeto de Lei Complementar) n.º 53/2018, a LGPD foi aprovada por unanimidade e em regime de urgência pelo Plenário do Senado. Ela dispõe acerca do tratamento de dados pessoais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público, ou privado. Tendo como princípio norteador a proteção dos direitos fundamentais, incluindo a privacidade, liberdade de expressão, informação, comunicação, inviolabilidade da intimidade da imagem e honra, a livre iniciativa, concorrência e defesa dos direitos dos consumidores.

No que diz respeito à *vacatio legis*, ou seja, o prazo legal para que entre em vigor determinadas normas, inicialmente, seria apenas de 18 meses após sua publicação, ocorrida em 14 de agosto de 2018. Porém, várias alterações foram apresentadas e realizadas através da MP (Medida Provisória) n.º 869/2018. Diante desse trâmite, o prazo foi prolongado para 24 meses após a criação da lei. Em decorrência do surgimento da doença respiratória, denominada como Novo Coronavírus no qual afetou diretamente o Brasil, foi prorrogado novamente. Através da MP n.º 959/2020, houve a ampliação para 3 de maio de 2021, o prazo para que a lei possa entregar em vigor.

No que se refere às aplicações de sanções administrativas da LGPD, começará seus efeitos a partir de 1 de agosto de 2021. Sendo destinada à fiscalização da referida lei à criação da ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados), um órgão da administração pública direta federal do Brasil, que foi recentemente aprovada sua estrutura regimental, através do Decreto n.º 10.474/2020, em 26 de agosto de 2020.

Em síntese, a Lei n.º 13.709/2018 busca a redução dos elevados números de práticas antijurídicas de comercialização de dados praticados no Brasil sem o

consentimento expresso do titular, impondo medidas que visam a proteção da individualidade, a proteção dos dados pessoais de cunho pessoal, bem como estabelecendo sanções ao descumprimento das normas impostas para o gerenciamento desses referidos dados.

2.1. OS POSSÍVEIS IMPACTOS SOCIAIS COM A IMPLEMENTAÇÃO DA LGPD, NO SÉCULO DA TECNOLOGIA.

Assim como todo instrumento implementado no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n.º 13.709/2018 causa diversas consequências no cotidiano de todos os cidadãos, porém impactos necessários e que têm em vista melhorias e garantias antes não proporcionadas, tendo como virtude suprir lacunas não observadas na lei anterior.

Criada no sentido de modificar o cenário da coleta e tratamento de dados no país, a lei busca também a garantia de princípios fundamentais em nossa Constituição Federal de 1988, tais como: à segurança jurídica, pois irá expressar as pessoas por ela afetadas o conhecimento das consequências dos atos praticados de forma indevida, bem como o princípio à propriedade, tendo em consideração a lei possuir tais garantias de que os dados são de caráter pessoal, sendo garantido ao titular o não fornecimento para outras empresas de forma indevida.

Pode-se dizer que ocorrerá um impacto tão grande quanto a implementação do Código de Defesa do Consumidor ao ser criado na década de 1990, pois a LGPD irá resultar em mais autonomia e equilíbrio entre o titular dos dados e as grandes empresas que os retêm, dando-lhes “poderes” para controlar todos os seus dados armazenados dentro de uma determinada empresa.

3. O TRÂNSITO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS SEM CONSENTIMENTO EXPRESSO DO TITULAR.

No momento de compra de um produto ou no preenchimento de cadastro em uma empresa, ou em um site, o consumidor fornece várias categorias de informações para ocorrer sua aprovação. Dados que nem sempre são úteis para aquisição do determinado produto almejado pelo cliente, porém necessários para a continuação de seu cadastro.

Em razão disso, no decorrer dos últimos anos o número de vendas e vazamentos de informações pessoais sem o consentimento expresso do titular teve um salto

imenso. Segundo pesquisa publicada em 2019, pelo Instituto Ponemon⁵², o qual possui o caráter de pesquisa preeminente dedicado à privacidade, proteção de dados e política de segurança da informação, aponta que cerca de 63% desses vazamentos no Brasil ocorre em empresas de pequeno porte, onde não ocorre a fiscalização necessária e nem o tratamento devido aos dados.

A criação da LGPD vem regular e frear este aumento considerável de venda e vazamento de informações pessoais, sendo assegurado ao dono dos dados a autorização ou não para o tratamento de seus dados, havendo possibilidade apenas em casos de cumprimento de obrigação legal ou regulatória por parte do possuidor, o tratamento de forma independente, ou seja, apenas nesta hipótese apresentada acima poderá ocorrer o tratamento sem o aval do proprietário dos dados.

Ressalta-se que LGPD usa nomenclaturas para os determinados agentes dos dados, sendo o agente que detém os dados, denominado de controlador, podendo ser pessoa natural ou jurídica de direito público, ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, já o operador é aquele que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador, por último, denominado como encarregado mais conhecido como DPO (*Data Protection Officer*) é a pessoa que atua como canal de comunicação entre o controlador, os titulares de dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

3.1. A COMERCIALIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES ENTRE EMPRESAS PRIVADAS E AS EMPRESAS ESPECIALIZADAS NA GESTÃO DE BANCOS DE DADOS.

Primeiramente, devemos caracterizar o que consiste em empresas especializadas na gestão de bancos de dados. São empresas portadoras de grandes informações pessoais de vários cidadãos do país, que vendem estas informações para o benefício de empresas maiores, cujo objeto é a filtragem destes dados relacionados para possíveis compradores de seus produtos.

Geralmente a obtenção destas informações pessoais é feita na própria internet através de robôs que conseguem capturar as informações das pessoas, muitas vezes até com a conjugação desses dados como: nome da mãe, identidade, CPF, renda,

⁵² Criada em 2002, com sede em Traverse City, Michigan, EUA. A empresa Ponemon Institute é considerada o centro de pesquisa preeminente dedicado à privacidade, proteção de dados e política de segurança da informação.

endereço, patrimônio, dentre várias outras categorias de informações pessoais. Essas capturas frequentemente se dão no momento de cadastramento ou compra de um bem, e para que ocorra todos os trâmites desta compra, deverá o consumidor colocar todos os dados exigidos pelas empresas, sendo que o não fornecimento dos dados poderá ensejar a não aprovação.

Provavelmente em algum momento você já teve a sensação de estar sendo vigiado pelo próprio telefone, computador ou outro meio acessível à internet, momento este que misteriosamente aparece algum anúncio ou ligações de empresas ofertando produtos que provavelmente você esteja necessitando.

Diversas empresas com intuito malicioso buscam no mundo cibernético, brechas para captar essas informações que não possuem a devida fiscalização e segurança, e após a captação, as referidas empresas usam deste meio de forma lucrativa.

Esta prática é tida por muitos comerciantes como facilitadora de captura de clientes, tendo o consumidor de seu produto facilmente identificando dentro milhares de pessoas, porém está diretamente ligada com a violabilidade do princípio da inviolabilidade, previsto na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Em vista dessa violabilidade de princípio constitucional, podemos citar, a propósito, a alusão de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2002, p. 808)²

Diante disso, observa-se que os princípios elencados pela Constituição Federal servem como garantia de um conjunto de normas e, em caso de seu descumprimento ou ferimento, pode vir a acarretar em uma imensa instabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Após a criação da LGPD, diversas empresas de prontidão já tencionaram a captar e reajustar-se às medidas impostas em lei, de modo a retificar procedimentos que possam a vir ferir essas determinações, conforme aponta a pesquisa realizada pela Protiviti⁵³, empresa que proporciona auditoria de risco e tecnologia, aponta que entre abril e setembro de 2020, o número de empresas que estavam preparadas para defrontar com aplicação da lei subiu para 24%, uma evolução de 8% em relação aos meses de outubro de 2019 e março de 2020.

Porém, ainda, segundo a mesma pesquisa supramencionada, o número de empresas que ainda não estão preparadas para a aplicação da LGPD é grande, cerca de 82% das empresas possuem dificuldades em relação à sua adequação.

3.2. DAS CONSEQUÊNCIAS ORIUNDAS DESTA PRÁTICA.

Existem inúmeros riscos em relação ao fornecimento de dados, principalmente quando se trata de dados pessoais que são fornecidos em sua maioria ao adquirir uma determinada categoria de serviço sendo ele virtual ou presencial.

O tratamento incorreto desses dados pode sujeitar-se a ataque de *Hackers*, tendo como consequência a coleta de todos os dados pessoais que possuem referentes a seus clientes resultando assim em vazamentos, compras ou vendas ilegais de dados. Dessa forma, os consumidores ficam desamparados acerca do controle de seus dados, pois não sabem ao certo quem os detém.

Outra consequência oriunda dessa prática é o acesso aos dados sensíveis, ou seja, aqueles que expõem mais as pessoas. São dados relacionados a aspectos íntimos do cliente, como opinião política, filiação, religião, opção sexual e dados biométricos.

O risco do vazamento ou venda indevida desses dados torna-se cada vez mais perigoso, tendo em vista a facilidade e praticidade da tecnologia do mundo atual, onde apenas com dados simples conseguimos efetuar diversas compras ou cadastros em diversos sites eletrônicos.

Recentemente, em janeiro de 2021, houve uma enorme vazão de cerca de 223 milhões de dados pessoais de diversos brasileiros, onde foi noticiado por vários meios

⁵³ Criada em 2002, com sede em Menlo Park, Califórnia, EUA. A empresa Protiviti fornece consultoria em auditoria interna, risco e conformidade, tecnologia, processos de negócios, análise de dados e finanças.

de comunicações jornalísticas, sendo que a maioria destes dados se compreende em: nomes completos, números de telefones, sexo, data de nascimento e diversas outras informações de caráter pessoal.

Desta forma, observa-se que diante apenas desta prática mencionada acima há vários meios de prejudicar o proprietário desses dados, podendo ser efetuadas ligações de cobranças indevidas para obter vantagens financeiras, ou até mesmo delitos de extorsão.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO TRATAMENTO DE DADOS.

No direito civil, fala-se bastante acerca da responsabilização dos atos praticados que possam vir a causar danos a outrem. O mau tratamento destes dados ou até mesmo o vazamento e sua comercialização de forma ilícita poderá acarretar inúmeras consequências.

Antes de adentrar-se na responsabilidade civil na esfera da LGPD, devemos conceituar do que se trata em âmbito geral. Para Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). (DINIZ, 2017, p. 34)³

Diante deste breve resumo, observamos que a responsabilidade civil subdivide em dois conceitos. A subjetiva está prevista no art. 927, caput, do Código Civil, e respectivamente estará sujeito ao reparo, aquele que causar dano oriundo de ato ilícito, ou seja, na subjetiva podemos observar o ato de culpa presente, sendo necessária também a conduta, dano, nexos causal. Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves disserta:

Diz-se, pois, ser 'subjetiva' a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2003, p. 28)⁴

No que se refere acerca da responsabilidade civil objetiva, está prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, distinguindo-se da subjetiva pelo fato de não possuir o elemento culpa para sua concretização, necessitando apenas dos elementos de conduta, dano e nexa causal. Neste sentido, Sílvio Rodrigues versa:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente. (RODRIGUES, 2002, p. 10)5

A LGPD traz consigo uma seção inteira para discussão dessa responsabilidade oriunda da má gestão de tratamento de dados. A Seção III, que vai do art. 42 ao art. 45, leva ao debate de qual responsabilidade é adotada pela lei, objetiva ou subjetiva. O legislador em sua elaboração não deixou de forma clara qual seria a categoria da responsabilidade a ser aplicada.

Desta forma, devemos analisar e interpretar a norma jurídica em seu todo. Observa-se que em casos de responsabilidade civil objetiva, o legislador fundamenta na própria escrita da lei, como acontece no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, dispõe que: "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa (...)", ou seja, sempre que está modalidade de responsabilidade for trazida em questão ela deverá estar prevista em lei.

Visto isso, conclui-se que a modalidade de responsabilidade civil adotada pelo legislador no momento de sua elaboração concerne a subjetiva, considerando que não se nota de forma clara e visível no texto da lei essa sujeição e apontamentos citamos acima, desta forma, deverá haver na maioria das vezes, mas, nem sempre, o ato de culpa praticado pelo agente de tratamento dos dados, para ocorrer sua responsabilização.

Após averiguada a possibilidade de responsabilização, o §2º do art. 42 da LGPD, estabelece a possibilidade de inversão do ônus da prova a favor do titular dos dados, devendo haver comprovado a hipossuficiência ou desde que a produção de prova pelo titular resulte excessivamente onerosa. A modalidade adota pelo legislador tem por finalidade a mesma aplicada no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, VII.

O legislador trouxe também a possibilidade de ação coletiva oriunda de danos coletivos em seu § 3º do art. 42. Anteriormente, trouxemos a informação de que recentemente houve uma enorme vazão de dados pessoais, casos como estes poderão ocorrer a famosa ação coletiva, pelo fato de ferir direito coletivo, bem como possuir um imenso impacto social, servindo além do ressarcimento dos danos causados, como também uma maneira de coibir estes atos ilícitos.

5. DO ÓRGÃO FISCALIZADOR DESTAS IRREGULARIDADES.

Assim como determinados seguimentos no ordenamento jurídico possuem órgãos fiscalizadores, a LGPD também possui. Desenvolvida recentemente, a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais) foi criada pela Medida Provisória n.º 869 em 27 de dezembro de 2018 e posteriormente transformada na Lei n.º 13.853, de 14 de agosto de 2019.

Em 26 de agosto de 2020 através do decreto de n.º 10.474 foi aprovada a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções de confiança da ANPD que entrou em vigor na data de publicação no Diário Oficial da União, em 6 de novembro de 2020, onde foi nomeado para o cargo “principal”, o de Diretor Presidente da ANPD, o engenheiro eletrônico, formado pelo Instituto Militar de Engenharia, Sr. Waldemar Gonçalves Ortunho Júnior, pelo mandado de 6 anos, e recentemente, em 6 de maio de 2021, foi autorizado o processo seletivo para os cargos do referido órgão, sendo necessário ser servidor da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

Ressalta-se, ainda, que a ANPD é órgão federal criado pela própria LGPD com competências para tomar decisões autônomas sobre a regulação, incluindo aplicação de sanções às pessoas que não as cumprir.

5.1. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICADAS EM FACE A ESSA COMERCIALIZAÇÃO.

Ainda que a LGPD já tenha sido criada, as sanções para os órgãos, entidades e as empresas que tratam dados pessoais serão aplicadas somente em agosto de 2021 devido ao adiamento ocorrido em janeiro de 2021, em vista da pandemia do Novo Coronavírus.

Com o adiamento das sanções as empresas tiveram esse prazo de vacância para se preparar e adequarem a forma de tratamento dos dados pessoais que possuem

armazenados em seus bancos de dados. Em caso de descumprimento da LGPD a partir de agosto de 2021 as empresas sofrerão sanções rígidas podendo ser onerosas.

As sanções administrativas podem variar de acordo com a infração ocasionada pela empresa, em caso de vazamento de dados e informações pessoais, ainda que acidental haverá punição. O capítulo XVIII da LGPD traz em seus arts. 52 ao 54 as sanções administrativas em virtude de infrações, sendo elas: advertência com a indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; multa simples de até 2% do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração causada; multa diária, respeitado o limite do art. 52, II, da LGPD; publicitação da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência, bloqueio e eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de seis meses, podendo ser prorrogado por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; suspensão do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de seis meses, podendo ser prorrogado por igual período; e proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

As sanções só serão aplicadas após o processo administrativo, dando a oportunidade de ampla defesa. Dessa forma, a ANPD deverá editar um regulamento sobre sanções administrativas, que deve ser objeto de consulta pública. A aplicação de sanções requer ainda apreciação e ponderação de diversas circunstâncias, visando o equilíbrio de sua aplicação para os infratores.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente artigo propôs a elaboração de pesquisa avançada acerca da comercialização de dados pessoais de forma ilegal entre empresas privadas no Brasil, aos moldes da criação da LGPD. Nota-se que no decorrer dos últimos anos houve um enorme índice comercialização e vazamentos destes dados, causando a violabilidade da privacidade de seus titulares.

Diante disso, ao cunho de incertezas jurídicas de tratamentos de dados, surge em 2018 a criação da Lei n.º 13.709, mais conhecida como LGPD, que visa a estabilidade dos direitos de seus titulares.

Consequentemente, após a criação da lei, as empresas tiveram que recorrer a estratégias para a adequação do tratamento correto dos dados pessoais, coagindo assim à comercialização e vazamento de forma ilegal, trazendo o direito de o titular acompanhar e exigir todas as informações pessoais que lhe couberem.

Salienta-se que os dados pessoais passarão por diversas etapas de tratamento nas empresas, trazendo então um controle mais eficaz e seguro. O presente artigo elucida as sanções que serão impostas às empresas infratoras que serão fiscalizadas por um órgão específico criando com o intuito de fiscalizar e punir se necessário.

Portanto, observa-se que a implementação desta norma jurídica tem por si a pretensão de saciar este aumento desenfreado e, como visto acima suas sanções serão aplicadas somente a partir de agosto de 2021, perfazendo-se até lá a incerteza de sua aplicabilidade em face de seu descumprimento.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

SENADO NOTÍCIAS. Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor Fonte: Agência Senado. 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protECAo-de-dados-entra-em-vigor/#conteudoPrincipal>>. Acesso em: 10 maio 2021.

POLITIZE. Lei de Proteção de Dados: entenda em 13 pontos!. 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/lei-de-protECAo-de-dados/>>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Lei Federal n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 10 maio 2021.

CONGRESSO NACIONAL. Medida Provisória nº 959, de 2020. 2020. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141753>>. Acesso em: 10 maio 2021.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. L 119. 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2016:119:FULL&from=PT>>. Acesso em: 10 maio 2021.

PONEMON INSTITUTE. Advancing Responsible Information Management. 2020. Disponível em: <<https://www.ponemon.org/>>. Acesso em: 10 maio 2021.

TEC MUNDO. Brasil é o país mais propenso a sofrer vazamentos de dados em todo o mundo. 2020. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/seguranca/154520-brasil-pais-propenso-sofrer-vazamento-o-mundo.htm>>. Acesso em: 10 maio 2021.

G1. Megavazamento de dados de 223 milhões de brasileiros. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml>>. Acesso em: 10 maio 2021.

ESCOLA, Equipe Brasil. "Internet"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/informatica/internet.htm>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL ESCOLA. Internet, a história da Internet, surgimento da Internet, a Internet no Mundo, o que é internet, o surgimento da internet no Brasil, a internet no Brasil. [N.a.]. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/computacao/internet.htm>>. Acesso em: 10 maio 2021.

DIANA, Daniela. História da Internet. TodaMateria. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/historia-da-internet/>>. Acesso em: 10 maio 2021.

PENSANDO O DIREITO. TÍTULO. [N.a.]. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/a-importancia-do-marco-civil-e-seu-historico/>>. Acesso em: 10 maio 2021.

LEMOS, Ronaldo. Internet brasileira precisa de marco regulatório civil. Uol Notícias. 22 maio 2007. Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em: 10 maio 2021.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. 1990. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91585/codigo-de-defesa-do-consumidor-lei-8078-90>>. Acesso em: 10 maio 2021.

GOVERNO FEDERAL. Perguntas Frequentes - ANPD. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/novembro/201103-faq-anpd-2.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2021.

AARB. Pesquisa mostra aumento no número de empresas preparadas para a LGPD. 2020. Disponível em: <<https://www.aarb.org.br/pesquisa-mostra-aumento-no-numero-de-empresas-preparadas-para-a-lgpd/>>. Acesso em: 10 maio 2021.

GOVERNO FEDERAL. ANPD abre Processo seletivo para servidores da carreira EPPGG. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-abre-processo-seletivo-para-servidores-da-carreira-eppgg>>. Acesso em: 20 maio 2021.

ITCS PROTIVITI. 2020. Disponível em: <<https://lawinnovation.com.br/icts-protiviti-82-das-empresas-ainda-estao-despreparadas-para-cumprir-a-lgpd/>>. Acesso em: 7 maio 2021.

PONEMON INSTITUTE. 2020 Global PKI and IoT Trends Study. 2020. Disponível em: <<https://www.ponemon.org/research/ponemon-library/security/2020-global-pki-and-iot-trends-study.html>>. Acesso em: 5 maio 2021.

A IMPUTABILIDADE PENAL DO PSICOPATA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

GIOVANNA RAQUEL DE OLIVEIRA MATOS:

bacharelanda em Direito pela Instituição
Universitária Una Betim

SABRINA CAROLINE ARAÚJO DA SILVA

(coautora)

LUCAS CAMPOS DE ANDRADE SILVA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa investigar sobre a problemática da imputabilidade penal do psicopata no ordenamento jurídico brasileiro. Levando-se em consideração que esse grupo de indivíduos porta uma doença mental de difícil identificação, e que pode o tornar semi-imputável, inimputável ou não interferir em sua imputabilidade. A dificuldade nessa definição decorre de que os psicopatas não conseguem se arrepender dos crimes cometidos, deixando o ordenamento jurídico com uma incógnita, uma discussão em aberto sobre qual tratamento deve ser dispensado a esses indivíduos, uma vez que pela característica de sua doença se torna impossível inseri-lo em sociedade. Sendo assim, esse artigo tem como proposta mostrar qual o entendimento penal, deve-se ter de forma teórica a luz do artigo 26 parágrafo único do Código Penal. Ademais, apontando a pesquisa pela imputabilidade dos psicopatas, enfrentaremos também as dificuldades em lhe mensurar a pena, diante das dificuldades decorrentes da quase impossível neutralização deste indivíduo, com alta propensão a voltar a delinquir. Em decorrência do dito a penalidade a ser aplicada deve ser equiparada a gravidade do crime cometido, tendo ainda em vista esse problema de personalidade.

Palavras-chave: psicopatas, crimes contra a vida, código penal, reintegração social

ABSTRACT: This article aims to investigate the problem of criminal liability of psychopaths in the Brazilian legal system. Taking into account that this group of individuals carries a mental illness that is difficult to identify, and that can make it semi-imputable, unimputable or not interfere with its imputability. The difficulty in this definition stems from the fact that psychopaths are unable to repent of the crimes committed, leaving the legal system with an unknown, an open discussion about what treatment should be given to these individuals, since the characteristic of their disease

makes it impossible to insert them into society. Thus, this article proposes to show what the criminal understanding is, it should theoretically have the light of article 26, sole paragraph of the Penal Code. Furthermore, pointing to the research for the imputability of psychopaths, we will also face the difficulties in measuring the penalty, given the difficulties arising from the almost impossible neutralization of this individual, with a high propensity to return to offending. As a result of this, the penalty to be applied must be equated with the seriousness of the crime committed, also bearing in mind this personality problem.

Keywords: psychopaths, crimes against life, penal code, social reintegration

Sumário: Introdução. 1 Da psicopatia. 1.1 Dos sinais da psicopatia. 1.2 Da personalidade do psicopata no crime. 2 Da responsabilidade penal do executado. 2.1 Reintegração na sociedade. 2.2 Psicopatia no sistema penal. 3 Crimes relacionados a psicopatia no Brasil. 3.1 Serial Killer. 3.2 Maníaco de Contagem. 3.3 Vampiro de Niterói. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa expor e compreender como o judiciário brasileiro lida com a anomalia classificada como psicopatia e os crimes cometidos pelos agentes afetados por ela e trazer à tona a discussão sobre qual o rol de penalidade desses indivíduos. Sendo assim o escrito tem como objetivo principal em um primeiro momento delimitar as características dos psicopatas, uma vez que eles não possuem características físicas presentes, mas estudos mostram que há uma disfunção cerebral, que embora não afete a realidade, se extingue desses indivíduos os sentimentos humanos em especial de culpa e empatia, e apontar como o judiciário os sanciona uma vez que existe uma controvérsia.

Devido a esta característica de não sentimento de culpa o psicopata não possui indicativo de sanção, ou seja, ele não compreende a punição tornando ineficaz sua privação de liberdade, que tem como objetivo de reinserir o indivíduo na sociedade o que ocorre é que com o indicativo de arrependimento desses indivíduos anulados a possibilidade de eles cometerem os crimes novamente é muito alta, tornando a sociedade um alvo. Avaliando todos os lados fica o seguinte questionamento: Qual a melhor forma para se lidar com os psicopatas, a fim de preservar o bem-estar público? Sendo assim a discussão tenta compreender a aplicação da sanção em que são colocados a fim de evitar a reincidência, com o objetivo de preservar a vida da população como um todo.

Devido à grande controvérsia que o tema em questão apresenta onde nem mesmo o Supremo Tribunal Federal conseguiu fazer uma definição acerca do assunto.

Neste sentido, o aludido artigo vem por meio de pesquisas de autores apresentar dados que possam auxiliar o judiciário a chegar em uma conclusão a respeito do assunto, falando acerca da psicopatia de modo geral, até como eles se comportam, e acerca de como o código penal trata estes indivíduos.

1. DA PSICOPATIA

O psicopata é um indivíduo que sofre de uma disfunção comportamental, que gera nele um transtorno de personalidade, onde ele não sente nada com os outros, não existe compaixão, nem remorso, só existe a vontade dele. O transtorno de psicopatia atinge cerca de 1% a 3% da população mundial segundo Morana (2019), ela costuma ainda comparar a incidência de psicopatia com o vitiligo "Se você já viu no cinema, no teatro, no restaurante, alguém com vitiligo é a mesma chance de ter estado ao lado de um psicopata" (MORANA, 2019 p.1).

É muito difícil a identificação do psicopata no meio social, isso porque embora elas não sintam, eles tendem a fingir muitíssimo bem. As características mais marcantes dos psicopatas estão estruturadas na *Psychopathy Checklist-Revised* (PCL-R, 2004). Os psicopatas normalmente são muito gentis, charmosos, inteligentes, prestativos, e é assim que ele consegue mascarar sua verdadeira natureza fria e predatória, como dito por (DAYNES, FELLOWES, 2012). Os psicopatas não possuem personalidade e sentimentos próprios, como um bebê repete os padrões das pessoas a sua volta, e conseguem reproduzir com perfeição sentimentos como amor, respeito, empatia e culpa embora nada disso seja de fato verdade, pode-se dizer que eles vivem de forma ensaiada.

O psicopata e o sociopata embora semelhantes tem as suas diferenças que é exatamente nisso, o psicopata encanta e inspira confiança nas pessoas a sua volta, já o sociopata não é bom com experiências humanas, se fossemos fazer um comparativo o psicopata seria como astro da escola, enquanto o sociopata seria equiparado ao excluído, embora ambos possuam desejos internos semelhante.

O que faz o psicopata ser tão cativante e encantador é a capacidade de manipular pessoas eles são ótimos em usar pessoas para os seus objetivos e depois descartá-las, normalmente fazem as pessoas se sentirem culpadas por não fazer aquilo que eles querem, Morana (2019) comenta que se torna muito difícil negar as coisas para o psicopata, já que em primeiro momento ele é muito gentil. No entanto, quando algo lhes é negado eles podem se transformar e agir de forma agressiva, "Os psicopatas costumam ter reações violentas quando criticados ou frustrados" (DAYNES, FELLOWES, 2012, p.22). Os psicopatas são muito manipuladores e não raro são os casos em que se encontram em altos cargos como, (*Chief Executive*

Officer/Diretor Executivo) CEO de grandes empresas ou cargos políticos, alguns psicopatas podem vir a nunca delinquir diretamente falado, mas normalmente acabam de forma indireta com a vida das pessoas à sua volta.

Um indivíduo cruel que consegue manipular as pessoas e brincar com suas vidas e passar despercebido a luz do dia, como figura de excelente pessoa, normalmente vai ser essa a máscara do psicopata. Um acordo entre a psicologia e a psiquiatria é que os psicopatas, não possuem cura, todo e qualquer sentimento de culpa e remorso são milimetricamente articulados por eles para se safar de alguma situação, e eles muitas vezes se sentem excitados ao perceberem que estão assumindo o controle de alguma ação.

1.1 Dos Sinais Da Psicopatia

A psicopatia nasce com o indivíduo, então os padrões comportamentais destrutivos começam ainda na infância, de acordo com o site Senado Notícias (2010) psicopatia, sociopatia ou transtorno da personalidade antissocial é um comportamento caracterizado pelo padrão invasivo de desrespeito e violação que se inicia na infância ou no início da adolescência e continua na idade adulta, em tenra idade a criança com transtorno psicopata é aquela manipuladora, mentirosa, que costuma jogar os adultos uns contra os outros para conseguir algo que quer como um brinquedo, por exemplo mesmo na infância eles enxergam os outros como um meio pra alcançar o fim.

O indivíduo acometido pela psicopatia só recebe um diagnóstico claro com idade mínima de 18 anos e ainda tem que se ter um histórico de má conduta, antes de atingir idade mínima de 15 anos, de acordo com o Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5), manual de transtornos mentais feito pela associação americana de psiquiatria. Nota-se que há um nítido desrespeito pelas regras e bem-estar dos outros o veículo de informações (AGÊNCIA SENADO, 2010, p.1) diz que " há comportamentos específicos, tais como: agressão de pessoas e animais, destruição de propriedade e furto". Mostra-se um padrão claro de desrespeito e violação das regras tudo para o seu bel-prazer.

Quando o grau de psicopatia chega a um nível alto que esse passa a cometer vários assassinatos, esses ficam conhecidos como serials killers, segundo Silva (2019) Todo serial killer é um psicopata, mas nem todo psicopata é um serial killer. O termo psicopata ficou bastante disseminado na linguagem popular para qualquer pessoa que cometa um crime com um grau excessivo de violência, mas, na verdade existem cerca de apenas 3% de psicopatas em toda a população, há de se falar em um número ainda menor no meio de criminosos e assassinos.

Há indivíduos que possuem transtorno com comportamento semelhante ao da psicopatia. Indivíduos que apresentam sinais de psicopatia sob o efeito de drogas não são levados em consideração, já que segundo Silva (2014, p. 38) "psicopatas não apresentam nenhum tipo de desorientação, alucinação ou delírio" que é o que acontece quando o indivíduo está alterado com base de tóxicos. O diagnóstico dessa patologia é feito por um psiquiatra, seguindo os critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde (OMS), com base na classificação internacional de doença (CID)-10, e pelo Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM).

1.2 Da Personalidade Do Psicopata No Crime

Tendo como característica principal do psicopata o fato de eles possuírem um comportamento emocional e com base nas várias áreas de conhecimento esse desnível se daria como sendo um problema mental, no, entretanto na esfera médica, não é caracterizada como problema mental, onde o indivíduo não tem intenção ou sequer ciência do que está fazendo. Uma vez que os psicopatas são razão " o psicopata é plenamente capaz de compreender o caráter lícito e ilícitos dos atos que pratica e de dirigir suas ações" (TRINDADE, BEHEREGARAY, CUNEO 2009, p. 68).

Devido a este fato é demasiado importante que se mescle o conhecimento psicopatia no Direito, já que ambos estão ligados e não existe uma elaboração para distinta persona, sendo o único artigo em que se menciona doenças mentais o 26 do Código Penal (BRASIL, 1940), que fala acerca dos criminosos mentalmente instáveis no entanto, uma vez tendo o conhecimento de que os criminosos psicopatas se destacam de outros tipos de criminosos devido a sua personalidade perversa e cruel, entende-se necessária a criação de um dispositivo corretor especialmente para eles, tendo inclusive a intenção de afastamento dos outros presos devido a sua fácil habilidade de manipulação.

Sabe-se que o psicopata é cruel por sua personalidade ser insensível a dor de outrem, no crime não seria diferente, o psicopata que se torna assassino vai fazer aquilo que lhe der mais prazer, o ato violento sendo sangrento ou "limpo", ele busca dominar a vida de outros da forma mais perversa. Na grande maioria dos casos "as vítimas dos psicopatas vão ser pessoas ingênuas, gentis, enfim pessoas boas"(MORANA, 2019, p.3) principalmente pessoas manipuláveis, muitas vezes essas pessoas não percebem que estão sendo manipuladas, e quando percebem e tentam revidar podem de fato acabarem mortas. Segundo Morana o psicopata vai mostrar um lado cruel caso não tenham seus objetivos atendidos.

Portanto, o psicopata vai ser aquela pessoa super gentil e compreensiva inicialmente, mas na primeira coisa que não consegue da vítima transforma em uma

pessoa irreconhecível, que possivelmente vai fazer a vítima se sentir culpada. E quando encontrar alguém que não cair em suas manipulações vai descartar aquela pessoa e fazer os outros se virarem contra ela.

Os psicopatas são muito frios, insensíveis e metódicos são muito razão, o que dificulta por vezes o trabalho investigativo, já que eles têm tendência a deixar poucas pistas e ainda fingirem bem as emoções. A psicopatia sendo um desvio de caráter de acordo com (MORANA, 2019, p.3) "é ainda um grande desafio da psiquiatria". Dito isso se nota a frieza desse indivíduo, que vai se mostrar chocado em crimes que ele próprio cometeu, além de parecer sensível, devido sua alta manipulação ele vai se colocar como o injustiçado perante a sociedade, até inclusive inspirar compaixão de algumas pessoas.

Muitas vezes esses indivíduos vão despertar esse lado caótico na infância, devido a traumas sofridos que sem uma avaliação, um acompanhamento e uma dedicação por parte dos responsáveis, vai crescendo até atingir o pico de fúria assassina. Segundo (TEICHER, 2002, p.85)

[...] os efeitos do abuso infantil podem se manifestar de várias formas, em qualquer idade. Internamente, pode aparecer como depressão, ansiedade, pensamentos suicidas ou estresse pós-traumático; pode também expressar-se externamente como agressão, impulsividade, delinquência, hiperatividade ou abuso de substâncias. Podendo chegara uma condição psiquiátrica [...].

Sendo assim alguns psicopatas que vem de lares abusivos, além de possuírem a frieza já adquirida da personalidade psicopata, trazem consigo comportamentos destrutivos e cruéis aprendidos na infância, replicando esses em seus crimes na vida adulta, chegando a transformar esses crimes e essa crueldade em assassinato.

2. DA RESPONSABILIDADE PENAL DO EXECUTADO

Muito se discute sobre a responsabilidade penal do psicopata e como ele é visto diante do judiciário, uma vez que não existe de fato algo no código penal que individualize criminosos com essa patologia. Entretanto, falemos acerca da culpabilidade para que haja um maior conhecimento acerca da responsabilidade penal desses indivíduos, "A culpabilidade, enquanto estrutura do crime, é usualmente compreendida como a censurabilidade do autor do injusto, ou seja, o juízo de reprovação sobre aquele que praticou fato típico e antijurídico e poderia e deveria ter agido de acordo com o Direito" (JUNQUEIRA, 2020 p.1).

Existem três elementos que compõem a culpabilidade, que são consciência sobre a ilicitude dos fatos, exigibilidade de obediência ao direito e a imputabilidade. Consciência sobre a ilicitude do fato: "a potencial consciência da ilicitude é o elemento da culpabilidade que determinasó ser possível a punição do agente que, diante das condições fáticas na quais estava inserido, tinha a possibilidade de atingir o entendimento sobre o caráter criminoso da conduta que perpetrava" (PERTILLE,2015 p.1).

Por conseguinte, versa o artigo 21 do Código Penal: "o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço." (BRASIL, 1984, p.1). Onde versa que nenhum indivíduo pode ter como excludente de culpa o fato de não saber que aquele delito era desconhecido, porém ainda existe o erro de proibição que tem a capacidade de afastar a culpa do indivíduo ou atenuar a penano qual ele se enquadraria. Deste modo existem também três formas de erro de proibição: O erro de proibição direito, o erro de proibição indireto e o erro mandamental.

No erro de proibição direto, o agente tem convicção de que sua conduta não é proibitiva pelanorma. Portanto, o erro recai sobre a norma incriminadora da qual o agente não sabe que sua conduta é proibida. Erro de proibição indireto é aquele o agente tem a convicção de que está autorizado apraticar a conduta. Logo, o erro recai sobre a norma permissiva da qual o agente pensa que sua conduta é lícita, por estar amparada por alguma causa de justificação (BAIA, 2019, p.1).

Na primeira forma então o indivíduo se equivoca por não ter conhecimento sobre a matéria da lei, enquanto no segundo caso mesmo o indivíduo sabendo da lei e datipicidade do crime ele o faz por achar que é seu direito. Já o erro mandamental é quando o indivíduo por acreditar que não tem obrigação defazer, não o faz, por exemplo quando se é omissso em um acidente de trânsito onde setinha condições de prestar socorro. "A exigibilidade de obediência ao direito é quando o sujeito tinha possibilidade de nãocometer o crime" (GRECO, 2014, p. 411).

A imputabilidade é "Ação que atribui a alguém a responsabilidade de uma ação criminosa, baseando-se em provas e por falta de impedimento legal" (IMPUTABILIDADE- DICIONÁRIO ON-LINE, 2021). Logo, a imputabilidade penal é a capacidade que a pessoa tem de entender o ato que praticou, definido como crime, de entender o que está fazendo e de poder determinarse, de acordo com esse entendimento, será ou não legalmente punida. O verbo imputar significa atribuir a

responsabilidade assim, dizemos que a imputabilidade é a possibilidade de atribuir a um indivíduo a responsabilidade por uma infração. Segundo o artigo 26, do Código Penal para ser imputável o agente deve ter capacidade de entender a ilicitude do fato e de se orientar com base no saber o que é certo. Sendo assim o código penal adotou um critério para que seja computada a imputabilidade e vem a ser o biopsicológico, que é quando um agente é considerado imputável devido sua condição mental ao tempo do crime e esse fato o impede de entender o ilícito do ato (CUNHA, 2018).

Como dito, comprovado no judiciário que o indivíduo não tinha capacidade mental de cometer o ilícito ele responderia de acordo com o artigo 26 de Código Penal, que tem o objetivo “art. 26- É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL, 1940 p.1). O Código Penal então prevê um tratamento para esses indivíduos, a fim de que ele obtenha a cura, e mesmo em caso de doença incurável apto para conviver em sociedade e não volte a delinquir.

A medida de segurança é feita em local específico e só acaba quando o indivíduo está pronto para o convívio em sociedade. O referido artigo não se aplica aos psicopatas uma vez que como já dito eles entendem perfeitamente o caráter ilícito de suas ações, de acordo com Silva (2014) esses indivíduos são incapazes de estabelecer vínculo de culpa ou de remorso e tendem a demonstrar agressividade, segundo a mesma autora esses indivíduos saem literalmente a caça e usam de seu convívio com a sociedade como uma camuflagem social.

2.1 Reintegração Na Sociedade

A psicopatia não possui tratamento com o objetivo de cura patológica, uma vez que não há tratamento que faça com esses indivíduos criem empatia pelo próximo, e nem medicamentos para tal coisa, sendo assim todas as formas de tratamento são ineficazes, segundo (HARE, 2013 p.9) “nada se agrega com o tratamento desta condição”.

O Código Penal brasileiro trabalha com a reintegração do indivíduo delituoso na sociedade, tendo como base a prisão com caráter corretivo, onde o agente paga pelos seus crimes e depois é solto em sociedade, para que tenha uma nova chance, porém contrário a isso o indivíduo criminoso psicopata não vai se arrepender. Sendo assim o judiciário acaba que deixando esses indivíduos, esquecidos uma vez que não existe um artigo específico a eles para no código penal, o mais próximo seria o artigo 26 do CP que ainda assim não os encaixa, bem judiciário fica de mãos atadas quando se depara com um delinquente com essa patologia.

Não há evidências de que possam existir métodos curativos de cunho psiquiátrico com eficiência real na redução da violência ou criminalidade contra psicopatas. Estudos apontam que eles desestruturam as próprias instituições de terapia, burlam as normas de disciplinas, contribuindo para si mesmo, aotirarem proveito de tal desestruturação (TRINDADE 2012, p.176-177).

Ou seja, esses indivíduos percebendo os pontos fracos do judiciário ainda tem a capacidade de dissimular para que de alguma forma consigam sair livres, motivo pelo qual a medida de segurança não seria de forma alguma eficaz, visto a capacidade de convencimento que eles possuem. "Estudos revelam que a taxa de reincidência criminaldos psicopatas é cerca de duas vezes maior que a dos demais criminosos. E quando setrata de crimes associados à violência, a reincidência cresce para três vezes mais" (SILVA, 2010, p. 153).

Esse fato acontece porque os psicopatas gostam de sentir que estão no controle, principalmente sobre a vida de outra pessoa então uma vez que eles são libertados de seus cárceres ele busca a sensação de novo, e não raro eles cometem essa infração inúmeras vezes antes de serem pegos. Sendo assim se faz verificar que embora seja controverso o artigo 26 no Código Penal se torna ineficaz, já que o psicopata não possui oprincipal requisito que é não ter ciência do crime e de sua gravidade, ou seja embora comuma anomalia mental ele ainda sim é considerado imputável. Essa não reintegração deles na comunidade é inclusive caráter protetivo da população, já que normalmente esses indivíduos têm personalidades diretamente conectadas com assassinos seriais, sendo inclusive todos os seriais psicopatas sendo assim todos os psicopatas que são postos em liberdade voltam a delinquir.

2.2 Psicopatia No Sistema Penal

Diante do exposto até aqui fica então a dúvida como o agente criminoso com essa condição responde na justiça brasileira. Atualmente o sistema penal brasileiro julga os criminosos psicopatas com o mesmo sistema que julga o agente criminoso comum, eesses são inseridos no mesmo sistema penal, fato esse danoso para os outros agentes.

Os presos no geral ficam em celas superlotadas, e ficam ociosos, embora o Brasil tenhauma política de reintegração de criminosos na sociedade, os presos acabam ficando "jogados" enquanto na penitenciaria, a reincidência no Brasil já é bem alta e segundo (MORANA, 2019) a taxa de reincidência é por volta de 3 vezes maior em crimes sem atos violentos, com atos violentos é quatro vezes maior.

Os psicopatas reincidem mais que os outros presos, e talvez tenha a ver com o fato de eles saírem com mais facilidade das prisões (HARE, 2013) diz que eles são dissimulados e se aproveitam das instituições criando uma imagem pacífica e positiva como um “preso exemplar”. Silva (2014), comenta que o método mais eficaz seria a prisão perpétua, para esses delitos e a separação efetiva dos presos comuns. Entretanto no Brasil a prisão perpétua é cláusula pétrea o que torna imutável a garantia dessa lei e inconstitucional desaproposta.

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: *b*) de caráter perpétuo (BRASIL, 1988 p.1).

Posto isso o judiciário brasileiro considera os criminosos psicopatas ora imputáveis ora sem-imputáveis a depender no crime, da validade clínico do indivíduo, é feita uma série de testes médicos feito por peritos especializados da área e após análise do caso é dada a sentença.

3. CRIMES RELACIONADOS A PSICOPATAS NO BRASIL

No Brasil muitos os crimes foram cometidos por psicopatas, como já dito anteriormente nem todo psicopata é assassino, mas a crimes com uma singular crueldade, que se faz acreditar que apenas indivíduos nessa condição poderiam tê-lo cometido, diante disso se apresenta a escala de maldade. O médico psiquiatra forense Michael Stone desenvolveu um índice de maldade com 22 níveis, no ano de 2006 onde estreou um programa de TV em que ele explica casos de crimes e como cada um destes se aplicava em seu índice de maldade. (LIVRARIA CRIMINAL, 2014)

É dito que embora não se tenha um valor clínico, muitos estudiosos da comunidade científica, enxergam a escala como um instrumento para entender a maldade e a violências crimes, os criminosos com traços de psicopatia aparecem no nível 9 desta escala e vão até o nível 22, piorando os requintes dos crimes de forma progressiva, bem como o ponto motivador do homicídio (SUPER ABRIL, 2016).

O índice de maldade não é uma lista formalmente aceita na comunidade psiquiátrica, mas os estudos de um renomado médico, como o Doutor Michael Stone nessa área são um grande avanço para que se entenda a mente de psicopatas e de assassinos em série, mesmo que não se saiba o motivo de acometimento da patologia nessa parte da população, os estudos do Doutor Michael Stone servem ao menos para nos orientar qual o nível de frieza que esses indivíduos se encaixam.

3.1 Serial Killer

O serial killer é um indivíduo que comete crimes com a intenção de saciar o seu próprio prazer, ele não é movido por um sentimento ou impulso assassino normalmente eles escolhem suas vítimas a dedo, como forme de se sentir superior ao controlar a vida daquelas pessoas, como já dito anteriormente nem todo psicopata pode vir a se tornar um assassino serial, mas todo assassino serial tem um grau de psicopatia. Dito isso Júnior comenta em seu artigo análise de serial killer comenta:

A definição do *serial killer*, remete a um tipo de criminoso, com perfil psicopatológico, do qual comete crimes com uma certa frequência, em sua maioria, seguindo um modo de operação, que pode variar entre abusos sexuais, torturas, humilhação e dominação, e em algumas vezes deixando sua assinatura nas vítimas ou cena do crime. Demonstrem uma vontade de correr riscos, novas experiências e sensações, para isto desenvolve uma persona que parece normal a sociedade que o permite viver em conjunto sem chamar a atenção das autoridades e de suas vítimas (JUNIOR, 2019, p.2).

No Brasil Júnior (2019) ainda observa que devido à falta de preparo, das autoridades fazem com que se imagine que são poucos os seriais killers, já que alguns casos são arquivados e não é possível fazer um estudo detalhado ele comenta sobre o modus operandi que costumam ser o mesmos, podendo mudar se for notado erro ou se não “funcionar” pra ele de um jeito ou outro. Já de acordo com ele a assinatura é diferente e vai ser única, e pode até durar pós-morte:

Ao contrário do modus operandi, que pode variar, a assinatura para um serial killer é uma maneira única de realizar suas fantasias, sua necessidade de cometer o crime. A assinatura é o comportamento que o serial killer irá adotar mediante a vítima, assim que a mesma já estiver submissa ao seu ataque. Estas podem ser de diversas formas ou rituais diferentes, alguns utilizam da tortura, agressão sexual em uma ordem definida, um tipo de amarra, ferimentos, disposição do corpo durante ou após a morte, entre outros. Alguns destes não se satisfazem somente em seu ritual, como sentem a necessidade de ter um troféu a que se possa ser recordado posteriormente, este troféu

pode ser em algumas vezes uma peça de roupa[...] (JUNIOR, 2019, p. 6).

Como dito muitos dos serial killer gostam de levar algo relacionado as suas vítimas como forma de reviver o momento dos crimes, normalmente escolhendo alguma coisa que os marcaram no passado. Para ser considerado um serial killer, o indivíduo também precisa cometer dois ou mais crimes que podem ter intervalos variando de horas até em anos.

3.2 Maníaco De Contagem

Marcos Trigueiro nasceu em Minas Gerais no dia 29 de maio de 1978, ele foi criando juntamente com seus irmãos, os pais não eram presentes e viviam discutindo com a mãe sendo espancada por vezes, e tudo isso era presenciado pelos filhos, a mãe então foi embora deixando os filhos pra trás, nisso a agressão do pai se voltou pra eles, já na vida adulta marcos era muito tímido com poucos amigos, porém ele sempre foi considerado um homem muito bonito e não tinha dificuldades com mulheres (UOU, 2020).

Em meados de 2009 então começaram a desaparecer mulheres de Belo Horizonte e região, tendo sido encontradas com sinais de abuso sexual e estranguladas, fato quedavam fim a vida das vítimas. Ao todo Marcos trigueiro foi acusado do assassinato e estupro de cinco mulheres entre 2009 e 2010, em poder de Marcos trigueiro foram encontrados os celulares das vítimas, que ele guardava como um troféu, e a prova principal para sua prisão foi o DNA de Marcos encontrado nas vítimas por meio de seu esperma (G1, 2018).

Em entrevista concedida à radio Itatiaia em 2017, Marcos então com 39 anos de idade, Marcos foi sucinto e diz se arrepende muito dos crimes cometidos, em contra partida quando perguntado se ele gostaria de pedir perdão a família das vítimas ele alegou "Sobre isso, não tenho nada a falar ,não", ele ainda relata que quando acabar sua pena,pretende retornar a rotina de trabalho e cuidados com a família, ele conta que acredita sim na recuperação dos presos, "Assim como eu estava com o meu primo e, na época, ele saiu [da Nelson Hungria]. Vai voltar a jogar de novo. Ele vai ter a segunda chance, o ex-goleiro Bruno" (ITATIAIA, 2017, p.6).

Já segundo Repsold, diretor da associação mineira de psiquiatria "Ele é um psicopata então se arrepende de ter matado essas mulheres"." Ele tem um prazer doentio eperverso e precisa satisfazer isso" (TEMPO, 2010, p.1). Repsold ainda diz que dentro do presídio o psicopata não vai delinquir, e ao longo do tempo a pessoa vai ficando mais tranquila, mas que é um ambiente artificial, no fim das contas não é a

sociedade de verdade. Segundo ele ainda o Brasil é um paraíso para os psicopatas, devido as leis serem muito brandas (ITATIAIA, 2017, p.6-7).

O maníaco de contagem recebeu uma pena de mais de 150 anos, porém no período em que foi aplicada, na legislação brasileira o máximo que se podia ficar em regime fechado era o período de 30 anos, ou seja após esse período Marcos trigueiro estará livre pra voltar a delinquir.

3.3 Vampiro De Niterói

Marcelo Costa de Andrade é filho de uma empregada doméstica e de um balconista de bar, Marcelo via sua mãe ser espancada diariamente enquanto ele mesmo sofria de abusos, seus pais se separaram quando ele tinha cerca de 05 anos e nesse tempo viveu com os avós no Ceará, porém quando este tinha 10 anos retornou com a mãe para o Rio de Janeiro, nesse período ele ficava entre as casas do pai e da mãe e era hostilizado em ambas, até um dia ele se cansou e fugiu. Daí ele passou a viver nas ruas se sustentando com a prostituição (UOU, 2020).

Nisso ele foi acolhido pela casa dos meninos, porém aos 14 anos de idade teve que ir embora, já que a data-limite era 13 anos, voltou a morar na rua e a se prostituir. Mais velho ele conheceu um homem e começou a se relacionar com ele, frequentar igreja evangélica, arrumou emprego fixo, voltou a morar com a mãe, e foi nesse momento em que acabou e ele começou com os assassinatos (UOU, 2020).

Em um período de 8 meses Marcelo assassinou, de forma fria e cruel cerca de 14 crianças, ele escolhia crianças de rua entre 5 e 13 anos de idade em sua maioria meninos e as atraía oferecendo balas, doces, comida, segundo Marcelo o motivo de escolher crianças era que elas iriam direto para o reino dos céus, ele bebia o sangue das crianças pois segundo ele ficaria tão bonito quanto as crianças. Ainda segundo a mãe ela começou a estranhar a obsessão dele por revistas com fotografias infantis, especialmente de crianças com olhos azuis e o fato de ele chegar em casa algumas vezes com roupas sujas de sangue, ainda ele possui uma caixa de isopor no qual guardava as bermudas das crianças como um troféu (MENDES, 2019, p.3).

Marcelo não responde de forma penal por nenhum dos crimes, a justiça o considerou, mentalmente insano, hoje Marcelo se encontra no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Henrique Roxo, a psicóloga e professora pernambucana Marcela Monteiro, entrevistou Marcelo no hospital de custódia, ela também chegou a entrevista o assassino denominado Chico Picadinho (G1, 2016).

A psicóloga relata "Fiquei chocada com as histórias que ouvi", segundo a psicologia "Eles têm um prazer muito grande de relatar os fatos. É como se fosse uma tentativa de chocar as pessoas relatando esses fatos de forma tão fria. Essa frieza foi o que me levou a fazer esse estudo. Sempre me chamou muita atenção por eles serem tão cruéis. Porque eles não só matam, mas torturam também"

Ainda na reportagem ao veículo de informação G1 a pesquisadora comenta:

"Os alvos de Marcelo eram as crianças de rua porque ele também morou nas ruas durante a infância. Ele as estuprava porque também passou pela mesma situação. Ele repetiu a história como forma de lidar com as questões internas[...]" (MONTEIRO, 2016, p. 3). Percebe-se que, com base em sua infância ele cometia os seus crimes, fato notado também no maníaco de Contagem, que assinava mulheres que eram fisicamente semelhantes a sua mãe.

Marcela ainda comentou que "Pessoas como Chico e o Vampiro são muito convincentes e têm um certo poder de hipnotizar as pessoas. O psiquismo deles é tão potente que deixa o nosso um pouco anestesiado", e ainda explicou o porquê o interesse das pessoas por ouvir o que esses assassinos "É uma curiosidade que todos têm por eles serem muito inteligentes" (G1, 2016, p.3).

Ao fim Marcela comenta: "Por outro lado, Marcelo apresenta o quadro de esquizofrenia paranoide e traços do transtorno antissocial, conforme informou a psicóloga. "Apesar de doentes, eles praticavam os crimes de forma consciente. Sabem que é algo errado, mas eles não se sentem submissos a nenhuma lei. O mais importante é o prazer deles. É como se eles estivessem acima do que é certo e errado" (G1, 2016, p.4).

Em 2017 Marcelo pediu sua saída do Hospital em que se encontra internado, porém a promotora que cuidava no caso na época se manifestou alegando que ele não tinha condições de sair do hospital, e que a equipe que cuida de sua internação, jamais indicou que ele pudesse sair, visto que o mesmo não demonstra sinais de arrependimento dos crimes que cometeu. Aqui se tem um impasse uma vez que a psicologia garantiu que ele entende que o que fez é errado, já a promotora diz que ele não tem consciência crime que ele praticou é errado (EXTRA, 2017).

O pedido de soltura foi negado e Marcelo se encontra ainda no Hospital sob tratamento, lugar onde o mais provável é que ele fique o resto da vida uma vez que o quadro nele não tem melhora progressiva.

CONCLUSÃO

Como falado durante o artigo, a psicopatia não é considerada uma doença, porém é um transtorno mental incurável, para que o indivíduo seja considerado culpado de cometer um crime ele tem que possuir consciência do caráter ilícito do fato, os estudiosos de modo geral têm como conclusão que os portadores do transtorno psicopata sabem do caráter ilícito, porém não há um inibidor deste, sendo obedecido apenas o seu prazer.

Os criminosos inimputáveis, por não entenderem o caráter ilícito de suas ações são colocados em uma medida de segurança que tem caráter curativo e não punitivo, esse modelo de sanção visa o tratamento do indivíduo em hospitais psiquiátricos sem uma data limite, fato é que os psicopatas não recebem essa penalidade, por normalmente conhecerem o caráter ilícito e por que infelizmente esse transtorno não tem cura ou se quer um tratamento eficaz até presente momento, o que desqualificaria a medida de segurança.

Embora haja o esforço de muitos estudiosos no campo médico e jurídico que buscam meios de ressocializar esses indivíduos, com o objetivo de proteger a população uma vez que eles não se ressocializam e tendem a voltar a delinquir quando sai de suas prisões a melhor forma é criando-se espaços carcerários especiais, separando dos outros presos, fazendo uso do *Psychopathy Checklist-Revised* (PCL-R). Além disso há de se usar o princípio da razoabilidade mantendo a "medida de segurança", somente em prisioneiros psicopatas que cometeram delitos graves, como assassinato, tortura, latrocínio, sequestro, estupro etc. Já pra crimes mais brandos como furto por exemplo manter a devida pena.

Porém os indivíduos de todo grau que houver comprovação do transtorno de psicopatia através de testes feitos por profissionais, devem ter um acompanhamento mais próximo do Estado e do judiciário, para que possa ser reprimida a reincidência e o agravamento dos crimes por esses cometidos, além de acompanhamento psicológico dentro e fora das instituições carcerárias. Analisando todos os fatos a imputabilidade penal ele pode e deve ser atribuído aos indivíduos psicopatas, para que eles respondam por seus crimes e não se tenha a impressão de que não tinham ciência do que estavam fazendo, e havendo uma mudança no ordenamento jurídico a fim de garantir a segurança da população brasileira.

REFERÊNCIAS

BAIA, Lhais Silva. Erro de proibição indireto. **Jus Brasil**. 2019, Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/621884990/erro-de-proibicao-indireto>. Acesso em: 15.jan.2021

BRASIL, artigo 21 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Jus Brasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10637584/artigo-21-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em 10.fev.2021

BRASIL, artigo 26 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Jus Brasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10637167/artigo-26-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em: 11.fev.2021

BRASIL, alínea "b" do Inciso XLVII do Artigo 5 da Constituição Federal de 1988. Jus Brasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10728708/alinea-b-do-inciso-xxvii-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 13.fev.2021

CABRAL, Danilo Cezar. Psicopatas: a escala psiquiátrica que mede 22 níveis de maldade. **Super abril**, 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/psicopatas-a-escala-psiquiatrica-que-mede-os-22-niveis-de-maldade/#:~:text=O%20psiquiatra%20forense%20Michael%20Stone,o%20m%C3%A9todo%20e%20a%20crueldade&text=Nem%20todo%20mundo%20que%20mata,e%20nem%20todo%20psicopata%20mata>. Acesso em: 07.fev.2021

CHURCHILL, Paola. A mente perturbada do maníaco de contagem, o assassino que aterrorizou Minas Gerais. **UOL**, 2020. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-quem-foi-o-maniaco-de-contagem.phtml>. Acesso em: 10.mar.2021

CUNHA, Rogério Sanches – **Revisão Direito Penal - 2209 questões comentadas alternativa por alternativa**. Ed 5ª Revista. Salvador: Juspodivim Editora, 2018.

DAYNES, Kerry. FELLOWES, Jessica. **Como identificar um psicopata: cuidado! ele pode estar mais perto do que você imagina**. Tradução Mirtes Frange de Oliveira Pinheiro. São Paulo: Cultrix, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral. Vol.1** – 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Tradução de Denise Regina de Sales. Porto Alegre: Artmed, 2013.

IMPUTABILIDADE. **Dicionário online**, 2021 Disponível em: <https://www.dicio.com.br/imputabilidade/>. Acesso em: 17.jan.2021

JUNIOR, Carlos Alberto Heyder. Análise de serial killers. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 04, Ed. 02, Vol. 02, pp. 05-14. Fevereiro de 2019. ISSN: 2448-0959

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Culpabilidade. **Enciclopédia jurídica**, 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/414/edicao-1/culpabilidade#:~:text=A%20culpabilidade%2C%20enquanto%20estrutura%20do,de%20acordo%20com%20o%20Direito>. Acesso em: 13.nov.2020

Maníaco de Contagem' é condenado pela quinta vez na Grande BH. **G1**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/maniaco-de-contagem-e-condenado-pela-quinta-vez-na-grande-bh.ghtml>. Acesso em: 10/03/2021

MENDES, Geova. Vampiro de Niterói. **Jus Brasil**, 2020. Disponível em: <https://geovamendesadvogado.jusbrasil.com.br/artigos/694296758/vampiro-de-niteroi>. Acesso em: 20.mar.2021

MORANA, Hilda. Psicopatia por um especialista. **Psychiatry online Brasil**, 2019. Disponível em: <https://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/#:~:text=A%20psicopatia%20%C3%A9%20a%20forma,acabam%20por%20cometerem%20crimes%20violentos.&text=Costumam%20presentear%20com%20exagero%20para,a%20que%20vem%20o%20golpe>. Acesso em: 10.nov.2020

NASCIMENTO, Joalline. 'Para eles, o assassinato é arte', diz psicóloga que entrevistou serial killers. **G1**, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/pe/caruaru-regiao/noticia/2016/03/para-eles-o-assassinato-e-arte-diz-psicologa-que-entvistou-serial-killers.html>. Acesso em: 25.mar.2021

NETO, Renato Rios. Psiquiatra forense defende prisão perpétua para psicopatas: 'O Brasil é um paraíso para eles'. **Itatiaia**, 2017. Disponível em: <https://www.itatiaia.com.br/noticia/psiquiatra-forense-defende-prisao-perpetua-pa>. Acesso em: 11.mar.2021

NUNES, Anna Flávia. Maníaco de Contagem é um psicopata e não sente remorso, avalia psiquiatra forense. **Tempo**, 2010. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/maniaco-de-contagem-e-um-psicopata-e-nao-sente-remorso-avalia-psiquiatra-forense-1.462267>. Acesso em: 11/03/2021

O índice da maldade por Dr. Michael Stone. **Livraria Criminal**, 2014. Disponível em: <https://livrariacriminal.wordpress.com/2014/06/14/o-indice-da-maldade-por-dr-michael-stone-2/>. Acesso em: 05.mai.2021.

PERTILLE, Marcelo. Potencial consciência da ilicitude. **Empório do direito**, 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/potencial-consciencia-da>

A CURATELA E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

DAINA CRISTINE DA FONSECA:
bacharelada em Direito pela
Universidade Brasil.

JANAINA GUIMARÃES MANSILIA
(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal abordar o procedimento da curatela no Código de Processo Civil de 2015 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, diante da evolução dos direitos humanos fundamentais, observando que, o ordenamento brasileiro, quanto aos direitos civis tem sido ampliado para estabelecer e expressar os direitos de liberdade e a capacidade para as pessoas, sem distinção, como resultado de conquistas voltadas não só ao ordenamento pátrio como também à esfera internacional após a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, ao qual tornou-se um instrumento essencial para a continuidade das práticas relacionadas às pessoas com deficiência, passando à exercer um papel muito maior, considerando a pessoa com deficiência como uma pessoa capaz, protegendo seus interesses através da declaração da incapacidade e a excepcionalidade na decretação da interdição, a fim de expressar a humanização dos institutos presentes no ordenamento jurídico brasileiro a partir da força de emenda constitucional. O presente trabalho foi desenvolvido em uma abordagem qualitativa, de natureza básica, com o objetivo descritivo, através dos processos metodológicos: histórico, hermenêutico, bibliográfico, on-line e jurisprudencial.

Palavras-Chave: Curatela. Deficiência. Direitos.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito histórico sobre a curatela. 2. A importância do princípio da dignidade humana na curatela. 3. O Exercício da curatela: 3.1 Os atos do curador. 4. A Curatela e o Estatuto das Pessoas com Deficiência: 4.1 As Mudanças Segundo o Código Civil. 5 Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A Curatela é um instituto, previsto nos artigos 1.767 a 1.783 do Código Civil, pelo qual expressa e garante à pessoa considerada incapaz, o seu amparo, o seu cuidado e a sua proteção através de um curador, de maneira transitória ou permanente.

A doutrina brasileira caracteriza a Curatela como sendo de caráter publicista, visto que é o Estado quem deve zelar pelos interesses dos incapazes, possui também a característica da assistência, uma vez que os seus fins são destinados a se fazer cumprir as regras do Código Civil atinentes à capacidade.

Não se pode confundir **Tutela e Curatela** são institutos autônomos e que não possuem relação entre si, embora tenham semelhanças em alguns aspectos. Embora, por outro lado, a tutela é um encargo atribuído por um juiz para que um adulto capaz possa proteger, zelar e administrar o patrimônio de crianças e adolescentes.

A Lei 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi alterado em dois artigos do atual Código Civil, no âmbito da personalidade e da capacidade das pessoas naturais, a qual será retratado no desenvolvimento do presente trabalho.

O presente trabalho visa à luz de o conhecimento apresentar conceitos, definições e indagações sobre o tema da curatela, visando apresentar os dispositivos que o Código Civil de 2002 trouxe para o tema assim como sua alteração quanto ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O presente trabalho foi desenvolvido em uma abordagem qualitativa, de natureza básica, com o objetivo descritivo, através dos processos metodológicos: histórico, hermenêutico, bibliográfico, on-line e jurisprudencial.

1. CONCEITO HISTÓRICO SOBRE A CURATELA

Criado na época do Direito Romano, o instituto da curatela vem ao passar dos séculos adquirindo diversas transformações jurídicas, conforme o desenvolvimento da sociedade a que esta servindo, possuindo assim, significativa relevância social, destinando-se, principalmente, à proteção da pessoa que se encontra impossibilitada de estabelecer patrimônio por conta de uma incapacidade de ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida.

Naquela época, a destinação do instituto era dirigida aos *furiosus*, *dementes* ou *mente captus*, bem como aos pródigos. *Furiosus* eram aqueles indivíduos privados de discernimento, não obstante pudessem apresentar momentos intervalados de lucidez; os *dementes* ou *mente captus*, por seu turno, eram aqueles que sofriam de loucura contínua, sem qualquer intervalo de lucidez; já os pródigos eram todos aqueles que dilapidavam os bens recebidos *ab intestato* do pai ou do avô paterno.

As Ordenações Filipinas influenciaram o Código Civil Brasileiro de 1916, permitiu que a curatela assumisse a configuração patrimonialista, tendo como principal função a tutela e administração dos bens do curatelado, e assim, o

interditado, praticamente perdia a sua capacidade de agir, por denotar a redução de um impacto final na definição da penalização.

Beviláqua, afirma que:

Interdição é o acato pelo qual o juiz retira, ao alienado, ao surdo-mudo ou ao prodigo, a administração e a livre disposição de seus bens, art. 450. (BEVILAQUA, 1936, p. 449).

O ordenamento jurídico brasileiro associa a ideia de personalidade por reconhecer a capacidade do indivíduo quanto ao exercício de seus direitos, assim como a aquisição de bens. Esta capacidade tem como base a premissa à personalidade jurídica por si própria ou com o auxílio de outrem, por conseguinte, da aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

A sociedade, baseando-se no julgamento do caso “Lüth”, julgado em 15 de janeiro de 1958, no Tribunal Constitucional Alemão, promoveu uma verdadeira “revolução de ideias”, especialmente na seara do direito civil ao identificar e absorver renovadas formas de tutela de situações jurídicas existenciais.

A partir de 1988, a Constituição Federal ingressou na cena jurídica brasileira e no discurso dos operadores jurídicos, desfrutando de uma supremacia material (axiológica), potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.

Por oportuno, destaca-se:

De fato, ao longo dos anos subsequentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação. De parte isso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homossexuais (homoafetivas) e direito dos contratos (BARROSO, 2008, p. 248).

O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais

tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista (BARROSO, Ob cit., p. 261).

A dignidade da pessoa humana, reconhecimento da pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1945, assim como o princípio sendo ele fundamental descrito em sede constitucional, como norteador das relações sociais e jurídicas, teve o reconhecimento do curatelado completamente no âmbito das relações públicas e privadas, conforme Destaca Tepedino:

[...] vive-se hoje cenário bem distinto: a dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais. (...) À luz do princípio fundamental da dignidade humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil. A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial - art. 3º, III, CF e da solidariedade social - art. 3º, I, CF, (TEPEDINO, p. 170-171).

2. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA CURATELA

O conceito de curatela atinge todas as espécies de curatela, e é apresentado por Pontes de Miranda, como: “o cargo conferido por lei a alguém, para reger a pessoa e os bens, ou somente os bens, de indivíduos menores, ou maiores, que por si não o podem fazer, devido a perturbações mentais, surdo-mudez, prodigalidade, ausência, ou por ainda não ter nascido (Tratado de direito de Família, V III, § 285, p. 273)”.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que é o princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conhecido como o princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional, forma um sistema harmônico junto a outros princípios, e afasta de

imediatamente o predomínio do individualismo atomista do Direito, o que se aplica como um princípio emancipatório ao qual a curatela trata.

Apesar de não existir uma definição específica para o assunto, Barroso entende este princípio como:

Pode ser compreendido como função estatal, valor fundamental justificador de direitos e critério interpretativo, por ser princípio que se encontra no núcleo essencial dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2013, p. 62-66)

Este princípio vem a tutelar a família, como instituição, além de assegurar a dignidade daqueles que a compõem, e principalmente, para aquele que vive sob o instituto da curatela nos mais diversos casos. Deste modo, para que haja efetividade em relação à dignidade da pessoa humana é necessário que seja estabelecido um quadro de políticas públicas, que tenham como objetivo a promoção de maior igualdade social.

Assim sendo, a Lei nº 13.146/2015, que é o Estatuto da Pessoa com Deficiência, visando assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e sua cidadania, expressa claramente o norteamo do princípio da dignidade humana, visto que a nova redação do Código Civil, apresentou inovações quanto ao disposto, tendo como a principal a inclusão, como sujeitos da curatela, “daqueles que, por uma causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade”, dos “ébrios habituais” e dos “viciados em tóxicos”.

Outra significativa mudança foi quanto a expressão “loucos de todo gênero” por “enfermidade ou deficiência mental”, o que proporcionou uma melhor hermenêutica jurídica.

3. O EXERCÍCIO DA CURATELA

A curatela é o encargo atribuído pelo Juiz a um adulto capaz, para que zele, proteja, oriente e administre toda a vida em seu desenvolvimento do curatelado, podendo ser uma interdição provisória ou definitiva.

O curador nomeado assume efetivamente a curatela passando a ter legitimidade jurídica de boa fé para administrar todo o patrimônio do interditado, assim como todo o cuidado referente à sua pessoa, sempre em proveito dele, devendo declarar dívidas existentes no caso do curatelado em relação a ele, tendo como

restrição a impossibilidade da sua cobrança enquanto estiver no exercício da curatela e se o caso for inverso, deverá prestar caução e garantias para o exercício da função se assim for determinado pelo Juiz e se os bens a serem administrados forem de valor considerável, visto que todos os seus atos serão fiscalizados pelo juiz na forma prevista do Código Civil e do Código de Processo Civil.

O curador deverá prestar cuidados pessoais ao curatelado, com assistência direta em sua residência, ou na residência do mesmo, podendo contratar profissionais que o façam sob sua supervisão, e existindo a inviabilidade para tal, o curador deverá imediatamente comunicar o Juiz, para que permita o recolhimento do curatelado em estabelecimento adequado.

O curador providenciará todo o tratamento em estabelecimento apropriado, com esforços para que exista a socialização do curatelado sempre que possível, tendo sob sua responsabilidade todas as despesas de subsistência, assim como a sua educação, saúde, a administração, conservação e melhoramentos de seus bens, que havendo a existência de qualquer alteração na fortuna do interditado deverá comunicar o Juiz imediatamente.

O curador deve prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, através de balanço anual, por meio de planilha, obedecendo ao disposto no artigo 917 e seguintes do Código de Processo Civil com descrição da natureza e finalidade, assim como o respectivo saldo, anexando todos os documentos justificativos das receitas, tais como: comprovante de recebimento salário ou pensões; movimentações bancária; recebimento de rendimentos patrimoniais, tendo todas as contas avaliadas judicialmente, com a manifestação do Ministério Público, e o saldo apurado em favor do interditado será declarado na sentença, devendo o curador depositarem ordem bancária, em conta de poupança, sob pena de serem cobrados em execução forçada.

Caso exista a necessidade da substituição da curatela, esta poderá ser requerida pelo curador ou por pessoa legitimada a qualquer tempo no processo de interdição, mediante requerimento ao Juiz e em petição fundamentada, muito embora só ocorra em casos de morte, impedimento por motivos de saúde, mudança de domicílio, com a justificativa de condutas incompatíveis com o exercício da curatela, e risco de causar prejuízo ao patrimônio administrado ou causar dano físico e moral à pessoa do interditado, dentre outros, ao qual será requerida pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse, nos casos previstos em lei, sendo uma ação autônoma que deverá ser apensada aos autos da interdição,

A legislação expressa de forma determinante a remoção do curador por quaisquer transgressões aos deveres atribuídos, levando o juiz a nomear um perito para realizar um novo exame no interditado e, quando necessário, designando

audiência de instrução e julgamento, e em caso de deferimento do pedido, com a sentença publicada, haverá a averbação do levantamento da interdição que cessará as obrigações e responsabilidades do curador.

Em caso de óbito do interditado, o curador deverá juntar aos autos de interdição uma cópia da certidão de óbito, ficando o mesmo isento de quaisquer responsabilidades posteriores vindo a arquivar em definitivo do processo.

3.1 Os Atos do Curador

O curador recebe uma série de regras a serem seguidas para cumprir todos os cuidados junto ao interditado, sendo elas:

- a) Responder pelo pagamento de todas as dívidas do interditado que não sejam as mensais e ordinárias, pois essas dispensam autorização judicial;
- b) Aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;
- c) Transigir ou fazer acordos em nome do interditado;
- d) Vender os bens móveis, cuja conservação não for conveniente, e os imóveis, nos casos em que houver manifesta vantagem ao interditado;
- e) Propor em juízo as ações necessárias à defesa dos interesses do interditado e promover todas as diligências a bem desse, assim como defendê-lo nos processos contra ele movidos.

Todas as regras são claras quanto às obrigações do curador e assim sendo, veremos o que vem a ser vedado ao curador:

- a) Contrair empréstimos em instituições bancárias ou fazer doações em nome do interditado, a não ser que seja autorizado pelo Juiz;
- b) Adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao curatelado;
- c) Dispor dos bens do curatelado a título gratuito;
- d) Constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o curatelado;

e) Contrair dívidas em nome do interditado.

4. A CURATELA E O ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Percebe-se como essencial para o ordenamento jurídico positivo dos direitos civis, que a evolução dos direitos humanos fundamentais fundamentou teóricas e práticas na seguridade do curatelado, conforme expressa Bobbio:

Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade - toda a humanidade - partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens. (BOBBIO, 2004, p. 28).

A Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), tem como objetivo principal, versar sobre os Direitos Humanos Fundamentais, já que através das Declarações Universais, expressa-se que todas as pessoas possuem direitos e liberdades, sem distinção de qualquer espécie, reafirmando os princípios advindos das normas e do sistema de proteção internacional dos direitos humanos, sendo eles: a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e inter-relação desses direitos, com expressão à garantia de que as pessoas com deficiência, em todas as suas compreensões, exerçam esses direitos sem que sofram qualquer tipo de discriminação.

Conforme a nova teoria das incapacidades, não mais perdura a incapacidade absoluta de pessoas maiores, restringindo ao efeitos da curatela aos atos de natureza patrimonial e negocial.

A Curadoria Especial interpôs recurso de apelação contra sentença que nomeou curadora para representar a assistida em todos os atos da vida civil. Argumentou que o novo regime de incapacidades instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, restringiu os efeitos da curatela tão somente aos atos de natureza patrimonial e negocial. O apelo pugnou também pela prestação de contas por parte da curadora. Com base no art. 6º da mencionada Lei e no art. 4º, inc. III, do Código Civil, a Relatora, ao considerar a apelação, afirmou que o referido Estatuto extinguiu a incapacidade absoluta das pessoas maiores de dezoito anos, ao prever que "eventual impedimento à expressão de vontade, ainda que permanente, não transforma o indivíduo em absolutamente incapaz". Dessa forma, consignou que qualquer medida judicial voltada à completa interdição do curatelado seria incabível e que os efeitos da curatela recaem, exclusivamente, sobre os atos de índole patrimonial

e negocial. Por fim, a Desembargadora asseverou que os atos da esfera existencial podem ser praticados diretamente pela curatelada e que, com a possibilidade de recebimento de pensão em benefício da apelante, a prestação de contas deverá ser realizada a cada dois anos, cabendo ao juízo de primeiro grau avaliar a necessidade de manutenção do encargo. Assim, a Turma deu provimento ao recurso por unanimidade (Acórdão nº 1096466, Classe do Processo nº 00041906620168070004 - 0004190-66.2016.8.07.0004 - Res. 65 CNJ - Segredo de Justiça, Relator Des^a. GISLENE PINHEIRO, 7^a Turma Cível, data de julgamento: 16/5/2018, publicado no PJe: 18/5/2018).

4.1 As Mudanças Segundo o Código Civil

Destacam-se o que se refere o art. 1.768 do Código Civil, que a requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas, dar-se-lhe ao curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens, onde com a eliminação da expressão pejorativa: "loucos de todo o gênero" (novo artigo 3º, inciso II), de modo positivo, o código também possibilitou, conforme a gravidade da enfermidade ou deficiência mental, seja declarada a incapacidade absoluta ou relativa, (artigos 3º, II e 4º, II conjugado com o artigo 1.767, I e III).

Com a interdição relativa o curador, é nomeado para atos como ingressar em juízo, contratar, vender, hipotecar, dar quitação e emprestar, enquanto o interdito permanece habilitado para os atos de mera administração. O juiz, assim, pode e deve personalizar a sentença de interdição, atento para as peculiaridades de cada futuro usuário.

É de suma importância frisar que, a lei passou a requerer a presença do elemento psicológico, além do comportamento biológico, exigindo, implicitamente, que perito e Juiz verifiquem até que ponto o distúrbio que impede ao indivíduo de ter o necessário discernimento para a prática dos atos que se pretende tolher.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A curatela é um instituto do Direito, com forte relevância jurídica. É um mecanismo de tomada de decisão substituta, exercido por pessoa idônea, nomeada pelo Juiz, conforme expressa o artigo 1.775 do Código Civil, que possibilita a representação ou assistência do incapaz, suprimindo as incapacidades de fato existentes, permitindo assim a administração dos seus bens e o auxílio no que for necessário para sua manutenção, desenvolvimento e educação, sem que seja abalada a dignidade da pessoa, embora exista a sua particularidade de ser incapaz para exercer atos na vida

civil. Deste modo, o instituto da família baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, visa tutelar o instituto e os que fazem parte da família curatelada.

A curatela para a pessoa idosa é uma medida excepcional, devendo apenas ser adotada quando esta não mais tomar decisões sobre a sua vida, mediante a Tomada de Decisão Apoiada, ou quando a pessoa idosa não apresentar capacidade de decidir, conforme avaliação adequada, tornando assim, a curatela como um benefício.

No que tange aos casos de esterilização do curatelado, frisa-se que, este é um meio que afeta tanto sua integridade física quanto moral, embora exista o entendimento de que a esterilização, por ser um meio eficaz contra uma possível gravidez, deve sim ser considerado em casos de extrema necessidade, não se pode descartar a adoção de outros meios contraceptivos, antes da tomada da decisão efetiva, tendo em vista seus malefícios anteriormente apresentados.

A curatela é uma medida extraordinária, proporcional às necessidades da pessoa curatelada e às circunstâncias de cada caso, bem como deve durar o menor tempo possível.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI. Fátima Nancy. Ministra do Superior Tribunal de Justiça. **BDJur.** Palestra proferida no seminário sobre Interdição realizado no Superior Tribunal de Justiça em 07 nov. 2005. Disponível em:

<http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf> ACESSO EM: 25 set. 2020.

CFESS. CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. Nota Técnica Tutela, Curatela e Administração de Bens sem a Devida Nomeação Legal e as Implicações para o Trabalho dos/das Assistentes Sociais. Disponível em: <<http://www.cfess.org.br/arquivos/CFESS-NotaTecnica-GestaoEdeBatalhas-TutelaCuratela.pdf>> ACESSO EM: 25 set. 2020.

CNMP. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência/ Conselho Nacional do Ministério Público– Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/curatela.pdf> ACESSO EM: 27 set. 2020.

DEFENSORIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Curatela. Disponível; <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/34/Curatela.pdf>> ACESSO EM: 27 set. 2020.

GOVERNO FEDERAL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Curatela e Tomada de Decisão Apoiada. Direitos das Pessoas Idosas. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/ministerio-lanca-cartilha-em-beneficio-da-populacao-idosa/cartilha-curatela.pdf>>. ACESSO EM: 23 set. 2020.

MPDFT. MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Promotoria de Justiça de Família, Órfãos e Sucessões de Brasília. Disponível em: <www.mpdft.mp.br> ACESSO EM: 27 set. 2020.

MPMG. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Guia Prático da Curatela. Disponível em: <<https://mpmg.mp.br/>> ACESSO EM: 25 set. 2020.

MPPR. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Família, Cível e Registros Públicos. Disponível em: <<https://civel.mppr.mp.br/>> ACESSO EM: 27 set. 2020.

NORONHA, Carlos Silveira. **SANTOS,** Charlene Côrtes. Reflexões sobre a conformação do instituto da curatela frente ao novo Código de Processo Civil e ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 38, p. 35-61, ago. 2018. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/83692>> ACESSO EM: 07 set. 2020.

RODRIGUES, Renata de Lima. R686i Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do Estado democrático de direito / Renata de Lima Rodrigues. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesRL_1.pdf ACESSO EM: 25 set. 2020.

SCHENK. Leonardo Faria. Notas sobre a Interdição no Código de Processo Civil de 2015(PARTE 2). Disponível em: <<https://pcpcadv.com.br/pdf/artigos/notas-sobre-interdicao-codigo-processo-civil-2015-Parte-2.pdf>> ACESSO EM: 28 set. 2020.

SILVA, Gilberto Antônio Neves Pereira da. A autonomia da vontade do curatelado no exercício de atos da vida civil. / Gilberto Antônio Neves Pereira da Silva. 136 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUCRS, Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/7651>> ACESSO EM: 27 set. 2020.

TJDFT. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Pesquisa de Documentos Jurídicos – 2020. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> ACESSO EM: 30 out. 2020.

[i] Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Araçatuba; Pós graduada em Didática e Metodologia do Ensino Superior pela FIPAR; Especialista em Direito Processual pela FAMA; Mestrado em Direito pela UNIVEM. e-mail: janaina.guimaraes@universidadebrasil.edu.br

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES DE NATUREZA AMBIENTAL

DANNES RIBEIRO MONTEIRO:

Graduando em Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

RESUMO: O meio ambiente equilibrado e saudável é direito comum do povo e possui status de direito fundamental porque dele decorre o direito à vida, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Mais recentemente, após a sanção de tratados e convenções internacionais, como, por exemplo, a Cúpula da Terra e a Conferência de Estocolmo, o meio ambiente, devido à sua importância para as presentes e futuras gerações e aos graves e irreparáveis danos que sofre, tornou-se um tema de grande relevância, tendo sido elevado a bem jurídico constitucionalmente tutelado e considerado crime as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente cometidas por pessoas físicas ou jurídicas, que podem sujeitar-se a sanções penais e administrativas, além da responsabilidade por reparar os danos causados. Sendo assim, esta pesquisa tem por objetivo analisar qual o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica é mais compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e com os princípios do Direito Penal moderno, através do método bibliográfico e jurisprudencial. Para tanto, far-se-á, primeiramente, uma breve análise da sociedade contemporânea do risco atrelada à proteção do meio ambiente e os impactos sociais na dogmática penal, seguida da apreciação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, através da previsão constitucional e legal, bem como do modelo teórico adotado. Findo o estudo, conclui-se que a pessoa jurídica não responderá apenas por crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, conforme art. 173, § 5º CRFB/88, mas igualmente responderá civil, administrativa e penalmente por danos causados ao meio ambiente.

Palavras-chave: Responsabilidade Penal. Pessoa Jurídica. Crimes de Natureza Ambiental.

ABSTRACT: The balanced and healthy environment is a common right of the people and has the status of a fundamental right because it derives from it the right to life, especially after the promulgation of the 1988 Federal Constitution. More recently, after the sanction of international treaties and conventions, such as example, the Earth Summit and the Stockholm Conference, the environment, due to its importance for present and future generations and the serious and irreparable damage it suffers, has become a topic of great relevance, having been elevated to a legal good

constitutionally supervised and considered a crime in the conduct and activities harmful to the environment committed by individuals or legal entities, which may be subject to criminal and administrative sanctions, in addition to the responsibility for repairing the damage caused. Therefore, this research aims to analyze which model of criminal responsibility of the legal person is more compatible with the Brazilian legal system and with the principles of modern Criminal Law, through the bibliographic and jurisprudential method. To this end, a brief analysis of contemporary society of risk linked to the protection of the environment and the social impacts on criminal dogmatics will be carried out, followed by an appreciation of the legal responsibility of the legal person, through the constitutional and legal provision, as well as the adopted theoretical model. At the end of the study, it is concluded that the legal entity will not answer only for crimes against the economic and financial order and against the popular economy, according to art. 173, § 5 ° CRFB /88, but will also respond civilly, administratively and criminally for damages caused to the environment.

Keywords: Criminal Responsibility. Legal person. Crimes of an Environmental Nature.

INTRODUÇÃO

A preocupação com o meio ambiente vem se tornando cada vez mais acentuada à medida que se constata a gravidade dos danos ambientais causados pela ação indiscriminada do homem, bem como de outros entes dotados de personalidade jurídica. Ademais, a sociedade global vem passando por uma gradual conscientização acerca da necessidade de desenvolvimento econômico e não apenas de crescimento, buscando-se um desenvolvimento sustentável, alicerçado na proteção ao meio ambiente, o que propiciou a elevação do meio ambiente à categoria de bem jurídico constitucionalmente tutelado, a criação dos crimes ambientais, bem como extensão da responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

Em 1972 foi realizada a primeira grande reunião sobre o meio ambiente, conhecida como a Conferência de Estocolmo, pois essa foi a cidade-sede da reunião. O fruto dessa reunião foi a Declaração de Estocolmo, como é popularmente conhecida, a qual reuniu 26 princípios em prol do meio ambiente, sendo o Brasil, um dos países signatários. Nesse talvegue, em 1981 foi sancionada a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente e, posteriormente, a legislação ambiental do Brasil só foi crescendo e se complementando.

Nesse seguimento, houve a promulgação da atual Constituição Federal de 1988 que dedicou o capítulo VI, composto pelo art. 225, ao meio ambiente. Protegendo-o da forma mais ampla possível, inclusive prevendo as sanções de caráter administrativo, civil e penal, responsabilizando a pessoa natural e jurídica que viessem incorrer à prática do delito. Entretanto, fez-se necessário a criação de uma lei que elencasse as

condutas delituosas relacionadas ao meio ambiente, por isso, em 12 de fevereiro de 1998 foi sancionada a Lei Nº 9.605, ou seja, a Lei de Crimes Ambientais.

A Lei de Crimes Ambientais, de forma a regulamentar o quanto disposto constitucionalmente, instituiu a responsabilidade da pessoa natural e da pessoa jurídica que praticassem crimes ambientais. Prevendo, ainda, a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica. Ocorre que, a responsabilidade da pessoa jurídica, ao logo do tempo, vem sendo objeto de ampla discussão e divergência doutrinária. Assim, o presente artigo partirá desse ponto com o intuito de explanar, fundamentadamente, quais são as correntes doutrinárias acerca do tema e como vem sendo aplicada a responsabilidade penal da pessoa jurídica face a infração ambiental.

Para o alcance dos objetivos do presente trabalho, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, através da doutrina, recorrendo ainda à pesquisa jurisprudencial, assim como a artigos jurídicos, com abordagem qualitativa de caráter exploratório através do estudo da legislação pertinente e da bibliografia específica sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais que abordam aspectos relativos ao assunto, além da mais recente jurisprudência acerca do tema, com especial destaque para os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

1. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

1.1 Meio ambiente: considerações iniciais

A importância em conceituar meio ambiente é justificada pela necessidade de entender qual o objeto do Direito Ambiental, para isso Luís Paulo Sirvinskas (apud TAKADA & RUSHEL, 2012, p. 1048) autoriza dizer que meio ambiente é o lugar onde habitam os seres vivos. Ou seja, é definitivamente o habitat desses seres, sempre entendendo que a noção de habitat (meio físico) interage com os seres vivos (meio biótico), formando um conjunto harmonioso de condições essenciais para a existência da vida como um todo.

Já Iara Verocai apresenta uma vasta diversidade de conceitos, como: "A soma das condições externas e influencias que afetam a vida, o desenvolvimento e, em última análise, a sobrevivência de um organismo."(1992, p. 133-135 apud ANTUNES, 2016) e "o conjunto do sistema externo físico e biológico, no qual vivem o homem e os outros organismos."(1992, p. 133-135 apud ANTUNES, 2016).

A Lei Nº 6.938/81, também conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu Art. 3º, inciso I, assim determina: "meio ambiente, o conjunto de

condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981, p. 01).

Percebe-se, assim, que a referida lei definiu o meio ambiente da forma mais ampla possível, fazendo com que este se estendesse à natureza como um todo de um modo interativo e integrativo. Com isso a lei finalmente encampou a ideia de ecossistema, que é a unidade básica da ecologia, ciência que estuda a relação entre os seres vivos e o seu ambiente, de maneira que cada recurso ambiental passou a ser considerado como sendo parte de um todo indivisível, com o qual interage constantemente e do qual é diretamente dependente.

Portanto, o Meio Ambiente é considerado como “patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” (art. 2º, I, mesma lei). A definição é bastante ampla, porém institui sobre o aspecto difuso, sendo da coletividade e não possuindo nenhum titular, compõe tudo aquilo que nos permite a vida, que a abriga e que a rege, as comunidades, os ecossistemas e a biosfera.

1.2 O meio ambiente e o cenário internacional

As discussões acerca do termo sustentabilidade datam do início na década de 60, em um cenário pós-guerra, em que modelo de desenvolvimento vigente apresentava problemas, surgindo os primeiros movimentos ambientalistas como a WWF (World Wild Foundation) em 1961 e o Relatório do Clube de Roma: Limites do Crescimento em 1968 (FERRARI, 2014).

Tal preocupação foi intensificada pela crise causada pelo embargo do petróleo, em 1970, suscitando uma série de debates em busca do desenvolvimento de soluções para economia de energia, pautados nos materiais utilizados em edifícios dos países desenvolvidos, já que nessa época diversos edifícios eram construídos com uma cortina de vidro, onde era obrigatório condicionamento ambiental artificial permanente (CUNHA, 2014).

Em 1972, houve a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, também conhecida como Conferência de Estocolmo, foi a primeira grande reunião de chefes de estado organizada pelas Nações Unidas (ONU), realizada na capital da Suécia, Estocolmo, com participação principal dos líderes árabicos (SOUSA, 2016).

Na década de 80, foi elaborado o Relatório de Brundtland (1987), pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, manifestando uma posição crítica do modelo de desenvolvimento adotado, até então, pelos países industrializados e reproduzido pelas nações em desenvolvimento, definição geral era:

"Suprir as necessidades da geração presente sem afetar a habilidade das gerações futuras de suprir as suas". A partir daí, iniciou-se a realização de pesquisas e estudos em que se levariam a tópicos relevantes para que se tenha uma construção sustentável nos parâmetros vigentes quanto às questões ambientais (FERRARI, 2014).

Anos mais tarde foi finalizada a chamada Agenda 21, documento gerado pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), realizada em junho de 1992, no Rio de Janeiro, reconhecendo a importância da sustentabilidade para o desenvolvimento econômico e social de uma nação, a ser promovida por todos os setores da sociedade, mediante a seguinte descrição:

10.1. A terra é um recurso finito, enquanto os recursos naturais que ela sustenta podem variar com o tempo e de acordo com as condições de gerenciamento e os usos a eles atribuídos. As crescentes necessidades humanas e a expansão das atividades econômicas estão exercendo uma pressão cada vez maior sobre os recursos terrestres, criando competição e conflitos e tendo como resultado um uso impróprio tanto da terra como dos recursos terrestres. Caso queiramos, no futuro, atender às necessidades humanas de maneira sustentável, é essencial resolver hoje esses conflitos e avançar para um uso mais eficaz e eficiente da terra e de seus recursos naturais. (CNUMAD, 1992, p. 02)

Assim, a referida reunião, ocorrida exatos vinte anos após a primeira conferência do tipo em Estocolmo, na Suécia, marcou a forma como a humanidade encara sua relação com o planeta, no momento em que a comunidade política internacional admitiu, claramente, que era preciso conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a utilização dos recursos da natureza.

A chamada cúpula da terra reuniu 179 países participantes da Rio 92, onde seus representantes assinaram a Agenda 21 Global, um programa de ação baseado num documento de 40 capítulos, que constitui a mais abrangente tentativa já realizada de promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento, denominado "desenvolvimento sustentável". O termo "Agenda 21" foi usado no sentido de intenções, desejo de mudança para esse novo modelo de desenvolvimento para o século XXI (DOS ANJOS, 2015).

Delegações de mais de cem países, entre chefes de estado e ministros, se reuniram para definir medidas para enfrentar os problemas crescentes da emissão de

gases causadores do efeito estufa. Movimentos sociais, sociedade civil e iniciativa privada também compareceram intensamente, todos com o objetivo de propor um novo modelo de desenvolvimento econômico que se alinhasse à proteção da biodiversidade e ao uso sustentável dos recursos naturais.

Foi, também, na reunião conhecida como Rio-92, Eco-92 ou Cúpula da Terra que os países reconheceram o conceito de desenvolvimento sustentável e começaram a moldar ações com o objetivo de proteger o meio ambiente. Desde então, estão sendo discutidas propostas para que o progresso se dê em harmonia com a natureza, garantindo a qualidade de vida tanto para a geração atual quanto para as futuras no planeta, conforme o conceito de sustentabilidade discutido na ocasião.

O Protocolo de Kyoto é um acordo internacional para reduzir as emissões de gases estufa dos países industrializados e garantir um modelo de desenvolvimento limpo aos países em desenvolvimento. O documento prevê que entre 2008 e 2012, os países desenvolvidos reduzam suas emissões em 5,2% em relação aos níveis medidos em 1990. O tratado foi estabelecido em 1997 em Kyoto, Japão, e assinado por 84 países. Destes, cerca de 30 já o transformaram em lei. O pacto entrará em vigor depois que isso acontecer em pelo menos 55 países.

Em novembro de 1994, foi realizada, na Flórida, a Primeira Conferência Mundial sobre Construção Sustentável, onde foram definidos seis conceitos para a construção sustentável: minimizar o consumo de recursos; maximizar a reutilização dos recursos; utilizar recursos renováveis e recicláveis; proteger o ambiente natural; criar um ambiente saudável e não tóxico; e fomentar a qualidade ao criar o ambiente construído (DOS ANJOS, 2015).

Dois anos depois, 1996, aconteceu a conferência da ONU chamada de Habitat II, realizada em Istambul, na Turquia. A Habitat II, seguindo os pensamentos da Eco 92, destacou a descentralização das decisões pelo Estado e o poder local, ao mesmo tempo que propõe a sustentabilidade no processo de urbanização (GALIZA, 2019).

Em 2002, a Conferência Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável decidiu elaborar o Plano de Implementação das atividades sustentáveis, procurando cumprir o mandato da comissão para o desenvolvimento sustentável, reconhecendo a importância da conservação ambiental, sem, contudo, estabelecer a quem caberá financiar as medidas para sua aplicação em escala internacional (FERRARI, 2014).

Resta evidente, portanto, que, em todo o planeta, a cada dia, o tema meio ambiente ganha maior espaço na mídia e nos debates políticos. É evidente que isso decorre do fato de que a cada dia, também, os problemas ambientais são maiores em quantidade e em potencialidade. De fato, o aquecimento global, o buraco na camada

de ozônio, a escassez da água potável, a destruição das florestas são alguns dos problemas ambientais que colocam em risco a qualidade de vida e a vida do ser humano.

1.3 A tutela penal do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro

O meio ambiente é um bem jurídico que merece grande destaque. Nenhum outro interesse tem difusidade maior do que ele, que pertence a todos e a ninguém em particular; sua proteção a todos aproveita e sua degradação a todos prejudica.

Nesse seguimento, a Constituição Federal, mais especificamente em seu artigo 225, caput, dispõe que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e um direito de todos os cidadãos, das gerações presentes e futuras, estando o Poder Público e a coletividade obrigados a preservá-lo e a defendê-lo.

Pretendeu, assim, o legislador garantir o direito ao Meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo de forma a conferir uma sadia qualidade de vida essencial à população delegando ao Poder Público a função de defender e preservar de modo geracional e intergeracional, ou seja, para que a presente geração possa desfrutar do meio ambiente e com isso as gerações vindouras não venham ser prejudicadas por esse uso, pois uma das funções do Poder Público é exatamente garantir e preservar o meio ambiente para que as futuras gerações venham usufruir do mesmo.

1.3.1 A evolução do Direito Ambiental e a sua definição no Brasil

O Direito Ambiental constitui um ramo do Direito relativamente recente que tem por objetivo disciplinar as relações entre a ação humana e o meio ambiente, unindo-se a outras áreas do conhecimento, como a biologia, a engenharia florestal e, hodiernamente, o Direito Penal.

Antunes, discorre sobre o conceito e o crescimento do Direito Ambiental no âmbito jurídico:

O Direito Ambiental é um dos mais recentes ramos do Direito e, com toda certeza, é um dos que têm sofrido as mais relevantes modificações, crescendo de importância na ordem jurídica internacional e nacional. Como em toda novidade, existem incompreensões e incongruências sobre o papel que ele deve desempenhar na sociedade, na economia e na vida em geral. A sua implementação não se faz sem dificuldades das mais variadas

origens, indo desde as conceituais até as operacionais. Contudo, uma verdade pode ser proclamada: a preocupação do Direito com o meio ambiente é irreversível (ANTUNES, 2016, p. 7)

Na mesma direção, cabe destacar o entendimento de Milaré:

[...] o Direito do Ambiente [...] deve voltar-se para a gestão ambiental, cuja incumbência consiste na aplicação de normas técnicas, jurídicas, administrativas, econômicas, sociais, éticas e políticas para a salvaguarda dos ecossistemas e seus recursos, com o intuito de garantir o prosseguimento da vida e da sua boa qualidade em todos os tempos e lugares da Terra, nossa Casa Comum (Milaré, (2013, p. 231).

Direito Ambiental pode ser conceituado, portanto, como o conjunto de princípios, regras e valores relativos ao meio ambiente como bem de uso comum do povo. Constitui-se de normas decorrentes do Direito Internacional, da Constituição Federal e da legislação ordinária que regulam atividades potencialmente danosas ao meio ambiente, visando sempre a sua proteção.

Toda a base do Direito Ambiental encontra-se cristalizada na Constituição Federal, seja em relação à disciplina das competências legislativas (arts. 22, IV, XII e XXVI; 24, VI, VII e VIII; e 30, I e II); competências administrativas ou materiais (art. 23, III, IV, VI, VII e XI); ordem econômica ambiental (art. 170, VI); meio ambiente artificial (art. 182); meio ambiente cultural (arts. 215 e 216); meio ambiente natural (art. 225) entre outros dispositivos esparsos não menos importantes, formadores do denominado Direito Constitucional Ambiental, dando-se, para os efeitos deste estudo, maior destaque para as previsões contidas no art. 225.

A tarefa de cuidar do meio ambiente foi imposta não só aos governantes de plantão, mas também a toda a coletividade, consolidando o entendimento já pacificado por aqueles que lutavam pela proteção ambiental: a proteção ao meio ambiente, para realmente ser efetividade, só será possível com a participação de todos os cidadãos de forma organizada e consciente. (PEGADO; BARBOSA, 2013, p.11)

Assim, o Direito Ambiental, em seu aspecto transindividual e difuso, bem como, a manutenção de um sistema de Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, encontra seu amparo legal na Constituição Federal de 1988, cuja qual trouxe a responsabilização da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais como um grande avanço, pois, constatava-se que parte das degradações ambientais eram causadas por ações corporativas de grandes empresas.

Ademais, a Lei Federal Nº 9.605/98, corroborou com tal entendimento ao dispor expressamente sobre as sanções penais, civis e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao Meio Ambiente. Este esforço visa garantir a todos uma vida saudável e um Meio Ambiente ecologicamente equilibrado.

Conforme detalha Sampaio (2015), a crescente preocupação social com as questões que envolvem o Meio Ambiente levou a comunidade internacional a adequar suas legislações para promover a proteção do Meio Ambiente. Esta necessidade é relevante, pois, os recursos naturais renováveis e não renováveis são limitados.

Neste contexto, foram criados os princípios relacionados ao direito ambiental, que servem para auxiliar na interpretação dos conceitos legais e sanar eventuais lacunas existentes na legislação ambiental e em nosso ordenamento jurídico, conforme previsto no art. 225, que a Constituição Federal, como bem explica Rodrigues: “[...] tendo a Carta Maior previsto os princípios do direito ambiental, toda e qualquer norma que vise a tutela do entorno deve ser pensada de acordo com esses valores, predeterminados pelo legislador constituinte” (RODRIGUES, 2018, p.104).

Desse modo, os princípios do Direito Ambiental foram criados visando conferir legalidade jurídica para que os Estados possam elaborar suas políticas públicas de proteção ambiental. Isso justifica a função desses princípios como estruturadores para que sejam construídas normas ambientais internacionais, regionais e nacionais (PANTOJA, 2019).

Pode-se dizer, então, que os princípios são norteadores para que sejam criadas novas regras, bem como sejam promovidos estudos quanto a um determinado tema. E, como tudo muda o tempo todo, os princípios também podem sofrer mudanças, visto que seu objetivo é preservar o equilíbrio entre homem e legislação.

1.3.1.1 Princípio da prevenção

Estabelecido no art. 225 da Carta Magna de 1988, esse princípio demanda o conhecimento acerca do que seria dano ambiental e, assim, prevenir quer dizer antecipar, ou seja, ter a consciência que, na iminência de algum dano ambiental o mesmo deverá ser impedido. A redação da Carta Magna determinou, então, a necessidade de “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente” (BRASIL, 1988). O texto revela uma maneira de prevenção, já que se trata de uma política pública de conscientização, o qual pode vir a impor maneiras de evitar que problemas ambientais possam vir a derivar das ações humanas.

As ideias desse princípio proporcionam a comprovação de que a prevenção é um dever jurídico o qual é responsável por impedir que o meio ambiente seja danificado. O princípio da precaução se volta mais para a atuação de uma forma extensa, incidindo sobre as ações estatais de maneira geral (SOUZA, 2012).

Esse princípio busca se antecipar e prevenir a ocorrência de prejuízos ao meio ambiente, estando destinado, portanto, a toda a sociedade, inclusive Governo e legisladores, para que sejam instituídas medidas e políticas destinadas a prevenir a poluição.

Portanto, o Princípio da Prevenção tem como objetivo principal evitar danos ao meio ambiente, podendo ser aplicado em hipóteses em que os riscos são visíveis e previsíveis, de maneira a requerer respostas por parte da atividade impactante, a qual deve buscar impedir ou pelo menos reduzir o que poderá vir a ser causado ao meio ambiente.

1.3.1.2 Princípio da reparação

Segundo esse princípio, todo aquele que causar lesão ou dano ao Meio Ambiente fica obrigado a repará-lo e será responsabilizado, civil, penal e administrativamente. A reparação de um dano ambiental pode ser realizada de duas formas: a primeira é a denominada reparação natural, quando ocorre o ressarcimento *in natura*, se for possível o retorno ao status quo ante; a segunda é o pagamento de uma indenização em dinheiro (ASSIS, 2020).

De acordo com o entendimento do STJ (2015), por força da reparação *in integrum*, admite-se a condenação do réu, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar, para promover a reparação do dano ambiental.

Importa destacar que deve se levar em conta, nesse contexto, que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos). É sempre preferencial a reparação natural do dano, pela recomposição efetiva e direta do ambiente prejudicado. Somente quando esta não for possível, é que se deve arbitrar uma indenização a ser paga pelo agente causador do dano (CAVALCANTE, 2021).

A Lei de Crimes Ambientais também antevê a possível penalidade de pessoas, sendo elas naturais ou jurídicas, que causarem danos ao meio ambiente, podendo ser essa penalidade aplicada em três âmbitos: civil, administrativa e penal, os quais são independentes, e que podem punir isoladamente ou em conjunto (MOTA; ROCHA; CAMPOS MOTA, 2011).

Portanto, o Princípio da Reparação tem como objetivo impor medidas para que sejam reparados os prejuízos que foram provocados ao meio ambiente, principalmente em se tratando de pessoa jurídica, seja lá qual for seu segmento. O que chama atenção é que também é levado em conta que, além da reparação é preciso prevenir.

1.3.1.3 Princípio do poluidor-pagador

Pautado neste princípio, impõe-se ao agente poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção de danos ao Meio Ambiente que a sua atividade possa vir a causar, evitando a ocorrência do dano (caráter preventivo). Entretanto, caso o dano venha a ocorrer, o ônus de repará-lo integralmente é do agente poluidor, que responderá criminal, civil e administrativamente (ASSIS, 2020).

Para Souza (2013) esse princípio quer dizer que todo aquele que faz uso do recurso deve se sujeitar ao grupo de despesas voltadas para viabilizar o emprego do recurso e os custos derivados de sua própria utilização. O principal objetivo desse princípio é impedir que os custos dos recursos não recaiam sobre os poderes públicos, nem por terceiros, mas sim por aquele que o utiliza.

Este princípio está previsto na Constituição Federal, no art. 225 § 3º, *in verbis*:

Art. 3º (...)

§3º as condutas e atividades consideradas lesivas ao Meio Ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988, p. 02).

O Princípio do Usuário Pagador, nesse contexto, estabelece que quem utiliza o recurso ambiental deve suportar seus custos, sem que essa cobrança resulte na imposição de taxas abusivas, considerando que utilizar gratuitamente um recurso ambiental está se gerando um enriquecimento ilícito, pois como o meio ambiente é um bem que pertence a todos, boa parte da comunidade nem utiliza um determinado recurso ou, se utiliza, o faz em menor escala. Então, não há que se falar em Poder Público ou terceiros suportando esses custos, mas somente naqueles que dele se beneficiaram.

O princípio do poluidor pagador preconiza que os custos decorrentes da prevenção da poluição e controle do uso dos recursos naturais assim como os custos da reparação dos danos ambientais não evitados (“custos da poluição”) sejam suportados integralmente pelo condutor da atividade econômica potencial ou

efetivamente degradadora, que, portanto, internalizará os custos da poluição ao invés de externalizá-los para o Estado e, conseqüentemente, para a sociedade.

Esse princípio também encontra previsão na Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei 12.305/10, inserido no contexto de preocupação com o meio ambiente. O poluidor-pagador significa, portanto, que o poluidor tem a obrigação de arcar com os custos da reparação do dano causado ao meio ambiente por ele.

Trata-se, pois, de um dos pilares do moderno direito ambiental e traz a concepção de que, quem polui, deve responder pelo prejuízo que causa ao meio ambiente. E a sua responsabilização se dá em forma de pagamento que, por seu turno, pode consistir em uma prestação em dinheiro mesmo, ou em atos do poluidor.

1.4 DOS CRIMES AMBIENTAIS

Primeiramente, faz-se necessário descrever o que se entende como dano ao Meio Ambiente. Trata-se de uma construção doutrinária, já que a legislação vigente não o conceitua especificamente. Dano é todo ato que gera lesão a um bem jurídico, cujo qual prescinde que haja lesão a um bem jurídico ambiental, qual seja, ao Meio Ambiente, ecologia, a fauna, flora, aos recursos hídricos, minerais, etc. Ocorrendo lesão a um bem ambiental, decorrente de uma atividade praticada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano, haverá o dever de repará-lo (ASSIS, 2020).

Dentro desse contexto, o dano, eventualmente, incorre em crime ambiental, que segundo Marques (2017), pode ser entendido como produto do dano, agredindo e danificando o meio ambiente, viola o ordenamento urbano, saúde pública e a patrimônio cultural. Tais fatos ocorrem quando são transpostas as barreiras já determinadas em lei ou quando não são levadas em conta as normas ambientais, mesmo não sendo provocado algum um dano permanente. Deve-se considerar que agressões previstas legalmente não são tidas como crimes.

A Lei de Crimes Ambientais - Lei nº 9.605/98 dividiu e agrupou os tipos penais ambientais em cinco temas: os crimes contra a Fauna (arts. 29 e 37); os crimes contra a Flora (arts. 38 e 53); a Poluição e outros crimes ambientais (arts. 54 e 61); os crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural (arts. 62 a 65); e os crimes contra a Administração Ambiental (arts. 66 a 69-A) (JAGUARIBE, 2012).

Segundo Faria (2020), os crimes contra a fauna podem ser entendidos como todas as agressões que acometem animais silvestres, nativos ou que se encontram migrando para outras regiões. Dentre as práticas compreendidas como crime encontram-se a caça, pesca, matança, perseguição, exportação, maus tratos,

experiências de cunho doloroso ou cruel com animais caso haja outra metodologia, mesmo que a finalidade seja didática ou científica, o transporte, a manutenção em locais insalubres, ovos, espécimes sem a devida ou incorreta autorização ambiental. Aqui também pode ser incluído transformar, destruir ou causar danos a ninhos ou locais onde animais procriam.

São crimes contra a flora segundo a Lei Nº 9.605/98 danificar ou destruir floresta considerada de preservação permanente, bem como a vegetação, seja ela primária ou secundária; Causar dano as unidades de conservação; Provocar incêndio em mata e floresta; Fabricar, vender ou soltar balões que possam causar incêndios; Extrair da floresta qualquer espécie de minerais, sem a devida autorização; Cortar e transformar em carvão madeira de lei, bem como receber e adquirir para fins comerciais ou industriais, produtos de origem vegetal sem licenciamento; Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação (MILARÉ, 2014).

São considerados crimes da poluição e outros crimes ambientais: causar poluição em níveis que resultam ou possam resultar danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais, ou até mesmo a destruição da flora ainda que significativa; Tornar uma área, seja ela urbana ou rural, imprópria para ocupação humana; Poluir a atmosfera de forma que seja necessário a retirada dos habitantes dessa área, mesmo que momentâneo; Poluição hídrica, tornando necessária a interrupção do abastecimento de água; Dificultar ou impedir o uso de praias; Lançar resíduos seja ele qual for, em desacordo com a legislação ou regulamentos; Fazer pesquisa, lavar ou extrair recursos minerais sem autorização competente; Obter, transportar, fazer, fornecer, embalar, usar, substância ou produto tóxico, que traga perigo ao meio ambiente e a saúde humana, sem as devidas condições legais; Construir ou fazer funcionar estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores (BRASIL, 1998).

Os crimes contra a administração ambiental tratam-se de crime próprio cuja tipificação exige-se do sujeito ativo, capacidade especial consistente no exercício da função pública, isto é, o autor desse crime é somente o funcionário público. São crimes contra a administração ambiental: Afirmção falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados relevantes; Conceder licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais; Deixar de cumprir com sua obrigação; Obstar ou dificultar a ação de fiscalização do poder público; Apresentar ou elaborar qualquer procedimento administrativo, total ou parcialmente falso ou enganoso (BRASIL, 1998). As Infrações administrativas são fixadas através de cinco artigos (arts. 66 a 69-A) da Lei 9.605/1998, onde é tipificada as condutas delituosas. Se configuram através de toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção,

proteção e recuperação do meio ambiente. Cabendo punição com as devidas sanções estabelecidas no diploma legal, podendo vir a ser aplicada outras penalidades previstas na legislação (BRASIL, 1998).

1.4.1 A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais

A responsabilidade penal é a obrigação de um autor de um fato típico, ilícito e culpável de responder por este fato perante a justiça criminal, sujeitando-se aos preceitos sancionadores previstos na legislação penal. Com relação a penalização pela prática de crimes ambientais, à medida que se constatou a gravidade dos danos ambientais causados pela ação humana, bem como de outros entes dotados de personalidade jurídica, a preocupação com o meio ambiente passou a ganhar mais destaque. Em virtude disso, com o aumento da conscientização à proteção do meio ambiente foi possível elevá-lo à categoria de bem jurídico, garantido pela Constituição, o que proporcionou a criação de crimes ambientais, bem como a extensão da responsabilidade penal às pessoas jurídicas (REIS, PASSAMANI, 2019).

A responsabilidade penal, ainda, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva, ou seja, não havendo dolo ou culpa, entende-se que não há conduta. Dessa maneira, os envolvidos em certa situação não podem ser punidos de maneira mais objetiva, e sim, no caso referido no presente artigo, devem ser submetidos a sanções mais voltadas à esfera administrativa (GRECO, 2017, p.171)

Para Gomes (2014, p.26): O princípio da responsabilidade pessoal conduz a cuidar do tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica (prevista na Lei ambiental 9.605/98, art. 3º). A CF prevê duas hipóteses de responsabilidade penal da pessoa jurídica: crimes ambientais e econômicos (CF, arts. 173 e 225). Entretanto, até o presente momento, apenas no que concerne aos crimes ambientais o assunto foi regulamentado.

Assim, a Lei de Crimes Ambientais garante que a pessoa jurídica não pode ser somente punida nesse âmbito, como também pode ser tratada como pessoa física, em se tratando dos sujeitos envolvidos em determinado crime. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com Costa (2018), a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica sempre foi um assunto polêmico e que desperta o interesse de vários doutrinadores mundiais. Essa circunstância acentuada devido ao papel que a pessoa jurídica executada na sociedade moderna. Nos últimos anos, elementos como a poluição, o desmatamento, a caça e a pesca elevaram seu volume, o que faz com o que crime não ambiental se torne corporativo.

A Lei Nº 9.605/98, a qual trata expressamente deste tipo de responsabilidade criminal das pessoas jurídicas nos delitos ambientais. Conforme o que está disposto no artigo 3º da referida lei:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras (sic) ou partícipes do mesmo fato. (Lei 9.605/98). (BRASIL, 1998).

No Art. 4º da Lei dos Crimes Ambientais, o legislador adotou a teoria da desconsideração da pessoa jurídica nos casos em que esta possa ser obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente e consequente responsabilização civil das pessoas físicas que a compõem.

Em seu Art. 6º, a Lei dos Crimes Ambientais criou algumas circunstâncias que o Magistrado deve levar em conta para a gradação da penalidade. Segundo Capez (2011) para a fixação da pena deve-se levar em conta as seguintes circunstâncias: 2º a gravidade do fato, os riscos que o mesmo provoca à saúde da sociedade, os antecedentes e a situação econômica no caso de multa.

De acordo com o que está disposto no Art. 7º da Lei dos Crimes Ambientais existe a possibilidade de serem aplicadas penas alternativas, estas dividem-se em duas: as restritivas de direitos e as penas de multa.

A Lei dos Crimes Ambientais elenca penas restritivas de direitos específicas para os crimes ambientais:

Art. 8º As penas restritivas de direito são:

- I - prestação de serviços à comunidade;
- II - interdição temporária de direitos;
- III - suspensão parcial ou total de atividades;
- IV - prestação pecuniária;
- V - recolhimento domiciliar. (Lei 9.605/98).

(BRASIL, 1998, p. 02).

Pelas penas acima referidas, e sendo o ato delituoso cometido fator passível de lesar toda uma coletividade, compreende-se que a principal finalidade penal é contribuir para a reparação dos prejuízos causados.

No que tange à prestação de serviços nos casos em que pessoas jurídicas cometem crimes ambientais consiste na criação de programas e execução de obras em áreas degradadas. Nos casos de condenação superior a seis meses de privação de liberdade, cabe a prestação de serviços à comunidade ou a entes públicos.

Outra modalidade de condenação é a prestação pecuniária, trata-se do pagamento de dinheiro à vista ou em parcelas à vítima, dependentes ou as entidades públicas ou privadas, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos, cujo valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator. (BRASIL, 1998).

Como é possível verificar no referido artigo, o montante será fixado livremente pelo juiz, levando em conta o suficiente para a reprovação do delito as condições de pagamento de cada entidade, de forma que não ultrapasse os valores previstos em lei.

A grande questão, no entanto, é até que ponto se executa uma justiça piamente justa ao impacto gerado, pelo delito, dentro da coletividade. Não se pode aplicar uma pena que não seja monetária a uma empresa, por exemplo, e esse é um dos pontos causadores de um pensamento de impunidade. Para grandes empresas, donas de rendimentos financeiros gigantescos, não se apresenta uma medida preventiva, mas somente a punitiva, a de multa, a de pagar e continuar delinquindo, já que sanções mais severas não podem ser administradas.

Muitos são os casos de desastres ambientais em que nem se imagina em qual sujeito deve recair a responsabilidade de responder pelo dano causado. Não porque não se sabe ao certo, mas porque não há uma preocupação por parte da empresa em verificar, uma por uma, as ações de seus funcionários. Tanto não se dá a devida atenção à mencionada temática, que Capez, em sua obra "Direito Penal I – Parte Geral", abrange a teoria adotada por Cernicchiaro, em que se comenta que as pessoas jurídicas não cometem crimes e não estão sujeitas, portanto, à sanção penal, uma vez que são seres desprovidos de consciência e vontade própria (CAPEZ, 2011, p.171)

Evidencia-se, assim, que embora existisse a imputação legal prevista na Lei de Crimes Ambientais, tanto a doutrina como o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), por algum tempo, sustentavam o entendimento de que apenas seria possível responsabilizar penalmente a pessoa jurídica se da mesma forma se denunciasse a

pessoa física, o que se denominou de sistema da dupla imputação. Compreendia-se que, não era possível separar a responsabilidade penal da pessoa jurídica daquela pessoa física que praticava a conduta, tendo em vista, que o Direito Penal brasileiro se pautava no modelo de heterorresponsabilidade.

Dessa forma, Busato (2012, p.71) explica que para esse modelo de heterorresponsabilidade a pessoa jurídica era responsabilizada diante atuação de pessoa física por meio ou através desta, o que para o autor, violava o próprio princípio da culpabilidade, tendo em vista, que estaria se responsabilizado um por fato de outrem.

Somente em 2013, houve a manifestação quanto à autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica no RE 548.181/PR (Rel. Min. Rosa Weber), ou seja, a responsabilidade independentemente de imputação simultânea à pessoa física. Sobre esse modelo, Velludo e Netto muito bem explicam:

Pelos modelos de autorresponsabilidade, a exigência de identificação de uma pessoa física perde gradativamente importância, já que a consolidação do injusto e da culpabilidade próprios da empresa torna a imputação da pessoa jurídica independente. (VELLUDO e NETTO, 2018, p.213)

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a possibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica por crimes ambientais independentemente da responsabilização da pessoa física, visto que, a CF ao versar sobre o tema não obriga haver a dupla imputação, evitando que por ser a pessoa jurídica um ente fictício não se atribuisse tal responsabilidade facilitando a prática desses crimes. Ao responsabilizar as pessoas jurídicas é possível obter um maior controle desses crimes ambientais, visto a dificuldade em se responsabilizar individualmente a pessoa física responsável por aquele delito diante a grande quantidade de funcionários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ambiental moderno é composto por um conjunto de normas e princípios, que visam a proteção jurídica e preservação do Meio Ambiente, resultante das preocupações acerca da sustentabilidade e preservação dos recursos não renováveis para as próximas gerações. Nesse sentido, a preocupação acerca da degradação ambiental, com as possíveis alterações das características do meio ambiente, por exemplo, pelas atividades industriais, se torna um problema global, a ser discutido mundialmente.

O desenvolvimento socioeconômico e o crescimento urbano desordenado, especialmente nos últimos anos, tornaram-se muito intensos, culminando, conseqüentemente, no surgimento de diversas corporações. Com isso, o meio ambiente, bem de direito difuso, já que tem utilidade tanto para o público quanto para o privado, além de ser um bem necessário para a boa qualidade de vida das pessoas, tem sofrido largamente as conseqüências do intenso desenvolvimento econômico mundial.

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988, trouxe uma série de inovações em prol do meio ambiente e da coletividade, trazendo ao longo de diversos artigos, em especial o 225, uma série de previsões relacionadas à tutela da preservação do meio ambiente, incluindo a previsão legal da condenação criminal por danos ambientais, levando-se em consideração a obrigatoriedade de uma proteção penal uniforme, clara e ordenada, razoável com a importância do bem jurídico.

Entretanto, durante muito tempo predominou o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que apenas seria possível responsabilizar penalmente a pessoa jurídica se da mesma forma se denunciasse a pessoa física, o que se denominou de sistema da dupla imputação. Compreendia-se que, não era possível separar a responsabilidade penal da pessoa jurídica daquela pessoa física que praticava a conduta.

Somente em 2013 foi que o STF reconheceu a possibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica por crimes ambientais independentemente da responsabilização da pessoa física, visto que, a CF ao versar sobre o tema não obriga haver a dupla imputação, evitando que por ser a pessoa jurídica um ente fictício não se atribuisse tal responsabilidade facilitando a prática desses crimes.

Assim, somente haverá a persecução penal contra a pessoa jurídica se o ato delituoso for perpetrado em seu benefício e por pessoa física que mantenha estreita ligação com o ente moral ou coletivo, e com o auxílio da influência ou poderio da empresa não se deixará de verificar a existência de um concurso de pessoas, terminando o legislador por adotar respostas penais específicas e adequadas à punição das pessoas jurídicas, somente pecando ao deixar de estabelecer mecanismos mais concretos no plano procedimental.

Logo, diante desse novo entendimento, vê-se que é possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com o intuito de defender os direitos de toda a sociedade, mesmo tendo em vista que, por mais que um ente jurídico cometa um crime, quem na verdade cometeu o ato ilícito foi uma pessoa física, seja esta por mando de alguém ou

não, com a intenção de obter vantagem financeira ou não, agindo para tal dano ou meramente não tomando a devida cautela.

Conclui-se, portanto, que de acordo com julgados e com a aplicabilidade das normas, em face de um bem maior, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é um grande avanço para a sociedade num todo, pois não pune somente os mais desfavorecidos financeiramente, ou seja, o pequeno produtor, que cultiva seu plantio no seu próprio lote, mas também as grandes empresas, indústrias ou qualquer tipo de pessoa jurídica que soltam seus dejetos, produtos químicos ou qualquer outro produto que venha afetar a fauna, a natureza, rios, lagos, matas, podendo, conseqüentemente prejudicar também toda a sociedade ou uma porcentagem significativa desta, por gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ASSIS, André Peralva Barbirato de. Responsabilidade criminal ambiental: combate ao dano ambiental e responsabilização das pessoas jurídicas. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 38-60, dez. 2020. ISSN 2358-1956. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/redppc/article/view/102595/60175>>. Acesso em: 02 maio 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Introdução ao direito ambiental brasileiro**. P. 41-91. In: Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental. V. I. Organizadores: MACHADO, Paulo Affonso; MILARÉ, Édis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 45.

BRASIL. **Lei Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do direito positivo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, v. 55, n. 218, p. 85-98, abr./jun. 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio in dubio pro natura**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6de59d960d3bb8a6346c058930f3cd28>>. Acesso em: 03/05/2021

CNUMAD - Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento - **Agenda 21**. Rio de Janeiro, 1992.

COSTA, Riella Batista. **A responsabilização penal da pessoa jurídica em crime ambiental**. 2018. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel) – Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2018

CUNHA, B. P.; AUGUSTIN, S. **Sustentabilidade ambiental: estudos jurídicos e sociais** / org. - Dados Eletrônicos. Caxias do Sul, RS: Educus, 2014.

FERRARI, A. H. **De Estocolmo, 1972 a Rio+20, 2012: o discurso ambiental e as orientações para a educação ambiental nas recomendações internacionais** / Alexandre Harlei Ferrari – 2014.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GALIZA, M. S. M. G. **Cidades Sustentáveis: descrição de implementação de políticas públicas de urbanização sustentável nas cidades de São Paulo e SantiaOG**. Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. João Pessoa: 2019.

GOMES, L. F.; BIANCHINI, A.; DAHER, F. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GRANZIERA, M. L. M. **Direito Ambiental**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 14ed. Niterói: Impetus, 2017.

JAGUARIBE, C. M. M. Responsabilidade Criminal Ambiental - Lei 9.605/98. **Curso de desenvolvimento sustentável**, 2012, Rio de Janeiro. Desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. 156 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados 17. Desenvolvimento sustentável, p. 29 – 37)

MARQUES, T. Crimes ambientais. **Jus.com.br**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61748/crimes-ambientais> Acesso em: 15 out. 2020.

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOTA, T. S; ROCHA, R. F; MOTA, G. B. C. Direito ambiental, princípios, dano e sua reparação: uma abordagem simplificada. **Revista Âmbito Jurídico**, v. 84, n. 14, jan. 2011. p. 156-164. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8903. Acesso em: 23 abr. 2021.

PANTOJA, O. **Os 5 mais importantes princípios do direito ambiental**. Aurum, jul. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/principios-do-direito-ambiental/> Acesso em: 29 abr. 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24. apud TAKADA, Mariana; RUSCHEL, Caroline Vieira. A (in) Eficácia das penas nos crimes ambientais. Itajaí: Revista Eletrônica de Iniciação Científica, 2012

SOUZA, L. D. F. Crimes ambientais: princípios e evolução. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 8, n. 1, p. 151-184, jul. 2013.

SOUZA, L. D. F. Elementos que envolvem os crimes ambientais. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51, n. 201. Jan./mar. 2014, p. 251-274.

VELLUDO; NETTO. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018

WEDY, G.; MOREIRA, R. M. C. *Manual de Direito Ambiental: de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

CURSO DE DIREITO: INTERIORIZAÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA E A EDUCAÇÃO NA FACULDADE DO MACIÇO DE BATURITÉ – FBM /CE

ANTONIO ANDERSON FERREIRA:
bacharelado em Direito pela Universidade
Luterana do Brasil

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO⁵⁴

(orientador)

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar as consequências da interiorização dos cursos de direito a partir de um estudo de caso do curso ofertado pela Faculdade do Maciço de Baturité que fica localizada no estado do Ceará. Trata-se de uma pesquisa qualitativa e exploratória que se utiliza do método hipotético-dedutivo para aferir se são verdadeiras ou não as conjecturas sobre as melhorias na efetivação dos direitos à educação e ao acesso à justiça naquela região, a partir do implemento do curso de direito. E, além disso, caso as conjecturas não sejam falseadas, o estudo também se propõe a demonstrar em que medida houve a melhoria na efetivação desses direitos. Após a realização do estudo, concluiu-se que mais da metade da população da região do Maciço de Baturité demandou a atuação de algum profissional da área jurídica. Isso corrobora a necessidade de profissionais qualificados no território. Ademais, constata-se também que a implantação do curso de Direito na FMB deverá contribuir efetivamente para o progresso do acesso à educação, visto que quase metade dos entrevistados manifestou interesse em fazer o curso, embora a maioria não tenha todas as condições para estudar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Educação. Acesso ao Curso Superior. Acesso à Justiça.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O contexto do surgimento do curso de Direito ofertado pela Faculdade do Maciço de Baturité. 2. Estudo de caso: Análise das melhorias no que diz respeito à efetivação do direito à educação e ao acesso à justiça na região do maciço de Baturité. 2.1 Resultados quanto aos níveis de concretização do direito à educação de nível superior na região do Maciço de Baturité. 2.2 Resultados quanto aos níveis de concretização do direito de acesso à Justiça na região do Maciço de Baturité. 3. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente o Brasil possui 1.423 cursos de Direito, segundo dados do cadastro e-MEC de Instituições e Cursos de Educação Superior do Ministério da Educação – MEC

⁵⁴ Docente do curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA

(BRASIL, 2018). Desse total, existem no Ceará apenas 39 cursos, dos quais somente 16 estão sediados no interior, ou seja, 59% estão instalados em Fortaleza/CE ou na região metropolitana e os 41% restantes situam-se no interior (DADOS DE SETEMBRO DE 2018).

A Constituição Federal de 1988 - CF/88 (BRASIL, 1988) já em seu preâmbulo, preceitua que cabe a um Estado Democrático de Direito assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. Dentre esses direitos está o direito à educação, como se extrai do artigo 6º da nossa Lei Maior:

Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nesse sentido, nossa Carta Magna ao dispor sobre a organização político-administrativa, dada a relevância do tema, atribui tal competência a todos os entes federativos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

Ainda em seus artigos 205, 208 e 214, estabelece o seguinte:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes,

objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

(...)

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

Por consequência, foi criado o Plano Nacional de Educação – PNE, instituído pela Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014 (BRASIL, 2014), que deverá ser executado no decênio 2014 a 2024. A referida lei estabelece 20 (vinte) metas para a educação, dentre elas, destaca-se a **Meta 12:**

Elevar a taxa bruta de matrícula na educação superior para 50% (cinquenta por cento) e a taxa líquida para 33% (trinta e três por cento) da população de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos, assegurada a qualidade da oferta e expansão para, pelo menos, 40% (quarenta por cento) das novas matrículas, no segmento público.

Graças à magnitude desse direito e levando em consideração a necessidade de universalização escolar e de melhoria da qualidade do ensino superior, sem olvidar-se de desafios não menores, foi autorizado o curso de Direito da Faculdade do Maciço de Baturité, pela Portaria nº 329, de 11 de maio de 2018.

Diante desse cenário, surge a necessidade de se investigar a seguinte questão: quais as consequências da interiorização do curso de Direito ofertado pela Faculdade do Maciço de Baturité?

Para tanto, este trabalho se encontra assim estruturado: primeiro, apresenta-se o contexto do surgimento do curso de Direito na FMB. Em seguida, efetiva-se uma análise acerca das melhorias no tocante ao acesso à educação como também relacionadas ao acesso à justiça. Ao final, avalia-se que são verdadeiras (ou falsas) as conjecturas sobre os avanços na efetivação dos direitos.

1. O CONTEXTO DO SURGIMENTO DO CURSO DE DIREITO OFERTADO PELA FACULDADE DO MACIÇO DE BATURITÉ

Há no Brasil 1423 cursos de Direito, segundo dados do Cadastro e-MEC de Instituições e Cursos de Educação Superior do Ministério da Educação – MEC (BRASIL, 2018). Desse total, existem no Ceará apenas 39 cursos, dos quais somente 16 estão sediados no

interior, ou seja, 59% estão instalados em Fortaleza/CE ou na região metropolitana e os 41% restantes situam-se no interior.

Nessa perspectiva, observando a situação da quantidade de cursos de Direito no Brasil e no Ceará, percebeu-se a necessidade de um curso de Direito no interior do Estado, especialmente na região do Maciço de Baturité. Tendo em vista tal necessidade, a Faculdade do Maciço de Baturité – FMB vislumbrando a oportunidade decidiu ofertá-lo à população local.

A Constituição Federal de 1988 - CF/88 (BRASIL, 1988) elevou a educação ao patamar de Direito social, como se extrai do artigo 6º da nossa Lei Maior:

Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Isso proporcionou não somente o acesso à educação, pois vários estudantes precisavam se deslocar para a capital Fortaleza como também reduziu custos os mais diversos, além de que certamente vai ampliar o acesso à justiça Ceará e Brasil.

2. ESTUDO DE CASO: Análise das melhorias no que diz respeito à efetivação do direito à educação e ao acesso à justiça na região do maciço de Baturité

Sabe-se que a maioria dos jovens busca por melhorias financeiras estudando, mas essa escolha exige um pouco de esforço tanto por parte de quem quer estudar, quanto da faculdade que oferta os cursos. O curso de direito esta cada vez mais procurado, e as vagas ficam mais concorridas, conforme esmiúça com clareza no artigo 205 na Carta Magna, o cidadão possui direitos, e um deles é a qualificação para o trabalho, e para que o mercado tenha bons profissionais, as escolas precisam oferecer um bom ensinamento.

2.1 Resultados quanto aos níveis de concretização do direito à educação de nível superior na região do Maciço de Baturité

A nossa Carta Magna assim dispõe em seus art. 205 e 208:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Em coerência com as normas acima, a pesquisa foi importante, pois constatou a necessidade do curso na região e permitiu enxergar que seria uma maneira de colaborar a suprir uma lacuna existente há anos na localidade.

Os dados colhidos na investigação de campo mostraram que 44,38% dos entrevistados declararam interesse em cursar Direito na FMB, apesar de 79,26% deles afirmarem não possuir todas as condições de estudar em uma faculdade fora do Maciço de Baturité. Isso confirma o fato de que quase metade da população local tem interesse em se qualificar, mas pelos mais diversos motivos, não possuem chances para tal.

2.2 Resultados quanto aos níveis de concretização do direito de acesso à Justiça na região do Maciço de Baturité

A garantia do acesso à justiça está consagrada na Constituição Federal. É o que se depreende de seu artigo 5º a seguir:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O art. 8º da 1ª Convenção Americana de sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, também assegura:

Artigo 8. Garantias judiciais

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na

apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Por isso, por ser fruto de uma evolução histórica e de uma necessidade social, além de ser uma garantia constitucional, o acesso à justiça é alçado a uma proteção de Direitos Humanos, dado sua importância.

Nesse contexto, todos os entrevistados afirmaram que o curso de Direito recém - ofertado pela Faculdade do Maciço de Baturité está a gerar uma sensação de melhoria do sistema de Justiça e de pacificação social na Região.

Além disso, a consulta de campo constatou que quase 80% dos entrevistados manifestaram interesse em pedir orientação jurídica de forma gratuita a um Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito daquele município.

Isso é um sinal de que o Núcleo de Prática Jurídica da FMB é fundamental para a comunidade e para os estudantes, já que estes terão contato direto com as demandas jurídico-sociais do povo e poderão contribuir de forma significativa no acesso à justiça, especialmente dos mais pobres, com o correto direcionamento às instituições pertinentes, prestando as informações essenciais ou até mesmo solucionando conflitos mais simples.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destaca-se ainda que o acesso à educação requer condições para o seu usufruto e não somente o interesse em se qualificar, pois muitas vezes os estudantes não possuem chances reais de exercê-lo. Verifica-se também que tal direito está intimamente ligado à causa social e, pois 44,38% das pessoas afirmaram ter vontade em cursar Direito na FMB, revelando que há uma necessidade de se conhecer mais os próprios direitos para que possam ser exercidos.

Constatou-se a importância do estudo a ser desenvolvido para que a própria comunidade do Maciço de Baturité no estado do Ceará seja esclarecida a respeito da possibilidade de ser beneficiada com o atendimento gratuito e o correto direcionamento aos órgãos competentes para a solução de suas questões jurídicas, graças à futura instalação do Núcleo de Prática Jurídica, vez que o Direito é instrumento de justiça, e cabe ao profissional da área jurídica promover o acesso à justiça, dentre outras funções.

Além do mais, esse trabalho também foi relevante porque poderá subsidiar em longo prazo a análise da evolução da celeridade do Poder Judiciário na região do Maciço de Baturité, proporcionando um maior controle social quanto à cobrança das soluções das demandas locais.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 5. Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 17.05.2021.

BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas por Cidade e Estado**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/por-cidade-estado-estatisticas.html?t=destaques&c=2302107>> Acesso em: 15.09.2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Cadastro e-MEC de Instituições e Cursos de Educação Superior**. Disponível em: <<http://emec.mec.gov.br/>> Acesso em: 15.09.2018.

BRASIL. **Lei Federal 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências**. Brasília, DF, 25. Jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em: 17.05.2021.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Costa Rica, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Revista Justiça em Números**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em: 19.09.2018

MARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003

GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS NO DIVÓRCIO E NA DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL

EVSON BERNARDO SILVA RAMOS SANTOS:
bacharelado em Direito pelo Centro Universitário
Católica de Tocantins – UNICATÓLICA.

EMANUELLE ARAUJO CÔRREIA

(orientadora)

RESUMO: O projeto de pesquisa em questão possui o escopo de realizar uma análise aprofundada acerca da aplicabilidade da guarda compartilhada dos filhos, bem como do projeto de lei nº 7196/10, e a teoria das capacidades no caso de litígio na dissolução da união estável ou divórcio, em casos de animais domésticos. Nessa perspectiva, conforme observado no dispositivo constitucional, há ações diretas de inconstitucionalidade imperiosas de serem destacadas e estudadas tendo em vista que buscam a proteção animal e do meio ambiente, o que possibilita a defesa de teses contra a crueldade animal. Assim, além da busca jurisprudencial, foi indispensável a realização de uma arguição do ordenamento jurídico brasileiro frente a Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Argumentou-se acerca da adequação da expressão guarda, na definição da que ficará com o animal doméstico na lide, visto que é incompatível com a teoria das capacidades. Portanto, após analisar as infinitas possibilidades pertinentes, foi confirmada a necessidade de uma proteção mais rigorosa dos animais, e optou por aplicar a teoria da competência em todo o ordenamento jurídico, sendo a analogia da tutela compartilhada incompatível com os requisitos da lide e da proteção dos interesses dos animais e seu pleno desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda Compartilhada; Animais Domésticos; Ordenamento Jurídico; Teoria das Capacidades.

ABSTRACT: The research project in question has the scope of carrying out an in-depth analysis of the applicability of shared custody of children, as well as of bill No. 7196/10, and the theory of capabilities in the case of litigation in the dissolution of the stable union or divorce. In cases of domestic animals. In this perspective, as observed in the constitutional provision, there are imperative direct actions of unconstitutionality to be highlighted and studied with a view to seeking animal and environmental protection, which enables the defense of theses against animal cruelty. Thus, in addition to the search for jurisprudence, it was essential to make an argument with the Brazilian legal system regarding the Universal Declaration of Animal Rights. It was argued about the

adequacy of the expression guard, in the definition of the one that will stay with the domestic animal in the fight, since it is incompatible with the theory of capacities. Therefore, after analyzing the infinite pertinent possibilities, the need for a more rigorous protection of animals was confirmed, and it chose to apply the theory of competence throughout the legal system, with the analogy of shared tutelage being incompatible with the requirements of the lawsuit and protection the interests of animals and their full development.

KEYWORDS: Shared custody; Domestic animals; Legal Order; Capability Theory.

INTRODUÇÃO

Com uma vida marcada pela presença de animais tanto domésticos quanto selvagens, seja como fonte de alimentos, exploração ou na vida doméstica, o homem, hoje em dia, alcançou um fortalecimento e aproximação dessa relação onde o animal doméstico é incluído na família como se fossem membros dela, muitas vezes considerados até mesmo como filhos. A vida do homem sempre foi marcada pela presença dos animais, seja como fonte de alimentos, exploração ou como companhia.

Diante da dissolução de litigiosa de união estável ou do processo de divórcio, a guarda conjunta de animais domésticos tem sido atacada nos tribunais, e a falta de leis especiais para lidar com esta questão tem levado os juízes a fazerem julgamentos com base em princípios e bons costumes. Aplica-se a tutela compartilhada prevista no Código Civil.

Enquanto a Constituição Federal, em seu art. 225 §1º VII, encoraja a proteção animal, bem como defende o dever de preservação do meio ambiente pelo Estado e sociedade, o Código Civil, define os animais como bens semoventes, móveis e fungíveis, podendo ser vendidos ou doados.

Diante disso, a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade do magistrado regularizar a guarda dos animais domésticos quando não há acordo entre os cônjuges, sendo que deve haver a observância e preservado os direitos dos animais, a dignidade da pessoa humana e seu bem-estar. Na prática, verifica-se a aplicação da guarda compartilhada disposta pelo Código Civil por analogia, definindo ainda regime de visitas e obrigação de alimentos.

Por outro lado, já existe projeto de legislação pertinente ao assunto que possa dar um direcionamento ao juízo, bem como requisitos intrínsecos necessários à aplicação em cada caso concreto. O projeto de lei nº 7196/10, apresentado pelo deputado federal Márcio França, tem o intuito de regularizar a guarda de animais

domésticos na dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores.

Vale destacar ainda, que existem algumas teorias existentes que podem servir de base para a inserção dos animais no ordenamento jurídico tais quais a teoria kantiana, teoria utilitarista, e a teoria das capacidades da Martha Nussbaum.

Isto posto, este estudo procura averiguar a melhor alternativa perante a legislação existente e as opções jurídicas ofertadas para resolver esse impasse, tratando-se da guarda compartilhada por analogia, do projeto de lei nº 7196/10, e da análise rigorosa à luz da teoria das capacidades defendida por Martha Nussbaum.

1. TEORIAS JURÍDICAS SOBRE OS ANIMAIS

Como objeto de constantes explorações humanas, o animal doméstico sofre ainda com a falta de regularização e elaboração de normas jurídicas que possam assegurar uma existência digna a esses seres, sendo, portanto, necessário observar as teorias presentes no ordenamento jurídico e, ainda, discutir sua aplicação nesse âmbito.

A priori, a Teoria Kantiana aponta que, por não possuírem autoconsciência ou capacidade de tomar decisões éticas, os seres irracionais não são dotados de respeito, dignidade humana, ou sequer direitos. Sendo assim, o homem não deve direcionar seus deveres morais aos animais, tendo em vista que estes não são incluídos na capacidade moral e não têm consciência.

Por outro lado, a teoria utilitarista, ao contrário da primeira, se preocupa com o sofrimento animal e tem como intuito a busca da maximização do prazer procurando sempre inibir a dor e satisfazer as preferências. Os principais pensadores dessa teoria são, Jeremy Bentham e John Stuart Mill, destacados por defenderem a priorização da felicidade a partir de um preceito coletivo.

Vale ressaltar ainda, a Teoria das Capacidades (Capabilities Approach), defendida pela filósofa Martha C. Nussbaum, a qual argumenta que o utilitarismo contribui para a inclusão dos animais como seres dignos, o que tem sido alimento para a problemática apontada.

No artigo *The Moral Status of Animals*, foi abordado que a agregação possui como problemática a soma do prazer e da dor, pois permite que algumas criaturas levem uma vida miserável e tragam muito prazer para outras, como a indústria da carne. Incontáveis animais serão criados, e esses animais nunca se reproduzirão em

grande número em condições naturais. Para o utilitarismo, esse fator numérico não é um problema.

Baseada na convicção de que devem ser ofertadas oportunidades aos seres humanos para prosperarem, a teoria das capacidades tem sido essencial para o desenvolvimento da dignidade. Os indivíduos devem buscar essa capacidade considerando como um fim em si mesmos.

Martha se preocupa ainda em confeccionar uma lista de capacidades básicas que o ser humano deve respeitar na busca de uma vida com dignidade:

Os elementos da lista das capacidades podem ser tomados como objetivos gerais a serem promovidos e buscados por uma sociedade, garantindo, deste modo, uma justiça básica, ou seja, um mínimo social básico, fixando um padrão a sob o qual os princípios devem partir para que cada cidadão alcance uma vida com dignidade. É importante salientarmos que a autora não toma a lista como estando acabada e definitiva, mas justamente o contrário, estando ela sujeita a constantes reformulações e melhoramentos. (ibdi)

A lista é formada por dez capacidades:

1. Vida: todo ser humano tem direito de viver uma vida normal, sem morrer prematuramente ou antes de ser reduzida ponto de não valer mais a pena.
2. Saúde Física: ser capaz de ter uma boa saúde, de ter um abrigo para se proteger.
3. Integridade corporal: ser capaz de se mover livremente, estar seguro contra agressões violentas.
4. Sentidos, imaginação e pensamento: ser capaz de usar os sentidos, de imaginar, pensar e raciocinar. Dentre outras coisas, ser capaz de usar o pensamento e imaginação para criar e realizar obras, ter liberdade de expressão e religiosa, ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar uma dor com ausência de benefícios.
5. Emoções: ser capaz de se apegar a pessoas e coisas, que não seja o próprio ser humano, de sentir o amor,

ausência, a saudade, a gratidão, e não ter o emocional arruinado.

6. Razão prática: ser capaz de estabelecer uma concepção o bem, como também refletir e planejar a vida.

7. Filiação: a. ser capaz de viver com e para com os outros, desenvolvendo preocupação com o próximo, e desenvolver a capacidade de interação com os outros. b. ter bases sociais de auto respeito, e não humilhação, e ser tratado dignamente.

8. Outras espécies: ser capaz se preocupar com animais e plantas, a natureza em geral.

9. Realizar atividades: Ser capaz de rir, brincar, desfrutar de atividades recreativas.

10. Controle sobre o próprio ambiente: a. Político: Ser capaz de participar de escolhas políticas, proteção de liberdade de expressão e associação. b. Material: ser capaz de manter a propriedade, ter o direito de procurar emprego num patamar de igualdade com os outros. (ALTES, Fiona Korthals. Nussbaum's Capabilities Approach and Animal Rights: How animal capabilities would be the best foundation of rights)

A interpretação a ser adotada consiste na liberdade, devendo ser analisada a partir de uma concepção moral e utilizada como um guia político e, ainda, que não deve ser aplicado de maneira obrigatória, mas de forma opcional. A filósofa argumenta sobre a aplicabilidade da lista aos animais irracionais, cabendo como base para os princípios políticos de construção das leis no ordenamento jurídico. Nesse contexto, nota-se que a teoria está ligada diretamente à proteção individual desses seres, afim de explorar suas capacidades individuais.

Por outro lado, em sua obra, *Political Liberal or Comprehensive Capabilities? A Critique of Nussbaums Capabilities Approach*, Johnson Christophe problematiza alguns pontos delicados dessa teoria, tais quais a mensuração das capacidades já que para os humanos, a violação de direitos é de fácil percepção e, conseqüentemente, a identificação de uma capacidade contrariada.

Em outras palavras, é inconcebível que um animal tenha senso de justiça e capacidade de reconhecer quando há violação dos seus direitos. O filósofo postula que não é necessário que haja o descarte de uma teoria em razão da sua difícil abrangência, uma vez que a mesma pode oferecer solidez em alguns outros aspectos.

As críticas e contribuição para a teoria de Martha Nussbaum são inúmeras, porém, tal metodologia será considerada para fins de realização do presente estudo.

2. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

É cediço que, anterior a qualquer análise acerca da aplicabilidade da teoria das capacidades na guarda compartilhada de animais domésticos, é imprescindível que haja uma abordagem perfunctória tanto da lide quanto das jurisprudências adotadas pelo magistrado na conduta desses casos específicos.

Vale ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, promulgada em 1978 pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura), é outro instrumento jurídico extremamente relevante de defesa dos animais domésticos uma vez que este dispositivo procurou estabelecer requisitos válidos para basear o relacionamento entre o homem e o animal com fulcro no respeito à dignidade destes.

Na mencionada Declaração, em seu artigo 1º, dispõe acerca da igualdade entre o homem e o animal, na defesa de que ambos possuem direito à existência reconhecendo também tanto os direitos dos animais quanto os deveres do ser humano. Entre estes tem-se o direito a cura, a proteção, a inibição da dor, a liberdade e o respeito.

Nota-se, portanto, que a maximização do direito à vida e à liberdade de espécies diferenciadas, conforme destacado na Declaração, possui uma importância significativa nesse âmbito já que expõe a capacidade animal de ter seus direitos protegidos, preconizando a vida como um direito natural que não deve ser entendida como uma habilidade individual do homem, e sim universal.

No direito internacional o direito à vida e à liberdade são igualmente reconhecidos ao homem e aos outros animais. O direito à vida é hoje universalmente consagrado como um direito básico fundamental. O direito à liberdade, à não discriminação e respeito são corolários do direito à vida. Se considerarmos o homem não apenas como um ser moral, mas como um ser vivo temos que admitir que os direitos reconhecidos à humanidade enquanto espécie devem

encontrar os seus limites nos direitos das outras espécies. (CARDOSO, Edna. Os direitos humanos devem ser extensivos aos primatas? Disponível em: <https://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?seccion=8&edicao=31&id=359&print=true>. Acesso em: 05/05).

Por outro lado, ainda que haja comprometimento do Brasil com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, verifica-se uma maior atenção com o meio ambiente, considerando que este altera de maneira desenfreada a qualidade de vida de todos os seres.

Em seu art. nº 225, a Constituição Federal postula pela proteção da fauna e, em seu §1º, inciso VII, leciona acerca da crueldade e maus tratos, veja-se:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Uadi Lammêgo Bulos, advogado constitucionalista, aborda mecanismos asseguradores do bem-estar ambiental como insuficientes à sua proteção integral, mencionando que a norma nesse caso não é efetiva, sendo apenas de trato simbólico. A exemplo disso, há o posicionamento dos tribunais pátrios no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, que tratava sobre a Lei nº 15.299 de 2013, do Estado do Ceará, de relatoria do Min. Marco Aurélio:

Ante os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas, tem-se como indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas. O ato repentino e violento de tracionar o boi pelo rabo, assim como a verdadeira tortura prévia – inclusive por meio de estocadas de choques elétricos – à qual é submetido o animal, para que saia do estado de mansidão e dispare em fuga a fim de viabilizar a perseguição, consubstanciam atuação a implicar descompasso com o que preconizado no artigo 225, § 1º, inciso VII, da Carta da República. [...] O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do

artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada. revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente. (ADI nº 4983/CE. Relator: Min. Marco Aurélio.)

Os dispositivos e o entendimento jurisprudencial enaltecem que a garantia dos direitos e a proteção das espécies é um dever do Estado assim como da sociedade com o intuito de evitar a extinção destes. Destaca-se que, mesmo que haja a ausência de legislação específica pertinente ao tema, a Constituição Federal é a principal ferramenta de vedação da violência contra animais.

Outra importante jurisprudência pertinente ao caso é a ADI 1.856, de 2011, que trata da lei nº 2.895/98, Rio de Janeiro, que proibiu a classificação da briga de galo como uma manifestação cultural, senão vejamos:

Vê-se, daí, que o constituinte objetivou, com a proteção da fauna e com a vedação, dentre outras, de práticas que “submetam os animais a crueldade”, assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...). É importante assinalar, neste ponto, que a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular conteúdo impregnado de alto significado éticojurídico, justifica-se em função de sua própria razão de ser, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais. Resulta, pois, da norma constitucional invocada como parâmetro de confronto (CF, art. 225, § 1º, VII), o sentido revelador do vínculo que o constituinte quis estabelecer ao dispor que o respeito pela fauna em geral atua como condição inafastável de subsistência e

preservação do meio ambiente em que vivem os próprios seres humanos. Evidente, desse modo, a íntima conexão que há entre o dever ético-jurídico de preservar a fauna (e de não incidir em práticas de crueldade contra animais), de um lado, e a própria subsistência do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de outro. Cabe reconhecer, portanto, Senhor Presidente, o impacto altamente negativo que representaria, para a incolumidade do patrimônio ambiental dos seres humanos, a prática de comportamentos predatórios e lesivos à fauna, seja colocando em risco a sua função ecológica, seja provocando a extinção de espécies, seja, ainda, submetendo os animais a atos de crueldade. (...) os animais domésticos, como os galos, acham-se abrangidos pelo conceito genérico de fauna, o que permite estender, na linha da jurisprudência desta Corte, também às aves utilizadas em “briga de galos”, a proteção estabelecida no art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República.

Pode-se observar que as ferramentas constituintes acima mencionadas têm ampla aplicabilidade, pois sua finalidade é proteger os animais de comportamentos cruéis e proteger os direitos básicos do ser humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com base na Teoria do Direito, os seres irracionais são considerados como coisas e assim acabam sendo subjugados ao regime da propriedade disposto no Código Civil em seu capítulo “Das Coisas”. Por outro lado, são caracterizados ainda como bens semoventes, ou seja, são substituíveis sendo de livre disposição humana. Nesse contexto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho menciona:

Os semoventes são os bens que se movem de um lugar para outro, por movimento próprio, como é o caso dos animais. Sua disciplina jurídica é a mesma dos bens móveis por sua própria natureza, sendo-lhes aplicáveis todas as suas regras correspondentes (art. 82 do CC/2002). (GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.)

Isto posto, em observância aos arts. 82 e 1.232 do Código Civil, ao definir que cabe a aplicação do instituto da propriedade aos animais domésticos, o direito de vender ou doar o animal é uma garantia do proprietário deste

Mesmo assim, o legislador se preocupou em positivar essa garantia no art. 1.228, § 1º, do Código Civil, postulando pela preservação do equilíbrio ecológico e do meio ambiente em geral, o que contribuiu significativamente para a atualização da situação animal no ordenamento jurídico.

Comparando os dispositivos mencionados, diante da proteção constitucional, o Código Civil não deve abrir parâmetros de disposição livre do animal já que trata o mesmo como propriedade do homem.

Enquanto que, por um lado, a Carta Maior tutela a proteção animal e seja utilizada como base para proteção contra crueldade animal, tem-se o Código Civil que o impõe o status de coisa, direcionando o comando legislativo ao homem e com a finalidade de benefício ao mesmo, não havendo uma preocupação com a dignidade e bem-estar desse animal.

Pode-se observar que as ferramentas constituintes acima mencionadas têm ampla aplicabilidade, pois sua finalidade é proteger os animais de comportamentos cruéis e proteger os direitos básicos do ser humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Portanto, é notória a ausência de legislação específica que discipline sobre a guarda dos animais domésticos em caso de dissolução da união estável ou de divórcio, cabendo ao juiz julgar o caso concreto com base na análise dos costumes e princípios gerais do direito.

Visto isso, O STJ abordou recentemente sobre a regularização da guarda compartilhada nos casos em questão, veja-se:

Apesar de partir da premissa de caracterização dos animais como bens semoventes, o relator entendeu que a solução de casos que envolvam disputa de animais por ex-conviventes deve levar em consideração a preservação e a garantia dos direitos da pessoa humana. Além disso, apontou, também devem ser observados o bem-estar dos animais e a limitação aos direitos de propriedade que recaem sobre eles, sob pena de abuso de direito. O ministro citou ainda o Enunciado 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família, aprovado durante o X Congresso Brasileiro de

Direito de Família, que estabelece que "na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal". "Na hipótese ora em julgamento, o tribunal de origem reconheceu que a cadela foi adquirida na constância da união estável e que teria ficado bem demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, destacando, ao final, que eventual desvirtuamento da pretensão inicial (caso se volte, por exemplo, apenas para forçar uma reconciliação do casal) deverá ser levada ao magistrado competente para a adoção das providências cabíveis", concluiu o ministro ao reconhecer o direito de o ex-companheiro visitar a cadela de estimação.

Ainda nessa perspectiva, o TJ-SP delegou a competência para julgar casos sobre a guarda desses animais à Vara de Família e ainda, através do relator José Rubens Queiroz Gomes, destacou a aplicação por analogia dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil.

A esse ponto, cabe analisar outra decisão de suma importância feita pelo TJ-RJ:

DIREITO CIVIL - RECONHECIMENTO/DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA DE BENS DE SEMOVENTE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE DETERMINA A POSSE DO CÃO DE ESTIMAÇÃO PARA A EX- CONVIVENTE MULHER- RECURSO QUE VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE A POSSE DO ANIMAL – RÉU APELANTE QUE SUSTENTA SER O REAL PROPRIETÁRIO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA QUE OS CUIDADOS COM O CÃO FICAVAM A CARGO DA RECORRIDA DIREITO DO APELANTE/VARÃO EM TER O ANIMAL EM SUA COMPANHIA – ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO CUJO DESTINO, CASO DISSOLVIDA SOCIEDADE CONJUGAL É TEMA QUE DESAFIA O OPERADOR DO DIREITO – SEMOVENTE QUE, POR SUA NATUREZA E FINALIDADE, NÃO PODE SER TRATADO COMO SIMPLES BEM, A SER HERMÉTICA E IRREFLETIDAMENTE PARTILHADO, ROMPENDO-SE ABRUPTAMENTE O CONVÍVIO ATÉ ENTÃO MANTIDO COM UM DOS INTEGRANTES DA FAMÍLIA – CACHORRINHO

“DULLY” QUE FORA PRESENTEADO PELO RECORRENTE À RECORRIDA, EM MOMENTO DE ESPECIAL DISSABOR ENFRENTADO PELOS CONVIVENTES, A SABER, ABORTO NATURAL SOFRIDO POR ESTA – VÍNCULOS EMOCIONAIS E AFETIVOS CONSTRUÍDOS EM TORNO DO ANIMAL, QUE DEVEM SER, NA MEDIDA DO POSSÍVEL, MANTIDOS – SOLUÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR DIREITOS SUBJETIVOS AO ANIMAL, EXPRESSANDO-SE, POR OUTRO LADO, COMO MAIS UMA DAS VARIADAS E MULTIFÁRIAS MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, EM FAVOR DO RECORRENTE – PARCIAL ACOLHIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO PARA, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA REGENTE SOBRE O THEMA, MAS SOPESANDO TODOS OS VETORES ACIMA EVIDENCIADOS, AOS QUAIS SE SOMA O PRINCÍPIO QUE VEDA O NON LIQUET, PERMITIR AO RECORRENTE, CASO QUEIRA, TER CONSIGO A COMPANHIA DO CÃO DULLY, EXERCENDO A SUA POSSE PROVISÓRIA, FACULTANDO-LHE BUSCAR O CÃO EM FINS DE SEMANA ALTERNADOS, DAS 10:00 HS DE SÁBADO ÀS 17:00HS DO DOMINGO.

Esta decisão é fundamental porque demonstra a relevância e seriedade do assunto e ainda, prova que, apesar das lacunas legislativas, os juízes têm jurisdição sobre o assunto.

Não havendo acordo entre as partes no processo de divórcio sobre a guarda do animal, os regulamentos existentes não são suficientes para fazer o juiz apreciar. Portanto, é analisada qual possibilidade o árbitro pode utilizar na hora de tomar uma decisão.

3. DA APLICABILIDADE DA GUARDA DOS FILHOS, DO PROJETO DE LEI E O MELHOR INTERESSE DO ANIMAL

Além dos direitos, a tutela é um direito e uma obrigação dos detentores do poder familiar. Segundo Cristiano Chaves, a tutela é entendida como um meio para que a criança implemente uma proteção prioritária imprescindível no núcleo familiar em determinadas circunstâncias. Mesmo após o divórcio e a dissolução do casamento estável, essa obrigação ainda existe e os pais devem manter o poder da família. O primeiro fator que deve ser considerado diz respeito à função que o termo “guarda” exerce:

Assim, o instituto da guarda precisa estar vocacionado a servir à proteção integral menorista, com o propósito de preservar a integridade fisiopsíquica de crianças e adolescentes, assegurando-lhes seu crescimento e desenvolvimento completo, à salvo de ingerências negativas que possam ser proporcionadas no âmbito patrimonial ou pessoal pela ausência, omissão, abuso ou negligência dos genitores ou responsáveis. A guarda, assim, compreendida a partir da normatividade constitucional, deve cumprir uma importante função de ressaltar a prioridade absoluta do interesse menoril, contribuindo para evitar o abandono e descaso de pais ou responsáveis para com menores e para permitir-lhes um feliz aprimoramento moral, psíquico e social. (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Família. 10 ed. Salvador: Juspodivm. 2018, p. 695.)

Conforme abordado pelo artigo 227 da Constituição Federal, a criança deve receber proteção de maneira integral e prioritária, com foco no melhor interesse do menor. A utilização do termo “guarda” é veemente criticada pois, nas palavras de Cristiano Chaves, está ligado a um “ato de vigilância, ligado à ideia dos amplos direitos de um proprietário de fiscalizar a coisa que lhe pertence”, e não à busca pela proteção do melhor interesse do menor, tornando defasado o conceito idealizado pelo juízo.

Em contrapartida à teoria da inadequação terminológica do termo “guarda”, defendida por Cristiano Chaves, no que diz respeito à situação dos animais domésticos, a teoria das capacidades não corrobora com suas premissas uma vez que esta tem como fim o desenvolvimento da integridade, dignidade e prosperidade. Noutras palavras, o termo mencionado acaba por prejudicar a eficácia total da teoria.

Esta declaração analisará sua aplicabilidade em casos de uso por analogia com a guarda compartilhada da criança. Este termo significa que, ao contrário dos animais, a guarda conjunta de crianças é projetada e desenvolvida essencialmente para humanos por serem sujeitos de direitos reconhecidos constitucionalmente e de maneira expressa em todo o ordenamento jurídico, não para animais, quando eles gozam de direitos.

No entanto, outro termo usado de forma semelhante é a “propriedade”, mas a nomenclatura indica que o animal está sujeito a um simples domínio de seu dono, pois

o termo se refere a uma mercadoria material, ou seja, o homem é o dono desse bem, rechaçando a possibilidade do tratamento do animal como ser dotado de direitos.

No que se refere à guarda compartilhada, nota-se que o legislador buscou preservar o melhor interesse dos filhos, conforme se depreenda da leitura dos artigos 1583 a 1590 CC e, mais evidente ainda, no art. 1.583 §§ 2º, 3º deste mesmo código. Contudo, o ordenamento jurídico trata os animais de estimação como objetos do homem, o que exige uma adaptação significativa desses dispositivos afim de aplicá-los ao resguardo dos direitos desses seres irracionais.

Os artigos subsequentes tratam da obrigação de prestação dos alimentos, sendo entendida como um “conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo”, os quais devem respeitar a disponibilidade de recursos do prestador e, principalmente, o princípio da dignidade humana.

Vale ressaltar ainda que outros aspectos a serem seguidos e/ou respeitados nesse processo são requisitos como a necessidade, possibilidade, razoabilidade, e proporcionalidade uma vez que essa obrigação deve atender ao melhor interesse do alimentado e, ainda, evitar quaisquer prejuízos ao devedor.

3.1. Projeto de Lei nº 7196/10

Logo em seu artigo 2º, o projeto determina que, advindo o divórcio ou a separação judicial, caso as partes não entrem em acordo, a guarda do animal será designada àquele que comprovar propriedade legítima, na ausência deste, haverá uma análise aprofundada para determinar aquele que possui maior capacidade responsável de deter a guarda. Para isso, os critérios a serem cumpridos encontram-se no artigo 5º do mesmo dispositivo, *in verbis*.

Art. 5º Para o deferimento da guarda do animal de estimação, o juiz observará as seguintes condições, incumbindo à parte oferecer: a) ambiente adequado para a morada do animal; b) disponibilidade de tempo, condições de trato, de zelo e de sustento; c) o grau de afinidade e afetividade entre o animal e a parte; d) demais condições que o juiz considerar imprescindíveis para a manutenção da sobrevivência do animal, de acordo com suas características.

Em sequência, a partir de um estudo perfunctório do mencionado projeto de lei temos em seu artigo 3º a delimitação do objeto da lei, os animais de estimação que

são caracterizados como seres pertencentes da fauna que se encontram no domínio do homem para fins de convívio.

Posteriormente, o artigo 4º traz os tipos de guarda a serem observados, respeitando sempre os critérios pré-estabelecidos pelo artigo 5º anteriormente mencionado. O procedimento a ser utilizado pelo juiz está disposto no artigo 6º e, seu §4º traz mais uma possibilidade, a de concessão da guarda a terceiros caso seja verificada a impossibilidade de designação desta para quaisquer das partes

Por fim, outro assunto importante se encontra positivado pelo artigo 9º, que concerne ao juízo a possibilidade da utilização de outras lides na aplicação de medidas que não são impostas pela legislação específica. Isto posto, assegura ao juiz maior amparo jurídico ao proferir decisões em casos dotados de maior delicadeza.

3.2. Da Teoria das Capacidades com efeito na guarda compartilhada de animais domésticos e no ordenamento jurídico

Quando se trata da guarda compartilhada de animais de estimação na dissolução litigiosa da união estável, bem como no divórcio, deve ser analisado primeiramente a definição do animal como coisa pelo projeto de lei fazendo com que o mesmo não seja considerado como ser dotado de direitos e, ainda, sem considerar a dignidade e a capacidade que esses seres possuem de prosperar.

Outro ponto importante se trata da ausência de elementos intrínsecos como as visitas e os alimentos, o que não se justifica uma vez que o dispositivo claramente se baseia no instituto da guarda compartilhada presente no Código Civil. A prestação de alimentos notoriamente deveria ser disposta no mencionado projeto de lei pois se trata de um elemento imprescindível ao melhor interesse do animal e, conseqüentemente, priorização da sua qualidade de vida.

Isto posto, observa-se que se faz necessário ainda que haja a análise da possibilidade de utilização por analogia da guarda compartilhada disposta no CC. De acordo com Maria Berenice Dias, deve ser observado a vontade dos genitores, a afinidade e a efetividade, sendo que ao se tratar de animais domésticos, é relevante que haja a definição de critérios tanto objetivos quanto subjetivos para a determinação do juízo no caso de divergência entre as partes.

Outro ponto importante é que tendo em vista que o simples registro não significa afeto e priorização do bem-estar do animal, esse requisito não deve ser utilizado como critério na definição da guarda, ponto que se torna importante no

momento de afastar a ideia de que esta deve ser determinada como posse ou propriedade.

Tal como acontece com a guarda comum dos filhos, existem os mesmos problemas com os animais domésticos. De acordo com o ordenamento jurídico, a utilização do termo “guarda” contribui para a objetificação dos animais e dificulta ainda mais a aquisição de outros direitos básicos desses animais. O uso da tutela compartilhada em analogia não viola o raciocínio legislativo que classifica os animais como semoventes e não como sujeitos de direitos.

É disso que trata a Teoria das capacidades de Martha Nussbaum, oferecer através do direito garantias constitucionais como a dignidade da pessoa humana buscando sempre romper e inibir o sofrimento desses animais, ofertando condições benéficas ao seu desenvolvimento e ainda, respeitando os 10 itens da lista anteriormente mencionados.

Em relação à prestação de alimentos, a liberdade de escolha do juiz na hora de medir o valor pode afetar a qualidade de vida do animal, pois a particularidade de cada animal deve ser observada com atenção. Se o magistrado não cumprir estes regulamentos especiais, o bem-estar e a saúde do animal serão prejudicados.

Vale ressaltar ainda que, seguindo a teoria de Martha Nussbaum, há uma infinidade de capacidades que podem variar de acordo com a singularidade de cada ser irracional, tais quais suas necessidades básicas contribuintes para uma qualidade de vida e outros deveres assessórios como os cuidados tanto fisiológico quanto emocionais.

Diante disso, com apoio nessa teoria, inicialmente se faz necessário que haja a realização de um estudo prévio acerca das necessidades primordiais do animal para depois definir qual das partes possui maior estrutura tanto física quanto emocional para oferecer o mínimo existencial a este.

Nesse ínterim, é possível perceber a precariedade do ordenamento jurídico quando se trata da necessidade de dispositivos legislativos para proteger e assegurar as condições necessárias a uma melhor qualidade de vida aos animais, bem como a seu reconhecimento como seres sencientes e dignos de direitos.

A Teoria das Capacidades serve, portanto, para fins de inspiração e como base para o desenvolvimento de leis e dispositivos capazes de amparar os seres irracionais com o intuito de que consigam desenvolver sua capacidade original.

Destarte, postula-se pela alteração do ordenamento jurídico para que haja um maior suporte aos animais, sendo que o desenvolvimento da lide deve respeitar a

teoria das capacidades de Martha Nussbaum e os seus critérios objetivos e subjetivos afim de que possa ocasionar na criação de uma legislação integral para esses seres irracionais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da presente pesquisa foi possível perceber que, quando se trata de litígio na dissolução de união estável ou no divórcio, há conseqüentemente a necessidade de positivação e regularização da guarda de animais domésticos. Sendo assim, o objetivo deste estudo se configurou na demonstração das possibilidades que o legislador pode utilizar na construção da lide.

Com foco na criação de princípios e leis jurídicas capazes de garantir o melhor interesse do animal, a Teoria das Capacidades de Martha Nussbaum foi um dos destaques abordados, tratando ainda da necessidade de reformar e aplicar a lista de capacidades desenvolvida pela filósofa, de acordo com a singularidade de cada animal.

Tendo em vista que os inúmeros casos de violência animal são reiterados, apenas uma implementação constitucional não é suficiente para sua proteção, conforme fora demonstrado no decorrer desta pesquisa. Em outras palavras, parte do problema se refere ao posicionamento adotado pelo ordenamento jurídico ao considerar o animal como “coisa” e, conseqüentemente, afetando tanto o equilíbrio ambiental quanto a qualidade de vida do ser humano.

Passou-se então a fazer uma breve análise acerca do projeto de lei nº 7196 de 2010, o qual faz uso do termo “guarda” como um instrumento de preservação da integridade tanto física quanto psíquica dos indivíduos e, ainda, evitando que haja qualquer desconforto ou abuso proveniente das partes envolvidas. Com isso, passou-se a analisar a guarda compartilhada e o projeto de lei. Nada obstante, as críticas contra a expressão “guarda” se tornaram frequentes na defesa de que essa palavra se refere ao conceito de posse sobre a coisa, contrariando a busca por uma melhor qualidade de vida do menor.

Contudo, diante de todo o exposto, a priorização deste estudo se concretiza na aplicação da supramencionada Teoria das Capacidades, a qual busca amparar o animal frente à dissolução de vínculo conjugal se atentando sempre a estimular o desenvolvimento de uma qualidade de vida superior e benéfica aos animais domésticos.

REFERÊNCIAS

ALINEDELFIOL. **Guarda Compartilhada de Animais de Estimação. É possível?**. Disponível em: <https://alinedelfiol.jusbrasil.com.br/artigos/816334398/guarda-compartilhada-de-animais-de-estimacao-e-possivel>. Acesso em: 4 mai. 2021.

ANIMAOPET. **A GUARDA COMPARTILHADA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS A PARTIR DA DISSOLUÇÃO MATRIMONIAL: ESTUDO DE CASO1**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima19/anima19-06-A-Guarda-Compartilhada-dos-Animais-Domesticos-a-partir-da-Dissoluca-Matrimonial.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

CNBSP. **ARTIGO: GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS ESTIMAÇÃO NOS CASOS DE DIVÓRCIO – POR RENATA TAVARES GARCIA RICCA**. Disponível em: https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=20273&lj=1366. Acesso em: 26 abr. 2021.

CONJUR. **Para TJ-SP, vara da Família deve julgar guarda compartilhada de animais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/tj-sp-vara-familia-julga-guarda-compartilhada-animais>. Acesso em: 11 mai. 2021.

DIREITO FAMILIAR. **“Guarda” de animais de estimação**. Disponível em: <https://direitofamiliar.com.br/guarda-de-animais-de-estimacao/>. Acesso em: 1 mai. 2021.

IBDFAM. **Família multiespécie: guarda compartilhada do animal de estimação na ruptura do vínculo conjugal**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1627/Fam%C3%ADlia+multiesp%C3%A9cie:+guarda+compartilhada+do+animal+de+estima%C3%A7%C3%A3o+na+ruptura+do+v%C3%ADnculo+conjugal>. Acesso em: 30 abr. 2021.

JUS. **Guarda compartilhada de animais domésticos no ordenamento jurídico brasileiro frente à ausência normativa**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72950/guarda-compartilhada-de-animais-domesticos-no-ordenamento-juridico-brasileiro-frente-a-ausencia-normativa/2>. Acesso em: 9 mai. 2021.

MARCOJEAN. **Divórcio e separação: tudo o que você precisa saber!**. Disponível em: <https://marcojean.com/divorcio/>. Acesso em: 3 mai. 2021.

MIGALHAS. **Projeto regula guarda compartilhada de animais após separação**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/294082/projeto-regula-guarda-compartilhada-de-animais-apos-separacao>. Acesso em: 3 mai. 2021.

PETZ. **Guarda compartilhada de cachorro: entenda como funciona.** Disponível em: <https://www.petz.com.br/blog/posse-responsavel/guarda-compartilhada-de-cachorro/>. Acesso em: 25 abr. 2021.

RKLADVOCACIA. **A GUARDA COMPARTILHADA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS A PARTIR DA DISSOLUÇÃO MATRIMONIAL: ESTUDO DE CASO.** Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/guarda-compartilhada-dos-animais-domesticos-partir-da-dissolucao-matrimonial-estudo-de-caso/>. Acesso em: 4 mai. 2021.

1 EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-40142016.00100017>>. Acesso em: 1 maio 2021.

2 MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Curso de direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

3 DINIZ, MARIA HELENA. Curso de Direito Civil Brasileiro - Vol. 7: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

4 GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Comentários ao Código Civil - Vol. 11: Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2003.

5 RODRIGUES, SÍLVIO. Direito Civil, Volume IV. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.